

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE E DO(A)
COMPANHEIRO(A) COM OS DESCENDENTES NA
SUCESSÃO *CAUSA MORTIS*

ALAN COSME RODRIGUES DA SILVA

RIO DE JANEIRO

2008

ALAN COSME RODRIGUES DA SILVA

A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE E DO(A)
COMPANHEIRO(A) COM OS DESCENDENTES NA
SUCESSÃO *CAUSA MORTIS*

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Leandro Ribeiro

RIO DE JANEIRO

2008

Silva, Alan Cosme Rodrigues da.

A concorrência do cônjuge e do(a) companheiro(a) com os descendentes na sucessão *causa mortis*. – 2008.

66 f.

Orientador: Prof. Leandro Ribeiro.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 65 – 66.

1. Cônjuge – Monografias. 2. Concorrência 3. Descendentes. 4. Companheiro. I. Ribeiro, Leandro. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 342.1657

ALAN COSME RODRIGUES DA SILVA

A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE E DO(A)
COMPANHEIRO(A) COM OS DESCENDENTES NA
SUCESSÃO *CAUSA MORTIS*

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ___ / ___ / _____

Banca Examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Àquele que me tinha por amigo, a quem tanto devo pelas oportunidades que tive e cuja presença física nos foi tirada por uma das mazelas de nosso mundo.

Àquela que é a princesinha da minha vida, que compulsoriamente abriu mão de considerável tempo de convivência para que esse sonho pudesse ser realizado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, nosso Pai, como não poderia deixar de ser.

Agradeço também a meu órgão empregador, a instituição Banco Central do Brasil, da qual me orgulho de fazer parte, e cuja colaboração somente eu tenho condições de mensurar. Este agradecimento é extensivo aos colegas do Departamento de Estudos e Pesquisas no Rio de Janeiro.

Agradeço a meu avô e meu tio Anael, ambos já falecidos, que mesmo sem saber, foram os grandes responsáveis pela minha motivação para estudar Direito, quando, há não menos que oito anos, eu dizia que eu não tinha a menor vontade de fazê-lo.

Agradecimento especial à Gabriela e Maria Eduarda pelo tempo de convivência que lhes foi tirada para a conclusão do curso.

Agradeço a meus pais por todas oportunidades que me deram.

Agradeço a todos os colegas da faculdade, que sabem que muito me ajudaram nessa empreitada.

Agradeço também a Dr.^a Darci Burlandi Cardoso e ao Dr. Rodrigo França Caldas, pelo carinho e auxílio na prática jurídica que obtive.

Agradeço por fim aos meus irmãos e toda minha família, simplesmente por existirem e acreditarem em mim.

Veni vidi vici.

Caius Julius Caesar.

RESUMO

SILVA, Alan Cosme Rodrigues da. *A concorrência do cônjuge e do(a) companheiro(a) com os descendentes na sucessão causa mortis*. 2008, 66 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O autor analisa as novas regras referentes à sucessão do cônjuge e do companheiro em concorrência com descendentes, apontando os pontos mais polêmicos e discutidos no Direito das Sucessões. O trabalho estuda a doutrina e jurisprudência ao longo dos cinco anos de vigência do Código Civil de 2002, trazendo as posições adotadas sobre diversas lacunas presentes no tema concorrência entre cônjuge/companheiro(a) com os descendentes na sucessão *causa mortis*. Responde-se, entre outras questões, se a concorrência se dá somente nos ditos bens particulares, ou se abrange todo o acervo deixado pelo *de cuius*. Nos capítulos 3, 4 e 5, o autor aborda as questões sobre a concorrência do cônjuge, vindo em seqüência os capítulos 6, 7, 8 e 9, que tratam da concorrência com o(a) companheiro(a). A análise da jurisprudência é apresentada ao final, após discutidas todas as posições doutrinárias. As conclusões obtidas são de utilidade àqueles que operam o Direito das Sucessões, sendo mais relevante no contexto atual de realização de inventários por escritura pública, a fim de que se proteja o direito de cônjuges e companheiros na partilha da herança.

Palavras-chave: concorrência, cônjuge, companheiro, companheira, descendentes, sucessões, inventários, partilhas

ABSTRACT

SILVA, Alan Cosme Rodrigues da. *A concorrência do cônjuge e do(a) companheiro(a) com os descendentes na sucessão causa mortis*. 2008, 66 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The author analyzes the new rules relating to the succession of spouse and partner in competition with descendants, indicating the most controversial and discussed issues about Succession by death. The work examines the doctrine and jurisprudence over the five years of validity of the Civil Code of 2002, bringing the positions taken on various loopholes on the theme competition between spouse or partner with the descendants in succession by death. It answers to, among other questions, if competition reaches only in those properties of his or her own, or if it covers the entire collection left by the deceased. In the chapters 3, 4 and 5, the author tackles the issues on competition of spouse, followed by the chapters 6, 7, 8 and 9, that dealing with the competition partner. The analysis of jurisprudence is presented in the end, after all doctrinal positions are discussed. The findings are useful to those who act in the succession area, being very important in the current context of inventories by public deed, with the proposal of protecting the right of spouses and companions in the sharing of inheritance.

Key words: competition, spouse, partner, descendants, succession, inventories, shares.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Esquema Ilustrativo nº 1 – Cônjuge concorrendo com um filho	30
Esquema Ilustrativo nº 2 – Cônjuge concorrendo com três filhos comuns	31
Esquema Ilustrativo nº 3 – Cônjuge concorrendo com cinco filhos comuns.....	31
Esquema Ilustrativo nº 4 – Cônjuge concorrendo com cinco filhos comuns, havendo um imóvel particular e outro comum ao casal	32
Esquema Ilustrativo nº 5 – Comparação da concorrência entre companheiros e descendentes e cônjuge (comunhão parcial) e descendentes.....	46
Esquema Ilustrativo nº 6 – Comparação da concorrência entre companheiros e descendentes e cônjuge (comunhão parcial) e descendentes, contemplando a proposta de alteração do art. 1.790 do CC	49
Esquema Ilustrativo nº 7 – Companheiro concorrendo com um filho exclusivo do falecido, havendo um imóvel particular e outro comum aos companheiros	52
Esquema Ilustrativo nº 8 – Concorrência entre cônjuge (comunhão parcial) em concomitância com companheiro e descendentes.....	57

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC – Código Civil

c/c – combinado com

CN – Congresso Nacional

ss – seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

2ª VOS – Segunda Vara de Órfãos e Sucessões da Comarca da Capital do RJ.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	METODOLOGIA.....	15
3	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE	16
4	A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES NA SUCESSÃO <i>CAUSA MORTIS</i>	21
4.1	Da concorrência no regime da comunhão total de bens.....	21
4.2	Da concorrência no regime da separação obrigatória de bens	23
4.3	Da concorrência no regime da separação convencional de bens.....	24
4.4	Da concorrência no regime da comunhão parcial de bens.....	25
4.5	Da concorrência no regime da participação final dos aqüestos.....	29
5	QUINHÃO HEREDITÁRIO DE NO MÍNIMO 25% DA HERANÇA EM FAVOR DO CÔNJUGE QUE CONCORRE COM HERDEIROS	30
6	A UNIÃO ESTÁVEL ANTES E DEPOIS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, BREVE HISTÓRICO	38
7	A CONCORRÊNCIA DO(A) COMPANHEIRO(A) COM OS DESCENDENTES NA SUCESSÃO <i>CAUSA MORTIS</i>	41
8	DEFINIÇÃO DO VALOR DA QUOTA DO(A) COMPANHEIRO(A) QUANDO EM CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES NA SUCESSÃO <i>CAUSA MORTIS</i>	51
9	A CONCORRÊNCIA DO(A) COMPANHEIRO(A) SOBREVIVENTE COM O CÔNJUGE TAMBÉM SOBREVIVENTE.....	54
10	ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA	58
10.1	Jurisprudência referente à concorrência do cônjuge com os descendentes na sucessão <i>causa mortis</i>	58
10.2	Jurisprudência referente à concorrência do(a) companheiro(a) com os descendentes na sucessão <i>causa mortis</i>	59
11	CONCLUSÃO	62
12	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código Civil que entrou em vigor em 11/01/2003 trouxe significativas mudanças no que se refere à sucessão hereditária, com destaque para a modificação da situação do cônjuge sobrevivente, que assumiu lugar de destaque, passando a ostentar, inclusive, a qualidade de herdeiro necessário (art. 1.845), o que não ocorreu para o companheiro. Outra importante mudança foi instituir a concorrência do cônjuge com os descendentes como os que vêm em primeiro lugar na ordem da vocação hereditária. Porém, essa concorrência só ocorre se forem atendidas algumas condições.

Dispõe o art. 1.829, inciso I, do Novo Código Civil, que a sucessão legítima se defere:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

Como se observa, a concorrência do cônjuge na herança em concurso com os descendentes, depende do regime de bens adotados no casamento. A redação do mencionado dispositivo legal é ambígua, levando ao surgimento de várias controvérsias. Para ilustrar, cita-se uma das dúvidas surgidas com a redação ambígua. Antes, registre-se a incorreta referência, no inciso I, ao art. 1.640, parágrafo único, uma vez que é o art. 1.641 que alinha as hipóteses em que o regime da separação de bens se torna obrigatório, no casamento.

Pela interpretação literal do dispositivo em sua parte final, o cônjuge não concorrerá com descendente se, sendo casado no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. Mas a questão que se coloca é: e se houver deixado bens particulares, a concorrência se dará somente com relação aos particulares ou também com relação aos bens comuns do casal?

Suponha-se a situação hipotética de um *de cuius* (autor da herança) que ao morrer era casado no regime da comunhão parcial, deixando dois bens:

- a) um imóvel A adquirido quando ainda era solteiro, portanto, encaixando-se na situação de bem particular; e
- b) um imóvel B adquirido na constância do seu casamento.

Interpretando-se literalmente o dispositivo supracitado, verifica-se a presença de bem particular e, portanto, haverá a concorrência do cônjuge com os descendentes e poder-se-ia defender que o cônjuge seria herdeiro tanto do imóvel A, como do imóvel B.

Contudo, parte da doutrina defende que o fio condutor parece ser o de que, havendo meação, pelo regime comunitário de bens, não haverá concurso na herança, sempre que o cônjuge achar-se garantido com parte do patrimônio, pelo instituto da meação. (AMORIM, 2006, p. 96)

Assim, por essa tese doutrinária, o cônjuge meeiro seria herdeiro concorrente somente com relação ao imóvel A, que é classificado como particular, e com relação ao imóvel B não seria herdeiro concorrente, somente teria o direito de meação, que seria o direito à metade do imóvel B.

A interpretação desse art. 1.829 vem se revelando um dos temas mais controversos de toda a disciplina do Direito das Sucessões. O referido dispositivo inova substancialmente o direito anterior, alterando a ordem de vocação hereditária em benefício do cônjuge sobrevivente, que, mesmo ocupando a terceira classe dos sucessíveis, passa a concorrer simultânea e alternativamente, na primeira e segunda classes, com os descendentes e ascendentes do *de cujus*, respectivamente.

O Código Civil torna-se mais polêmico ainda ao instituir nos incisos I e II do art. 1.790 que o companheiro concorrerá com os descendentes quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, onde claramente se privilegia o estado de companheiro em detrimento do estado de ser cônjuge.

Ora, na união estável, pela regra geral, o companheiro tem direito à meação dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (art. 1.725 do CC), pois se aplica o regime da comunhão parcial de bens. Dessa forma, combinando-se o art. 1.725 com o art. 1.790, concorrendo com descendentes, um companheiro será ao mesmo tempo meeiro e herdeiro de um bem adquirido na constância da união estável. Já se esse mesmo companheiro, em vez de companheiro, fosse cônjuge no regime da comunhão parcial, seria somente meeiro e não herdeiro, pela regra do art. 1.829.

O objetivo do presente trabalho de monografia é estudar a doutrina e a jurisprudência ao longo desses cinco anos de vigência do Novo Código Civil,

trazendo as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre as questões levantadas e também sobre outras dúvidas referentes aos citados artigos 1.790 e 1.829, que serão apresentadas no desenvolvimento do trabalho.

A pesquisa abrange a jurisprudência dos Tribunais de Justiça de todo o território nacional, do STJ e do STF. Pretende-se chegar à conclusão sobre como estão sendo aplicados no caso concreto os dispositivos em tela.

A relevância do trabalho é constatada no fato de não ser juridicamente viável que partilhas de heranças sejam realizadas de forma diversa no território nacional, sendo necessária a obtenção de um consenso sobre o único entendimento a ser aplicado. Também não pode haver injustiças no tratamento diferenciado relativo a sucessões entre cônjuges e companheiros.

A obtenção desse consenso jurisprudencial torna-se relevante também no contexto atual de realização de inventários e partilhas pela elaboração de escritura pública com o advento da Lei 11.441 de 2007. Pela sucessão feita por escritura pública, o único órgão estatal a se pronunciar sobre a partilha amigável, pelo menos aqui no Estado do Rio de Janeiro, é a Procuradoria Geral do Estado, cuja preocupação maior certamente é o correto recolhimento do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITD), pouco importando quem herdará. O direito do cônjuge e companheiro(a) de concorrer na herança com os descendentes só será preservado na medida em que tabeliões, escreventes, advogados e procurados do estado tiverem conhecimento adequado do assunto tratado na presente monografia.

A razão da escolha do tema está principalmente no interesse que o tema desperta no autor, uma vez que realiza estágio na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro desde janeiro de 2007, no órgão da 2ª Vara de Órfãos e Sucessões, onde a grande maioria dos processos assistidos é referente a sucessões.

No capítulo 2 é apresentada a metodologia do trabalho e nos capítulos de 3 a 10, o seu desenvolvimento. As conclusões são apresentadas no capítulo 11.

2 METODOLOGIA

Primeiramente são descritas mais detalhadamente as questões relativas aos artigos 1.790 e 1.829 do Código Civil de 2002, às quais pretende-se chegar a respostas aplicadas na prática cotidiana do Judiciário. É realizado um trabalho de verificação da bibliografia existente para se constatar se os problemas levantados pelo autor da monografia já foram apontados pela doutrina.

Para a obtenção da resposta sobre como está sendo aplicado no caso concreto, é feita uma pesquisa documental, bibliográfica e jurisprudencial. As correntes doutrinárias sobre o tema proposto são abordadas por meio do estudo das referências bibliográficas básicas descritas no capítulo 12 adiante. São identificadas as correntes existentes, separando-se os autores conforme o entendimento defendido por eles.

Da mesma forma, é pesquisada a jurisprudência dos Tribunais de Justiça estaduais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Para a realização dessa pesquisa jurisprudencial, é utilizada primordialmente a internet, visitando-se os *sites* dos referidos tribunais e suas respectivas bases de consulta jurisprudencial. Os julgados são também resumidos e separados conforme a corrente doutrinária adotada.

Após a realização da pesquisa apontada e do conseqüente estudo levando à formação da opinião do autor da monografia, são apresentadas as conclusões.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE

Segundo a lição de Itabaiana de Oliveira, a ordem de vocação hereditária, pedra angular da sucessão legítima, tem passado, desde a legislação dos romanos, por diversas fases, atenta à sua magna importância, por dizer respeito, intimamente, aos laços de família. O motivo dessa variação no correr dos séculos é consequência lógica dos vários modos por que os diversos povos têm concebido e organizado o instituto familiar. (OLIVEIRA, *apud* GONÇALVES, 2007, v. 7, p. 140)

Quando o *de cuius* falece *ab intestato*, isto é, sem deixar testamento a sucessão se dá pela forma legítima, de acordo com a vontade da lei.

Na sucessão legítima, o chamamento dos sucessores é feito de acordo com uma seqüência denominada ordem da vocação hereditária, realizado por *classes*, sendo que a mais próxima exclui a mais remota (artigos. 1.833, 1.836, § 1º, e 1.840 do Código Civil). Por isso se diz que essa ordem é preferencial. Tal afirmação tinha caráter absoluto no sistema do Código Civil de 1916, que estabelecia uma seqüência de vocação essencialmente compartimentada, sem qualquer espécie de concorrência entre as classes.

Contudo, aos poucos, o legislador foi admitindo exceções a essa ordem estanque, possibilitando que o cônjuge supérstite fosse adquirindo, conforme o regime matrimonial de bens, alguns direitos, como o direito real de habitação e o usufruto vidual, em concorrência com os herdeiros das classes anteriores (descendentes e ascendentes), aos quais era deferido o domínio dos bens deixados pelo falecido.

Essa evolução no sentido de proporcionar melhor proteção ao cônjuge supérstite revelou-se também na disciplina da sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, em benefício do cônjuge supérstite brasileiro, admitindo a lei nacional (Lei nº 9.047, de 18-05-1995, que deu nova redação ao § 1º do art. 10 da Lei de Introdução ao Código Civil; CF, art. 5º, XXXI) a aplicação da lei pessoal do *de cuius* sempre que esta se mostrar mais favorável aos brasileiros do que a nossa própria legislação.

Essa evolução culminou com a promulgação do Código Civil de 2002, que possibilitou o entrelaçamento de classes ao estabelecer a concorrência dos

cônjuges ou companheiros supérstites, sem desvirtuar com isso a classificação dos herdeiros, ou seja, sem prejudicar a ordem de vocação hereditária tradicionalmente aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, embora haja polêmica também com relação a esse tema, conforme se discutirá.

Quanto ao tema da presente monografia, cumpre salientar duas importantes inovações apresentadas pelo Código Civil de 2002, no capítulo concernente à ordem da vocação hereditária: a) a colocação do cônjuge no elenco dos herdeiros necessários, concorrendo com os herdeiros descendentes e ascendentes; b) a ausência de previsão do benefício do direito real de usufruto em favor do cônjuge sobrevivente, como consequência da aludida concorrência com os demais herdeiros destinada à aquisição de direito mais amplo sobre uma parte do acervo, que é o direito de propriedade, embora tenha se mantido o direito real de habitação sobre a residência familiar, limitado ao fato de ser este o único bem com tal destinação.

Durante o período em que vigorou o Código Civil de 1916, o cônjuge era herdeiro meramente facultativo, o que possibilitava ao *de cuius*, na ausência de herdeiros legítimos ou necessários (descendentes e ascendentes), dispor da totalidade de seus bens a qualquer pessoa. Com o Código Civil de 2002, por ter modificado a situação do cônjuge que passou a ostentar o *status* de herdeiro necessário, somente na ausência de descendentes, ascendentes e cônjuge, é que uma pessoa poderia dispor em testamento da totalidade de seus bens. Os herdeiros necessários, como se sabe, são todos aqueles que, em regra, não podem ser afastados da sucessão (salvo nas hipóteses de exclusão ou deserdação), aos quais a lei destina expressamente a metade da herança, a chamada parte legítima da herança, ou simplesmente legítima, a qual deve ser partilhada de acordo com a vontade da lei.

Lembra acertadamente Giselda Maria Fernandes Hironaka que:

a nova legislação não se refere ao fato de serem, tais herdeiros, sucessíveis efetivos, no que anda bem. Com efeito, tanto o excluído por indignidade quanto o deserdação são herdeiros sucessíveis que, tendo cometido ato atentatório previsto em lei, vêm-se, posteriormente, afastados da sucessão. Mas até que sejam afastados, são herdeiros sucessíveis e gozam de proteção legal da reserva dos bens que compõem a legítima. (2005, p. 430)

Ou seja, só o fato de ostentar a qualificação de herdeiro necessário não implica dizer que será necessariamente chamado à sucessão. Assim é que os

ascendentes do *de cuius* são herdeiros necessários, porém só sucederão na ausência de descendentes daquele. O cônjuge, mesmo alçado a esse novo *status*, só será sucessor efetivo na ausência de descendentes e ascendentes do autor da herança, ou ainda nas hipóteses de concorrência previstas nos incisos I e II do art. 1.829. Isso porque o chamamento à sucessão segue uma ordem legal preestabelecida, a chamada ordem de vocação hereditária, que tem os descendentes na primeira posição, seguindo-se os ascendentes e, em terceiro lugar, o cônjuge sobrevivente.

A posição sucessória do cônjuge como herdeiro necessário da terceira classe, no entanto é controvertida. Para parte da doutrina, o cônjuge passou a ocupar o primeiro lugar na ordem de vocação hereditária, devido à inserção da concorrência do cônjuge com os herdeiros. Outros defendem que o cônjuge, apesar da concorrência estabelecida, permanece como herdeiro da terceira classe. Concorre excepcionalmente com herdeiros da 1ª e 2ª classes, mas é sucessor da 3ª classe. Esse posicionamento é o mais acertado na opinião do autor da presente monografia, isto porque se o Código Civil fala que o cônjuge concorre com descendentes ou com ascendentes é exatamente porque não o consideraram como integrante daquelas duas primeiras classes.

Ressalta Mário Luiz Delgado:

Essa classificação não é meramente terminológica, mas tem reflexos importantes. O art. 1.810 estabelece, por exemplo, que se um dos herdeiros renuncia à herança, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe ou é devolvida aos da classe subsequente, sendo o renunciante o único de sua classe. Assim, concorrendo o cônjuge e um filho, e havendo este renunciado à herança, a parte do filho crescerá à do cônjuge, se este for considerado herdeiro da 1ª classe, ou será devolvida aos ascendentes (herdeiros da 2ª classe), com os quais passará a concorrer o cônjuge, se considerado herdeiro da 3ª classe. (2005, p. 422)

No presente trabalho, entende-se que o cônjuge deve ser considerado herdeiro da 3ª classe, pois esse entendimento está mais de acordo com a *mens legis*. Explicando melhor, renunciando os descendentes, é como se esses não existissem, e quando isso ocorre, os ascendentes devem ser favorecidos na linha sucessória, mesmo que em concorrência com o cônjuge.

Como se infere do art. 1.829, *in verbis* na introdução, defere-se a herança, em primeiro lugar, à classe dos 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, previsto no art. 1.641 do mesmo diploma. Havendo alguém que pertença à aludida classe, afastados ficam todos os herdeiros pertencentes às subseqüentes, salvo a hipótese de concorrência com cônjuge sobrevivente ou companheiro (art. 1.790).

É corrente na doutrina o entendimento de que o legislador, ao estabelecer a ordem de vocação hereditária, funda-se na vontade presumida do falecido. Os descendentes devem ser sempre o primeiro grupo chamado a herdar, pois, segundo o senso comum da sociedade, o amor do falecido era, certamente, mais forte em relação a eles, fruto de seu afeto pelo outro genitor.

Apenas na falta absoluta de descendentes, é que os ascendentes deveriam ser chamados a herdar, uma vez que somente na falta de energias novas e vigorosas, continuadoras por excelência da vida que acabara de ser ceifada, é que se deveriam buscar gerações anteriores à do morto. (RODRIGUES, *apud* GONÇALVES, 2007, v. 7, p. 143)

Esse entendimento permanece válido no sistema sucessório estabelecido pelo Código Civil de 2002, com a novidade da previsão da concorrência do cônjuge ou do companheiro supérstites com os descendentes e ascendentes, nas hipóteses especificadas.

Ressalte-se que todas as disposições legais referentes à vocação hereditária são de ordem pública, uma vez que, embora a vocação se relacione a um direito próprio dos herdeiros, reflete igualmente preocupações de ordem familiar, social e até mesmo política, porquanto o modo de partilhar fortunas afeta o poder do Estado sobre seus súditos.

A lei privilegia a classe dos descendentes, colocando-os em primeiro plano no rol dos herdeiros sucessíveis. A prioridade é respeitada por todos os Códigos e assenta em duplo fundamento: a continuidade da vida humana e a vontade presumida do autor da herança. A primazia concedida aos filhos se fundamenta no senso comum de que o amor pelos descendentes é mais intenso e mais vivo. Devem eles herdar em primeiro lugar, porque essa é a vontade presumida do *de cuius*.

Pelos ditames do art. 1.611, *caput*, do Código Civil de 1916, somente em falta de descendentes e ascendentes seria deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, desde que ao tempo da morte do outro, não estivesse dissolvida a

sociedade conjugal, ainda que estivessem separados de fato e cada qual vivendo em concubinato com terceiro, um herdaria do outro se o falecido não deixasse testamento nem herdeiros necessários.

Verificou-se com o passar do tempo, uma tendência natural no sentido de favorecer o cônjuge sobrevivente. O cônjuge foi beneficiado especificamente pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, que introduziu dois parágrafos ao citado art. 1.611.

O § 1º concedia ao cônjuge viúvo, enquanto durasse a viuvez, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, o usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houvesse filhos, embora sobrevivessem ascendentes.

A jurisprudência, todavia, restringiu o alcance do benefício legal, assentando que o cônjuge sobrevivente a ele não teria direito se houvesse comunicação de bens na constância do casamento, ou se viesse a ser contemplado no testamento do falecido em quantia igual ou superior àqueles sobre os quais recairia o usufruto vidual.

O § 2º do mesmo art. 1.611 conferia ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único bem desta natureza a inventariar.

Essas soluções ainda são aplicadas às sucessões abertas antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, em 11/01/2003, como expressamente prevê o seu art. 2.041.

O Código Civil de 2002 alterou profundamente esse panorama, trazendo importante modificação na ordem de vocação hereditária. Incluiu com efeito, conforme já dito, o cônjuge como herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes e ascendentes, e não mais sendo excluído por essas classes.

Assim, na opinião do autor da presente monografia, o cônjuge sobrevivente permanece em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, mas passa a concorrer em igualdade de condições com os descendentes do falecido, sob determinadas condições de regime de bens do casamento. Na falta de descendentes, concorre com os ascendentes.

4 A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES NA SUCESSÃO CAUSA MORTIS

A ordem da sucessão hereditária encontra-se estabelecida no art. 1.829 do diploma de 2002. Em primeiro lugar (inciso I), figuram os descendentes, porém, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.641); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

O dispositivo estabelece a regra, a concorrência e, em seguida, as exceções. A primeira indagação que se deve fazer para a correta indicação do destinatário da herança, quando da abertura de uma sucessão, é sobre o estado civil do *de cuius*. É de se destacar a hipótese mais comum, em que a sucessão se processa relativamente a uma pessoa que, no momento de sua morte, era casada, ou estava separada de fato há menos de dois anos. Nesses casos a sucessão processar-se-á de forma a considerar, primeiro, o regime de bens do casamento desfeito pela morte. Também se enquadram nessa hipótese aquelas pessoas que, mesmo separadas de fato há mais de dois anos, não se tenham separado por culpa do sobrevivente, que deve fazer prova disso.

A concorrência com os descendentes vai depender do regime de bens do casamento. Nesse ponto é importante a observação de Mário Luiz Delgado:

Grande parte da doutrina vem sustentando que o novo Código Civil teria vinculado, necessariamente, o direito sucessório do cônjuge sobrevivente ao regime matrimonial de bens pactuado. Não é verdade. O regime de bens só influi no direito de concorrência do cônjuge com os descendentes e nada mais. Os demais direitos sucessórios do cônjuge não possuem qualquer vinculação com regime de bens. O direito real de habitação será conferido ao cônjuge sobrevivente independentemente do regime de bens (art. 1.831). (2005, p. 431)

4.1 Da concorrência no regime da comunhão total de bens

Não há concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido, se o regime de bens no casamento era o da comunhão universal de bens. Entende o legislador que a confusão patrimonial já ocorrera desde a celebração da

união nupcial, garantindo-se ao cônjuge sobrevivente, pela meação adquirida, a proteção necessária. De fato, sendo o viúvo ou a viúva titular da meação, não haveria razão para que fosse ainda herdeiro, concorrendo com filhos do falecido. O objetivo da regra de concorrência foi a proteção do cônjuge desprovido de meação.

Há, porém, a possibilidade de haver injustiças, pois há casos em que, mesmo que o regime de bens seja o da comunhão total, um dos cônjuges é desprovido da meação. De toda a bibliografia estudada, foi muito bem observado somente pela defensora pública Cláudia de Almeida Nogueira que o falecido pode ter deixado bens comunicáveis, fruto das exclusões da comunhão previstas no art. 1.668 do Código Civil. Assim, o acervo hereditário pode ser composto de bens comuns e particulares ou até mesmo, apenas de bens particulares.

Imagine-se a hipótese em que o *de cuius* deixa somente bens que ele adquiriu por herança e que possuíam cláusula de incommunicabilidade. São todos bens particulares do *de cuius* e seu cônjuge não é meeiro de nenhum desses bens. Pela interpretação literal do inciso I do art. 1.829, esse cônjuge não concorre em hipótese nenhuma no direito de herança. Seria um caso em que o cônjuge estaria totalmente desprotegido, tendo escapado o alcance da finalidade da lei, que foi o de proteger o cônjuge desprovido de meação.

Cláudia de Almeida Nogueira vai mais além, defendendo que deveria haver também a concorrência quanto aos bens particulares do *de cuius* casado pelo regime da comunhão universal, a fim de que não haja tratamento desigual a situações semelhantes:

Interpretando-se textualmente a lei, o cônjuge que era casado por este regime não sucede concorrendo com os herdeiros de primeira vocação, tenha ou não o morto deixado bens particulares. Ora, se o casado pelo regime de comunhão parcial de bens que deixou bens particulares sucede, sendo irrelevante a existência de aqüestos, o mesmo posicionamento deveria ser adotado para o casado pela comunhão universal que deixou bens particulares, garantindo-se ao sobrevivente o direito à herança destes bens. Exemplificando, o falecido era casado pelo regime da comunhão universal de bens e o espólio compõe-se de bens que foram gravados com a cláusula de incommunicabilidade. O sobrevivente não sucede concorrendo com os descendentes do falecido e não tem direito à meação destes bens, mas se o regime fosse o da comunhão parcial, o supérstite sucederia graças ao bem comunicável. Portanto, o legislador tratou desigualmente situações semelhantes. (2007, p. 150)

Se fosse casado pelo regime da comunhão universal e o falecido tivesse deixado apenas bens comunicáveis, particulares, portanto, a situação do sobrevivente seria idêntica ao casado pelo regime da separação convencional de bens, conforme será apresentado adiante. Ambos desprovidos de meação, só que o casado pelo regime da separação convencional sucede, já o casado pelo regime da comunhão universal, mesmo não sendo meeiro, não sucede.

Assim, foram criadas desigualdades de tratamento em situações semelhantes, ressaltando Cláudia de Almeida Nogueira:

A Constituição da República em seu título II, dos direitos e garantias fundamentais, cláusula pétrea, prevê no art. 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Logo, aos iguais deve ser dado tratamento igual ... Como regulado na lei, sem qualquer exceção legal para os casados pelo regime da comunhão universal, a norma deve ser taxada de inconstitucional. (2007, p. 150)

Por isso o cônjuge sobrevivente deveria suceder, caso o falecido deixasse bens particulares e o regime fosse o da comunhão universal, traçando-se um paralelo, em situação idêntica, com o casado pelo regime da comunhão parcial ou com o casado pelo regime da separação convencional.

4.2 Da concorrência no regime da separação obrigatória de bens

Afastada fica também a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do *de cuius*, se o regime de bens do casal era o da separação obrigatória. Tal regime é imposto por lei às pessoas que contraírem o matrimônio com inobservância das causas suspensivas, se forem maiores de 60 anos ou dependerem de suprimento judicial para casar, por exemplo (CC, art. 1.641). A *contrariu sensu* haverá o direito de concorrência quando o casamento estiver submetido ao regime da separação convencional de bens.

A imposição do regime da separação obrigatória implica em exceção ao princípio da liberdade dos pactos antenupciais, perdendo os noivos a liberdade de escolha do regime de bens que comandará as suas relações patrimoniais na vigência do matrimônio. Ainda que venham a escolher regime diverso, nula será tal convenção, por força do disposto no art. 1.655 do Código Civil.

No regime da separação obrigatória, essa separação é total e permanente, atingindo inclusive os bens adquiridos na constância do casamento,

que não se comunicam. Exatamente por não se admitir qualquer tipo de comunicação patrimonial independentemente da vontade dos cônjuges é que se afasta o direito de concorrência com os descendentes, a fim de evitar qualquer burla à imposição legal. É uma exceção expressa na lei ao princípio de que, inexistindo meação, haveria concorrência. Há outras exceções consideradas injustas, não previstas pelo legislador, como a hipótese já apresentada do cônjuge sobrevivente que era casado no regime da comunhão universal de bens, mas que não possuía qualquer meação sobre os bens do cônjuge falecido.

No caso da separação obrigatória, não faria sentido permitir ao cônjuge eventualmente receber, a título de herança, os mesmos bens que não podiam comunicar-se no momento da constituição do vínculo conjugal.

Também não faz sentido que essa situação seja proibida legalmente para os casados, e ao mesmo tempo seja permitida àqueles que decidiram viver sob união estável. Seria uma forma de burlar a lei. Conforme será mostrado no item 7 adiante, a interpretação não sistemática do art. 1.790 do CC pode levar à burla da finalidade da lei.

4.3 Da concorrência no regime da separação convencional de bens

Conforme já dito, a regra estabelecida no art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 é a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes, optando o dispositivo por enumerar as exceções. Ora, o regime da separação convencional de bens não foi excepcionado ou ressalvado, sendo lícito ao intérprete concluir que, nessa hipótese, haverá a aludida concorrência, ocorrendo o mesmo no que respeita ao regime da participação final dos aqüestos.

Não se devem confundir os dois regimes de separação. O convencional é aquele eleito pelos cônjuges por meio de pacto antenupcial e encontra-se previsto e disciplinado nos artigos 1.687 e ss do Código Civil. O regime da separação obrigatória é aquele imposto por lei para as pessoas que contraírem o matrimônio com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, conforme já mencionado anteriormente.

Euclides Benedito de Oliveira sublinha que:

Tem prevalecido a dominante interpretação doutrinária de que, por não constar das ressalvas do art. 1.829, I, do Código Civil, o regime

da separação de bens decorrente de pacto antenupcial leva, inexoravelmente, ao direito de concorrência do cônjuge sobre a quota hereditária dos descendentes. (2005, p. 29-33)

Ressalte-se que essa regra é aplicável também às uniões ocorridas antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, ou seja, antes de 11/01/2003, no regime da separação convencional, mediante pacto antenupcial, tendo a abertura da sucessão se verificado, porém, posteriormente. O que determinará a aplicação ou não dessa nova regra é a data da abertura da sucessão, ou seja, a data do óbito do inventariado.

Essa inovação provocou a crítica daqueles que se casaram no aludido regime e foram surpreendidos com a possibilidade, agora existente, de o cônjuge, que se imaginava afastado da sucessão, concorrer com os filhos do falecido. Alguns chegaram a afirmar que o legislador teria invadido a autonomia privada e abalado um dos pilares do regime da separação, por permitir a comunicação *post mortem* do patrimônio.

Deve-se ponderar, no entanto, que, mesmo na vigência do diploma de 1916, a pessoa casada sob tal regime poderia herdar a totalidade da herança, na hipótese de não haver descendentes ou ascendentes. Essa regra foi mantida, acrescentando-se, porém, a possibilidade de concorrer com os descendentes e ascendentes, já mencionada. Trata-se, em realidade, de direito sucessório, e não propriamente de comunicação de patrimônio. Com a morte extingue-se o regime, subsistindo, todavia, o direito do cônjuge a uma parte da herança. Poderá esta, entretanto, ser bastante reduzida, bastando que o *de cujus* tivesse vários filhos e houvesse disposto em testamento sobre toda a metade disponível.

4.4 Da concorrência no regime da comunhão parcial de bens

Não haverá ainda concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do falecido numa terceira hipótese cogitada na parte final do inciso I do art. 1.829 do Código Civil: “se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”. E é exatamente nessa hipótese que reside um dos pontos centrais abordados na presente monografia.

Pode-se dizer a *contrario sensu*, que haverá a mencionada concorrência se, sob o regime da comunhão parcial, o autor da herança deixou bens

particulares, ou seja, se já possuía bens ao casar, ou lhe sobrevieram bens, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar nos termos do art. 1.659, inciso I, os quais são considerados particulares.

A questão relevante que se propõe nesse caso: o cônjuge terá sua quota hereditária calculada sobre todo o espólio, ou somente com relação aos bens particulares deixados pelo falecido?

O assunto tem-se mostrado bastante polêmico. Alguns autores sustentam que a participação do cônjuge se dará sobre todo o acervo, em virtude do princípio da indivisibilidade da herança. Nesse sentido o posicionamento de Maria Helena Diniz:

Para tanto, o consorte sobrevivente, por força do art. 1.829, I, só poderá ser casado sob o regime de separação convencional de bens ou de comunhão parcial, embora sua participação incida sobre todo o acervo hereditário e não somente nos bens particulares do *de cuius*. Meação não é herança, pois os bens comuns são divididos, visto que a porção ideal deles já lhe pertence. Havendo patrimônio particular, o cônjuge sobrevivente receberá sua meação, se casado sob regime de comunhão parcial, e uma parcela sobre todo o acervo hereditário. (2002, p. 105-106).

Na mesma linha o convencimento de Francisco José Cahali:

Ao que parece, quis o legislador permitir a concorrência do cônjuge na herança, quando, pelo regime de bens adotado, o falecido possuir patrimônio particular, incomunicável (separação convencional, ou comunhão parcial deixando o falecido bens particulares), embora a participação venha a ser sobre todo o acervo. É curiosa, e merecedora de reflexão, a situação. Veja-se que se o casamento tiver sido celebrado pelo regime da comunhão parcial, e o falecido não possuía bens particulares, o viúvo deixa de participar da herança, ressalvado seu direito à meação; mas se o único bem particular, adquirido antes do casamento, for uma linha telefônica, o cônjuge sobrevivente recebe, além da meação que já lhe é destinada, uma parcela sobre todo o acervo, inclusive daquele que é meeiro. (OLIVEIRA, *apud* GONÇALVES, 2007, v. 7, p. 152)

O aluno autor da presente monografia não concorda com essa linha de raciocínio, e aproveita o próprio exemplo de Cahali para mostrar como é absurda a situação de defender que havendo um único bem particular, qual seja, uma linha telefônica, o viúvo passar a ser herdeiro de todo o acervo hereditário. Entende que é mais acertada a linha que defende que o cônjuge só será herdeiro quanto aos bens em que não é meeiro.

A interpretação de que a existência de qualquer bem particular assegura o direito de concorrência ao acervo total retira do dispositivo qualquer

sentido prático. Afinal de contas, que pessoa conhecemos não possuiria sequer um único bem particular, ainda que sejam aqueles de uso pessoal? Esse ponto é muito bem apresentado por Mário Luiz Delgado:

Partindo do pressuposto que não se poderia condicionar a natureza jurídica de bens particulares ao valor dos mesmos, podemos concluir que os trapos usados pelo mendigo são bens particulares tanto quanto o vestido Chanel de rica senhora. Sendo assim, o dispositivo constituiria letra morta, pois os casados sob o regime da comunhão parcial concorreriam com os descendentes em qualquer situação. Ora, tal interpretação também vulnera o princípio da operabilidade. (2005, p. 435)

Predomina na doutrina o entendimento contrário ao de Maria Helena Diniz e Francisco José Cahali, entendimento esse fundado na interpretação teleológica do dispositivo em apreço, especialmente na circunstância de que a razão essencial da proteção sucessória do cônjuge foi exatamente privilegiar aqueles desprovidos de meação. Os que a têm, nos bens comuns adquiridos na constância do casamento, não necessitam, e por isso não devem participar da metade que foi transmitida, como herança, aos descendentes, devendo a concorrência limitar-se aos bens particulares deixados pelo *de cuius*. O quinhão hereditário correspondente à meação do falecido nos bens comuns será, assim, repartido exclusivamente entre os descendentes, sendo que o cônjuge somente será sucessor nos bens particulares.

Assim se posiciona Sílvio de Salvo Venosa:

O sentido da lei foi, sem dúvida, proteger o cônjuge, em princípio, quando este nada recebe a título de meação. Assim, quando casado em comunhão de bens, porque o patrimônio é dividido, o cônjuge não será herdeiro em concorrência com os descendentes. (2007, p. 120)

Os argumentos de Zeno Veloso seguem essa segunda linha:

A concorrência do cônjuge com os descendentes, se o casamento regeu-se pela comunhão parcial, já é uma situação excepcional, que, portanto, tem de receber interpretação restritiva. E, diante de um quadro em que o cônjuge aparece bastante beneficiado, não há base ou motivo, num caso de dúvida, para que se opte por uma decisão que prejudica os descendentes do *de cuius*, que, ademais, têm de suportar, se for o caso, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, de que o cônjuge é titular, observado o art. 1.831. (2002, p. 105-106)

Assegurar a concorrência sobre a totalidade da herança de acordo com a existência ou não de bens particulares pode dar ensejo a fraudes, como na

hipótese, lembrada por Mário Luiz Delgado Régis, em que o cônjuge moribundo recebe doação de determinado bem (art. 1.659, I), talvez uma simples linha telefônica, feita por suposto amigo, que na verdade é amante de sua esposa, com o único objetivo de assegurar a concorrência daquela sobre os bens integrantes da meação do marido. (2005, p. 210)

No regime da comunhão parcial de bens, portanto, os que compõem o patrimônio comum do casal são divididos, não em decorrência da sucessão, mas tão somente em virtude da dissolução da sociedade conjugal, operando-se, por via de consequência, a divisão dos bens, separando-se as meações que tocavam a cada um dos membros do casal: já os bens particulares e exclusivos do autor da herança, serão partilhados entre ele, sobrevivente, e os descendentes do autor da herança, por motivo da sucessão *causa mortis*.

Resumindo: se o casamento tiver sido celebrado no regime da comunhão parcial, deixando o falecido bens particulares, receberá o cônjuge a sua meação nos bens comuns adquiridos na constância do casamento e concorrerá com os descendentes apenas na partilha dos bens particulares. Se esses não existirem, receberá somente a sua meação nos aqüestos. Essa é a posição doutrinária predominante.

Em suma, o cônjuge sobrevivente deixa de herdar em concorrência com os descendentes: a) se judicialmente separado do *de cuius*; b) se, separado de fato há mais de dois anos, não provar que a convivência se tornou insuportável sem culpa sua (CC, art. 1.830); c) se casado sob o regime da comunhão universal de bens, questionável conforme visto; d) se casado pelo regime da separação obrigatória de bens; e e) se, casado pelo regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Analisando por outro lado, o cônjuge sobrevivente somente concorrerá com os descendentes: a) quando casado no regime da separação convencional; b) quando casado no regime da comunhão parcial e o *de cuius* possuía bens particulares, somente com relação a estes, na opinião do presente autor; c) quando casado no regime da participação final dos aqüestos e o *de cuius* possuía bens particulares.

Em idêntica linha de pensamento foi aprovado um enunciado durante a III Jornada de Direito Civil, de autoria de Mário Luiz Delgado, promovida pelo Conselho da Justiça Federal no período de 1º a 3 de dezembro de 2004:

O art. 1.829, 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 aqüestos, o falecido possuíse bens particulares, hipótese em que a concorrência restringe-se a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes. (DELGADO, 2005, p. 436)

4.5 Da concorrência no regime da participação final dos aqüestos

O regime da participação final nos aqüestos é de natureza híbrida, ou seja, separação na constância do casamento, e comunhão parcial após a sua dissolução. Havendo bens particulares, haverá a concorrência com os descendentes, ou seja, aplicam-se as mesmas regras da comunhão parcial no tocante à concorrência do cônjuge com os descendentes. Ou seja, havendo bens particulares, haverá a concorrência. Mesmo porque o legislador, no inciso I do art. 1.829, apenas mencionou as hipóteses em que não haveria concorrência. Logo, no regime da participação final nos aqüestos, não está excluída a concorrência do cônjuge com os descendentes do autor da herança.

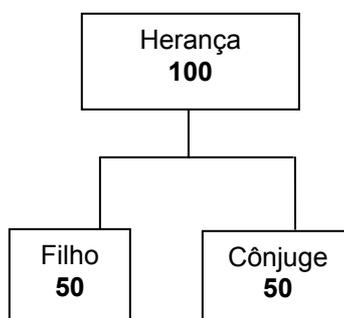
5 QUINHÃO HEREDITÁRIO DE NO MÍNIMO 25% DA HERANÇA EM FAVOR DO CÔNJUGE QUE CONCORRE COM HERDEIROS COMUNS

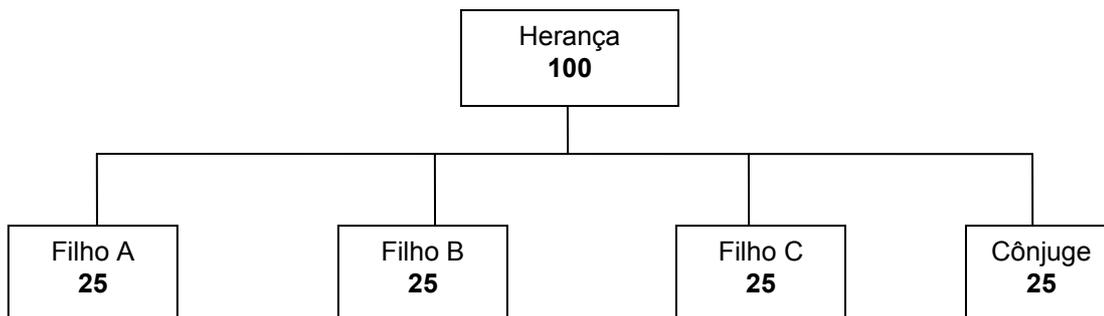
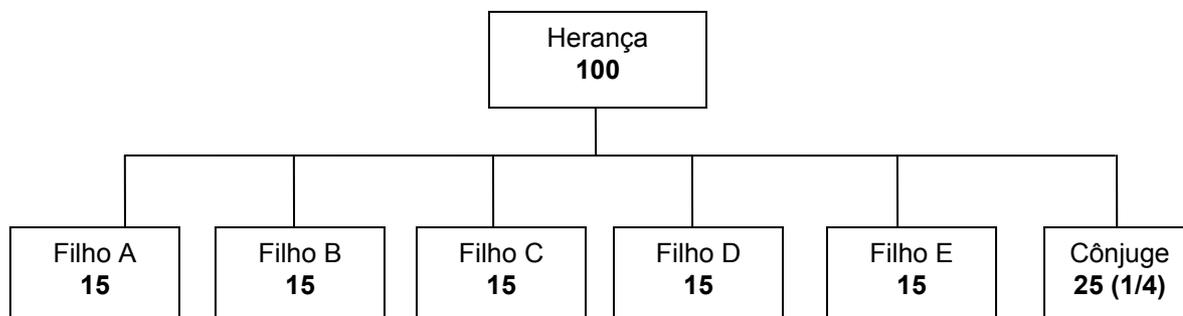
Diz o art. 1.832 do Código Civil que em concorrência com os descendentes (art. 1.829, I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

Na hipótese de o cônjuge supérstite concorrer com descendentes e estes forem comuns, ou seja, descendentes tanto do falecido como do sobrevivente, simultaneamente, a quota do cônjuge sobrevivente não poderá ser inferior à quarta parte da herança.

Se, por exemplo, o casal tinha um filho, e falece o marido, a herança será dividida em partes iguais entre a viúva e os filhos, caso se aplique a concorrência. Dessa forma, a viúva e o filho receberão cada um, metade da herança. Da mesma forma, se o falecido deixou 3 filhos comuns, a herança será dividida em quatro partes iguais, às quais serão distribuídas para a viúva e os três filhos. Entretanto, se o falecido deixar quatro filhos comuns ou mais, não se dividirá por igual a herança, sendo destinado necessariamente para a viúva 25% da herança e os outros 75% serão igualmente distribuídos para os filhos, os quais receberão um quinhão menor. A repartição por cabeça só estará ocorrendo com relação à parte da herança que coube aos filhos, sendo garantido o mínimo de 25% para a viúva.

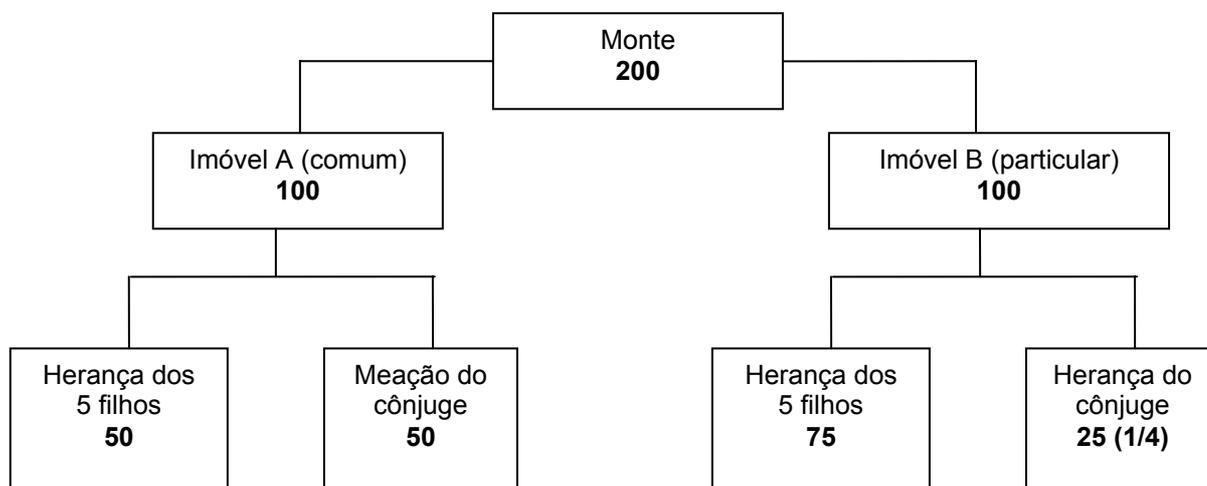
Esquema Ilustrativo nº 1 - Cônjuge concorrendo com um filho



Esquema Ilustrativo nº 2 - Cônjuge concorrendo com três filhos comuns**Esquema Ilustrativo nº 3 - Cônjuge concorrendo com cinco filhos comuns**

Seguindo a linha doutrinária de que a concorrência só existirá quando não existir o direito de meação, ou seja, somente com relação aos ditos bens particulares, impende registrar que essa reserva da quarta parte diz respeito à possível herança do cônjuge, e não à totalidade do monte. A reserva deve ser feita apenas sobre os bens particulares, excluindo-se a meação dos bens comuns. Como afirma Mário Luiz Delgado Régis, “não existe reserva da quarta parte no tocante aos bens comuns”.

Esquema Ilustrativo nº 4 - Cônjuge concorrendo com cinco filhos comuns, havendo um imóvel particular e outro comum ao casal



É importante trazer um esclarecimento àqueles que não estão habituados a lidar com inventários e partilhas. Os quase dois anos de atuação como estagiário na Defensoria Pública, no órgão junto à 2ª Vara de Órfãos e Sucessões da Comarca da Capital, permitem ao autor da presente monografia trazer essa contribuição. Quando se fala de reserva de quarta parte para o cônjuge sobre os bens particulares, e meação sobre os bens comuns, não se quer dizer necessariamente que se formará um condomínio em que o cônjuge teria os percentuais de 50% e 25% de propriedade sobre o bem comum e sobre o particular, respectivamente. Os percentuais são importantes para definir os valores de quota a que cada um dos envolvidos tem direito, mas a forma de partilhar, de se fazer o pagamento da herança e meação, não fica atrelada aos percentuais que definem o direito de cada um.

Sendo mais claro, observe no exemplo elaborado a seguir, o caso de uma sucessão em que o falecido, casado sob o regime da comunhão parcial, deixou viúva, quatro filhos, um imóvel A de propriedade comum do casal e um imóvel B particular, avaliados judicialmente em R\$ 150.000,00 e R\$ 100.000,00, respectivamente. Quem não está habituado, poderia pensar que a partilha só poderia ser feita da seguinte forma:

MONTE

Imóvel A (comum)	R\$ 150.000,00
<u>Imóvel B (particular)</u>	<u>R\$ 100.000,00</u>
TOTAL.....	R\$ 250.000,00

DIREITOS

Direito de meação do cônjuge (50% de 150.000)	R\$ 75.000,00
<u>Direito de herança do cônjuge (25% de 100.000)</u>	<u>R\$ 25.000,00</u>
TOTAL A QUE A VIÚVA TEM DIREITO	R\$ 100.000,00

Direito de herança de cada um dos 5 filhos [1/5 de (75.000 (metade do A)+ 75.000 (75% do B))]	R\$ 30.000,00
TOTAL A QUE OS 5 FILHOS TÊM DIREITO.....	R\$ 150.000,00

PAGAMENTOS (primeira possibilidade)

PAGAMENTO QUE SE FAZ À VIÚVA (normalmente se faz a partilha assim):

50% do imóvel A	R\$ 75.000,00
<u>25% do imóvel B</u>	<u>R\$ 25.000,00</u>
TOTAL.....	R\$ 100.000,00

PAGAMENTO QUE SE FAZ A CADA UM DOS HERDEIROS (normalmente se faz a partilha assim):

10% do imóvel A	R\$ 15.000,00
<u>15% do imóvel B</u>	<u>R\$ 15.000,00</u>
TOTAL.....	R\$ 30.000,00

Observa-se que, por essa forma de partilhar, forma-se um condomínio de proprietários tanto no imóvel A como no imóvel B.

Entretanto, nada impede que o pagamento seja feito da seguinte forma, observando que os valores a que cada um tem direito está sendo respeitado:

PAGAMENTOS (outra possibilidade)

PAGAMENTO QUE SE FAZ À VIÚVA:

100% do imóvel B R\$ 100.000,00

TOTAL..... R\$ 100.000,00

PAGAMENTO QUE SE FAZ A CADA UM DOS HERDEIROS:

20% do imóvel A R\$ 30.000,00

TOTAL DOS 5 FILHOS R\$ 150.000,00

Note-se que nessa forma de partilhar a viúva ficou sendo proprietária de 100% do bem que era particular do falecido! Antes, poder-se-ia pensar que isso seria impossível face à reserva da quarta parte dos bens particulares. E o outro imóvel, imóvel A, que era comum do casal, ficou somente para os filhos, não ficando a viúva meeira com nenhuma fração de propriedade sobre o bem. Esta partilha está totalmente de acordo com o Código Civil, lembrando que se está considerando a linha doutrinária de que só há direito concorrente de herança sobre o bem particular. Mas o que se quis demonstrar é que não é sobre o bem particular especificamente que o cônjuge supérstite receberá o pagamento de sua herança e meação, o que importa é o valor que será apurado, sendo a partilha livre para que atenda aos melhores interesses dos envolvidos.

Só que esse direito à reserva da quarta parte do cônjuge sobrevivente não é um direito absoluto. No caso de haver descendentes exclusivos do *de cujus*, isto é, não serem descendentes comuns, como na hipótese da existência somente de filhos de casamento anterior, o cônjuge sobrevivente não terá direito à quarta parte da herança, cabendo-lhe, tão somente, quinhão igual ao que couber a cada um dos filhos. No exemplo anterior de partilha, considerando que os cinco filhos eram exclusivos do falecido, assim ficaria o direito de cada um dos envolvidos, lembrando que a partilha pode ser feita de forma variada como demonstrado:

MONTE

Imóvel A (comum)	R\$ 150.000,00
<u>Imóvel B (particular)</u>	<u>R\$ 100.000,00</u>
TOTAL.....	R\$ 250.000,00

DIREITOS

Direito de meação do cônjuge (50% de 150.000)	R\$ 75.000,00
<u>Direito de herança do cônjuge (1/6 de 100.000)</u>	<u>R\$ 16.666,66</u>
TOTAL A QUE A VIÚVA TEM DIREITO	R\$ 91.666,66

Direito de herança de cada um dos 5 filhos (1/5 de 75.000 (metade do A)+ 1/6 de 100.000 (100% do B).....	R\$ 31.666,67
TOTAL A QUE OS 5 FILHOS TÊM DIREITO.....	R\$ 158.333,67

Observe que sobre a meação que pertencia ao falecido no imóvel A foi aplicada a fração de um **quinto**, porque a viúva não fazia jus a direito de herança sobre essa parte do acervo e sobre a totalidade do valor do imóvel B foi aplicada a fração de um **sexto**, porque foi feita a divisão por cabeça, considerando a viúva como herdeira. Isto porque se está adotando a linha doutrinária predominante, com a qual concorda o autor, de que a concorrência se dá somente sobre os bens particulares.

Não se prevê no Código Civil a hipótese de haver filhos do *de cujus* com o cônjuge sobrevivente e também filhos tidos por ele com outra pessoa, o que é cada vez mais corriqueiro nos dias atuais. Há, nesse caso, concorrência do cônjuge sobrevivente com descendentes comuns e com descendentes exclusivos do autor da herança.

A omissão do diploma de 2002, deixando de prever a solução para esses casos, bastantes comuns, de concorrência do cônjuge sobrevivente com filhos de origem híbrida, deixa dúvida sobre se prevalece ou não a reserva da quarta parte dos bens a serem partilhados, dando origem a três correntes antagônicas.

A maior parte da doutrina defende que não assiste ao cônjuge supérstite o direito à quarta parte sobre os bens particulares se existirem, simultaneamente, descendentes comuns e unilaterais, tendo em vista que o Código

Civil assegura ao cônjuge o direito à quota mínima somente quando for ascendente de todos os herdeiros descendentes do falecido.

Nessa interpretação, o cônjuge teria direito única e exclusivamente a quinhão igual ao dos demais descendentes, pois se o legislador quisesse, poderia ter estabelecido norma para regular essa situação. Como não o fez, essa interpretação sistemática desponta como a mais condizente com o ordenamento jurídico.

A segunda corrente defende que no caso de haver descendentes comuns e não comuns, todos deveriam ser considerados como se fossem descendentes comuns para fins de se reservar a quarta parte da herança para o cônjuge sobrevivente. Essa interpretação traz um considerável prejuízo aos descendentes exclusivos do falecido, porque, por não serem descendentes do cônjuge com quem concorrem, são afastados de parte considerável do patrimônio exclusivo de seu ascendente falecido.

A terceira corrente propõe uma complicada divisão proporcional da herança, segundo a quantidade de descendentes de cada grupo, preservando-se a quarta parte da herança ao cônjuge somente com relação aos filhos comuns, e fazendo-se a partilha igualitária, sem aquele mínimo de um quarto, com relação aos herdeiros. O resultado dessa partilha diferenciada pela origem dos descendentes leva a uma distinção valorativa das quotas recebidas por uma e por outra categoria de filhos. Assim, os herdeiros filhos, embora estejam no mesmo grau de parentesco, recebem valores diversos, numa conseqüência de trato sucessório que afronta o princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal, art. 227, § 6º, e também presente no Código Civil: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Constata-se que a primeira alternativa, ao assegurar a reserva da quarta parte somente quando todos os descendentes forem comuns, é a que melhor atende à finalidade da lei, pois a intenção do legislador foi, sem dúvida, beneficiar o cônjuge, acarretando o menor prejuízo possível aos filhos. Se todos os filhos são comuns, a reserva da quarta parte, ainda que implique eventual diminuição do quinhão dos filhos, não lhes acarretará maiores prejuízos, uma vez que o montante a maior destinado ao cônjuge futuramente reverterá aos filhos.

Concluindo, quanto ao art. 1.832, deve-se considerar que, na concorrência com os descendentes, só existirá o direito do cônjuge à reserva da quarta parte da herança quando todos os descendentes forem comuns; e que, nas hipóteses de filiação híbrida, o quinhão do cônjuge e dos filhos, quanto aos bens particulares do *de cujus*, deve ser rigorosamente igual.

6 A UNIÃO ESTÁVEL ANTES E DEPOIS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, BREVE HISTÓRICO

O concubinato foi o termo utilizado durante muito tempo para caracterizar a união prolongada entre o homem e a mulher, sem casamento, caracterizada pela “união livre”. Para os efeitos legais, não apenas eram concubinos os que mantinham vida marital sem serem casados, senão também os que haviam contraído matrimônio não reconhecido legalmente, por mais respeitável que fosse perante a consciência dos contraentes, como sucede com o casamento religioso, exemplificando.

O Código de 1916 continha alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, proibindo, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida. Aos poucos, no entanto, a começar pela legislação previdenciária, alguns direitos da concubina foram sendo reconhecidos, tendo a jurisprudência admitido outros, como o direito à meação dos bens adquiridos pelo esforço comum.

Com a Constituição Federal de 1988 houve um avanço com o art. 226, § 3º: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. A partir daí a relação nascida fora do casamento passou a denominar-se união estável, ganhando novo *status* dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que regulou o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão, e a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que regulamentou o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, reconhecendo a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, asseguraram aos companheiros, dentre outros direitos, o de herdar. Essa mesma lei ampliou, no art. 2º, III, o rol de herdeiros estabelecido no art. 1.603 do Código Civil de 1916 quando determinou a transmissão do patrimônio ao companheiro ou companheira sobrevivente (inciso III), e não aos colaterais, se inexistissem descendentes ou ascendentes. Como requisito, exigia a referida lei a união com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, bem como a prova da efetiva união

marital pelo prazo de cinco anos, ou por qualquer tempo, se houvesse filhos resultantes da união.

Em 1996 foi promulgada a Lei nº 9.278, que não mais exigia todos esses requisitos para caracterização da união estável, ou antiga sociedade de fato, pois o seu art. 1º reconhecia “como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Bastava a prova do estabelecimento da sociedade conjugal de fato, com a formação do patrimônio. Vivendo uma pessoa com cônjuge e companheiro, separavam-se as meações de conformidade com as aquisições havidas durante cada união. Enfim, a promulgação da Lei nº 9.278/96 e a manutenção de dispositivos da Lei nº 8.971/94 que não conflitassem com aquela acabaram por conferir mais direitos à companheira do que à esposa. Esta poderia ter o usufruto vidual ou o direito real de habitação, dependendo do regime de bens adotado no casamento, enquanto aquela poderia desfrutar de ambos os benefícios.

Ficaram tacitamente revogadas as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 em face da inclusão da matéria no âmbito do Código Civil de 2002, que fez significativa mudança, inserindo o título referente à união estável no Livro de Família e incorporando, em cinco artigos (1.723 a 1.727), os princípios básicos das aludidas leis, bem como introduzindo disposições esparsas em outros capítulos quanto a certos efeitos, como nos casos de obrigação de alimentar (art. 1.694). O código tratou nesses dispositivos, dos aspectos processuais e patrimoniais, deixando para o Direito das Sucessões o efeito patrimonial sucessório, não se fazendo nenhuma referência ao direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, nem ao usufruto vidual, pelo fato de passar a concorrer na herança, como herdeiro, com os parentes do *de cuius*.

O não-reconhecimento do direito de habitação ao companheiro sobrevivente tem sido alvo de críticas, por sujeitá-lo a uma eventual desocupação forçada do imóvel onde vivia com o finado parceiro, na hipótese de não ter este adquirido bens durante a convivência, ou de tê-lo adquirido só a título gratuito conforme será melhor discutido adiante. “Nesses casos carece o companheiro do direito à meação e tampouco concorre na herança, que poderá ser atribuída a herdeiros que nem sempre aceitarão repartir com ele o uso do imóvel residencial”. (OLIVEIRA, 2005, p. 179)

Mesmo na falta de previsão no Código, defende uma corrente doutrinária a permanência do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96, que defere ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência familiar. Argumenta-se que não houve revogação expressa da referida lei, bem como que não há incompatibilidade do benefício nela previsto com qualquer dispositivo do Código de 2002. Invoca-se também a extensão analógica do mesmo direito assegurado ao cônjuge sobrevivente no art. 1.831 do mesmo diploma. Nessa mesma linha, saiu o Enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília em setembro de 2002:

O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei nº 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da Constituição Federal de 1988.

Parte da doutrina critica a disciplina da união estável no novo diploma, no tocante ao direito sucessório, sublinhando que, em vez de fazer as adaptações e consertos que a doutrina já propugnava, especialmente nos pontos em que o companheiro sobrevivente ficava numa situação mais vantajosa do que a viúva ou o viúvo, “acabou colocando os partícipes de união estável, na sucessão hereditária, numa posição de extrema inferioridade”. (RODRIGUES, 2002, p. 117)

Outros estudiosos afirmam que o Código de 2002 procura, com largueza de espírito, guindar a união estável ao patamar do casamento civil, sem incidir em excessos, não representando discriminação a disparidade de tratamento, mas o pleno atendimento ao mandamento constitucional que procura quase equiparar a união estável ao casamento. A equiparação plena estaria inquinada de inconstitucional populismo doutrinário. (DELGADO, 2005, p. 418)

7 A CONCORRÊNCIA DO(A) COMPANHEIRO(A) COM OS DESCENDENTES NA SUCESSÃO CAUSA MORTIS

Haverá a concorrência sucessória com os descendentes se o falecido tiver vivido em união estável e ao falecer tenha deixado filhos e companheiro sobrevivente.

Essa matéria recebeu tratamento legislativo inadequado e com evidentes erros de colocação. (GAMA, 2007, p. 25)

O art. 1.790 do CC não era contemplado no texto original do projeto de lei que foi transformado na Lei nº 10.406, de 10/01/2002, o novo Código Civil. Tal dispositivo foi introduzido por emenda apresentada no Senado Federal, tendo a redação do dispositivo sido alterada pela Câmara dos Deputados para evitar o reconhecimento de possível inconstitucionalidade material, uma vez que a redação foi dada pelo Relator da Comissão Especial do Código Civil, sob o argumento de cumprimento da Resolução CN 1/2000, que permitiu a adequação do texto do projeto à Constituição Federal de 1988 e à legislação posterior a 1975.

Várias são as críticas referentes ao art. 1.790: “o art. 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco”. (VELOSO, 2003).

Quanto à localização no Código Civil, não há motivo para que o preceito seja tratado em dispositivo isolado, totalmente dissociado do Capítulo I, do Título II, do Livro V, especialmente do art. 1.829, que trata da ordem de vocação hereditária. A circunstância de o dispositivo ter sido introduzido durante a tramitação do projeto não é motivo justificado ou razoável para que a matéria tivesse sido tratada em parte estranha à ordem de vocação hereditária. O correto seria ter incluído o companheiro no próprio art. 1.829, e não acrescer mais um dispositivo ao texto do Código, demonstrando, aparentemente, um preconceito no tratamento das uniões fundadas no companheirismo, a despeito da norma constitucional que considera tais uniões como famílias jurídicas. É inegável que o art. 1.790 integra a ordem vocacional. (GAMA, 2007, p. 26)

A despeito das críticas de ordem topográfica quanto à colocação na estrutura do Código Civil, há outros problemas de gravidade maior. A redação do art. 1.790 resultou de mudança feita no âmbito da Câmara dos Deputados, na condição

de Casa Revisora das Emendas senatoriais, e é certo que houve excesso na alteração da redação, uma vez que não houve qualquer legislação no período de 1975 a 2001 que tenha estabelecido que somente haveria direito sucessório de propriedade em favor do companheiro supérstite relativamente aos bens adquiridos na constância da união estável. Apresenta-se a seguir o art. 1.790, *in verbis*:

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

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

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

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

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

O primeiro problema que se observa foi a consideração para fins de herança em favor de companheiros de somente dos bens adquiridos na constância da união estável. No período anterior ao advento do Código Civil de 2002, no sistema da Lei nº 8.971/94, o companheiro sobrevivente tinha direito à herança, independentemente do momento da aquisição dos bens integrantes do acervo, e da forma de aquisição, se onerosa ou gratuita. Ora, nos termos do art. 1.790 do Código Civil, o companheiro somente terá direito à herança restrita à parte integrada pelos bens que foram adquiridos a título oneroso durante a convivência dos companheiros. Há nítida confusão entre herança e meação, institutos diversos, o primeiro de Direito das Sucessões e o segundo de Direito de Família, que não mereciam serem confundidos pela lei. Assim se refere ao art. 1.790 Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Deve-se considerar, sobre o tema, que o dispositivo é materialmente inconstitucional, porque no lugar de dar especial proteção à família fundada no companheirismo (art. 226, *caput* e § 3º, da Constituição Federal), ele retira direitos e vantagens anteriormente existentes em favor dos companheiros. (2007, p. 27)

O correto, na opinião de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, seria cuidar em igualdade de condições aos cônjuges, da sucessão em favor dos companheiros. Tal conclusão decorre da constatação de que, desde o advento das

Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, os companheiros e os cônjuges passaram a receber igual tratamento em matéria de Direito das Sucessões: ora como sucessores legais na propriedade, ora como titulares de usufruto legal, ora como titulares de direito real de habitação. Desse modo, considerando que, por força de normas infraconstitucionais, desde 1996 havia tratamento igual na sucessão entre cônjuges e na sucessão entre companheiros, deveria ter sido mantido tal tratamento para dar efetividade ao comando constitucional contido no art. 226, *caput*, da Constituição Federal. (2007, p. 27)

Dessa forma, tendo em vista que o *caput* do dispositivo restringe a participação do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, a concorrência com os filhos comuns dar-se-á somente nesses bens. Tem ele direito a uma quota equivalente à do filho comum, nos bens adquiridos onerosamente durante a união estável.

Os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, presumindo-se que os conviventes não hajam celebrado qualquer pacto patrimonial, serão bens comuns, submetidos à regra da comunicabilidade. Logo, o acervo hereditário do companheiro só poderá ser composto por bens comuns e comunicáveis, jamais por bens particulares, a fim de que haja a concorrência entre companheiro e descendentes.

Observa-se ter havido equívoco do legislador no emprego da palavra “filho”, quando a finalidade precípua da norma é regular a concorrência do companheiro com os “descendentes”. Tanto é assim que no inciso II foi corretamente empregada esta última palavra. Desse modo, mediante uma interpretação extensiva e sistemática, torna-se possível compatibilizar a norma do inciso I do art. 1.790 com o inciso II do mesmo dispositivo, que se refere corretamente a “descendentes”.

Com esse escopo foi aprovado, durante a III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, no período de 1º a 3 de dezembro de 2004, o enunciado de autoria de Francisco José Cahali: “aplica-se o inciso I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns e não apenas na concorrência com filhos comuns”.

O segundo problema que se observa no art. 1.790, quando trata da concorrência entre o companheiro e os descendentes, é o conteúdo totalmente díspare em relação à concorrência entre cônjuges e descendentes. Aparentemente,

o legislador que fez a redação do art. 1.790 não tinha conhecimento do teor do art. 1.829 e menos ainda do regime patrimonial aplicável ao instituto da união estável. Por força do art. 1.725 do Código Civil, na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens, o que quer dizer que o companheiro é meeiro de todos os bens adquiridos onerosamente na constância da união. Por força do art. 1.790, incisos I e II, do Código Civil, o companheiro concorrerá com os herdeiros na transmissão dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Ora, é o oposto do contido no art. 1.829, inciso I, com relação aos casados no regime da comunhão parcial de bens, seguindo a doutrina majoritária de que, quando houver o direito de meação, não haverá a concorrência na herança.

Ou seja, enquanto na sucessão de companheiros, a concorrência se dará somente com relação aos bens comuns (adquiridos onerosamente na constância da união estável), sendo o companheiro sobrevivente ao mesmo tempo meeiro e herdeiro, e nada tendo direito com relação aos bens particulares do falecido, na sucessão de casados sob o regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge só será herdeiro dos bens particulares e com relação aos bens comuns, só será meeiro. Se o espírito do legislador foi o de proteger o cônjuge quando este não tinha direito à meação, criando a concorrência com os descendentes nesses casos, conforme já dito diversas vezes anteriormente, esse espírito faltou totalmente, pois da forma como ficou o art. 1.725 c/c 1.790 do Código Civil, o companheiro será herdeiro quando também é meeiro, e quando não é meeiro, também não será herdeiro.

Da mesma forma, bem adquirido onerosamente com recursos provenientes da venda de um bem particular não poderá integrar o acervo hereditário do companheiro sobrevivente, aplicando-se à hipótese, por analogia, o art. 1.659, inciso I, do Código Civil, que, ao tratar do regime da comunhão parcial de bens, aplicável à união estável na ausência de pacto, estabelece expressamente: “excluem-se da comunhão de bens os que cada cônjuge possuir ao casar; e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os subrogados em seu lugar”. Logo, um bem adquirido onerosamente com o produto da venda de outro bem recebido, por exemplo, fruto de uma herança, devido à

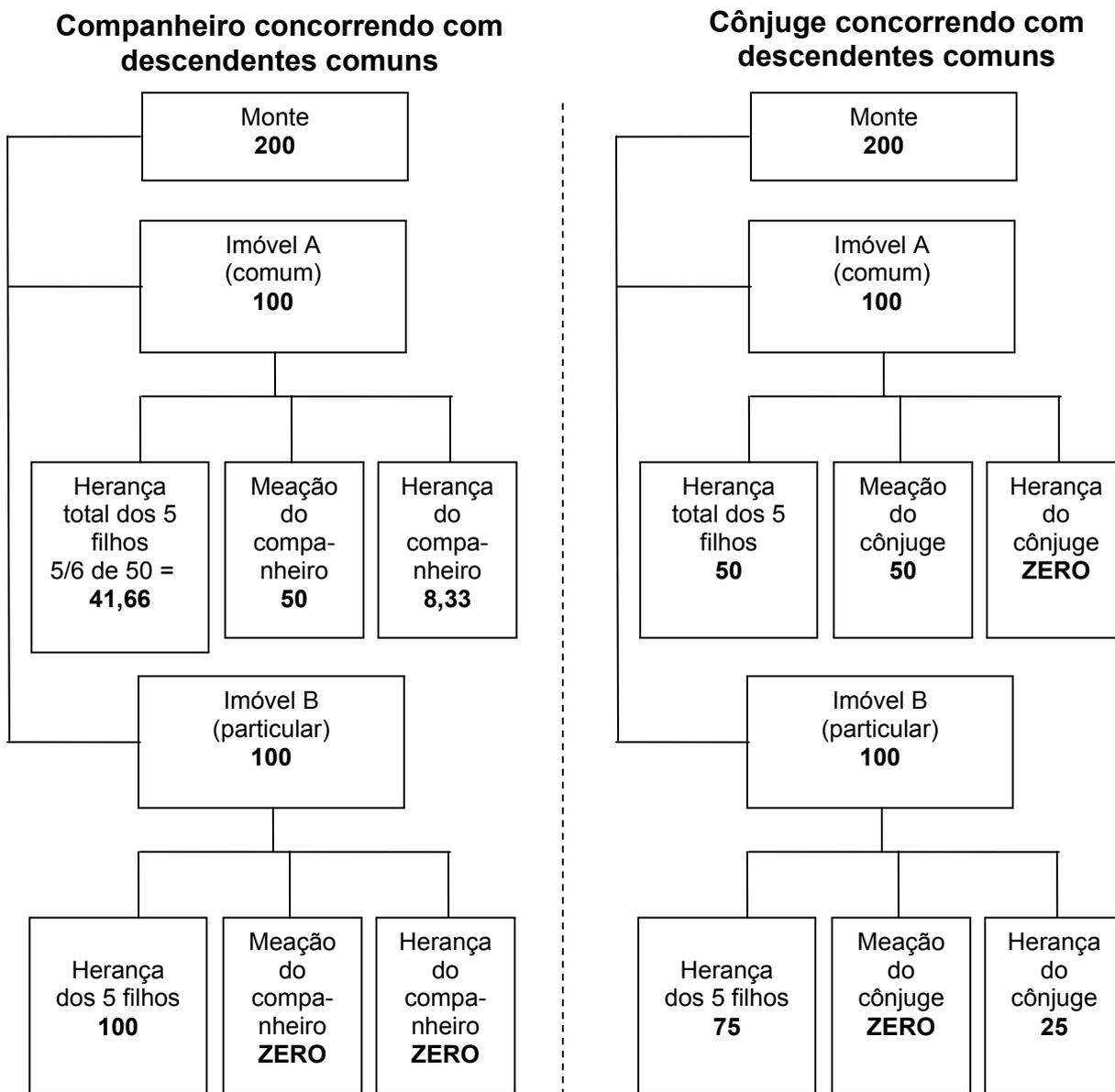
incomunicabilidade legal, não poderá integrar a herança destinada ao companheiro sobrevivente, pois essa está limitada aos bens comuns.

A impressão que se tem é que quem redigiu o art. 1.790 do Código Civil ignorava o conteúdo do art. 1.725, que estabelece o direito de meação, como se quisesse beneficiar o companheiro com o instituto da herança sem saber que o companheiro já era beneficiado pelo instituto da meação.

Essas incoerências enfatizam o papel do jurista como construtor de um sistema normativo harmônico e hierarquizado, em oposição ao descompromisso do legislador com a coerência lógica desse mesmo sistema. Assim, compete ao jurista, ou seja, àquele que vai elaborar os enunciados e as proposições jurídicas que nortearão o aplicador da norma, por meio de um processo de criação epistemológico, desemaranhar o cipoal legislativo, solucionando as eventuais antinomias, reais ou aparentes, suprimindo lacunas e harmonizando o sistema, tendo por parâmetros, além da Constituição Federal e da Lei de Introdução ao Código Civil, os diversos processos interpretativos (gramatical, lógico, sistemático, histórico e teleológico), que não se excluem, mas se complementam na busca do sentido e do alcance da norma, e os princípios estruturantes ou diretrizes fundamentais do Código Civil, consubstanciados nos pilares da socialidade, eticidade e operabilidade. (DELGADO, 2005, p. 419)

São apresentados paralelamente a seguir, dois exemplos que demonstram claramente as incoerentes diferenças apontadas na sucessão concorrente entre o companheiro sobrevivente e descendentes e cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens com descendentes. Supõe-se que o falecido deixou companheiro (cônjuge), cinco filhos comuns, um imóvel A, comum, e um imóvel B, particular.

Esquema Ilustrativo nº 5 – Comparação da concorrência entre companheiros e descendentes e cônjuge (comunhão parcial) e descendentes



A divisão dos direitos acima foi realizada conforme os artigos 1.725, 1.790 e 1.829 do Código Civil, interpretando-se literalmente tais artigos. Todavia, o autor da presente monografia entende que a divisão apresentada não está de acordo com a finalidade da lei, a qual seria obtida pela interpretação sistemática dos artigos enumerados. Não há porque haver algumas das diferenças apresentadas, pois são totalmente incoerentes, como por exemplo, instituir a concorrência de

descendentes e companheiro supérstite quanto aos bens comuns, e entre cônjuge e descendentes quanto aos bens particulares. Não faz o menor sentido.

Lembrando que os valores apresentados são utilizados para o cálculo dos direitos de cada um dos envolvidos, mas a partilha pode ser realizada e “paga” de forma diferente, contanto que se respeite o direito de cada um, ou caso alguém receba mais do que tem direito, que pague a reposição a quem recebe de menos.

Outra diferença que se observa é a reserva da quarta parte em favor do cônjuge quando concorre somente com descendentes comuns, o que não ocorre na concorrência entre companheiro e descendentes comuns. Comparando a regra do art. 1.790 do Código Civil com a norma concernente à concorrência do cônjuge com os descendentes comuns, verifica-se que não houve reserva de parte mínima para o companheiro, fazendo com que herde cada vez menos quanto maior for a prole do falecido, o que não é tanto um problema, pois pode-se afirmar que a meação lhe garante pelo menos 50% do valor do bem pertencente aos companheiros e adquirido onerosamente na constância da união estável.

Mais um ponto a ser destacado é uma possibilidade de se burlar o Código Civil permitida pelos artigos 1.725 e 1.790. Essa questão não foi levantada por nenhuma das referências bibliográficas listadas. De acordo com o art. 1.641 do Código Civil, é obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de sessenta anos, sendo esse um dos casos em que se estabelece tal regime. Se for casada nesse regime, por força do art. 1.829, inciso I, o cônjuge não concorrerá na herança com os descendentes, pois é uma das exceções à regra da concorrência. Já se essa mesma pessoa com mais de sessenta anos, em vez de casada, vivesse em união estável, estaria sujeita, numa interpretação literal do Código Civil, ao regime da comunhão parcial, por força do art. 1.725, sendo meeiro dos bens adquiridos na constância da união estável. E de acordo com o art. 1.790, o companheiro dessa pessoa maior de sessenta anos, concorreria com os descendentes na herança, ou seja, seria meeiro e herdeiro ao mesmo tempo, enquanto que, se fosse casado, não teria direito nem à meação, nem a concorrer na herança. Assim, pergunta-se: nesse caso é melhor viver em união estável ou ser casado? Obviamente, é uma situação que privilegia a união estável em detrimento da instituição casamento, caso não se faça uma interpretação sistemática do Código Civil. Não restam dúvidas ao autor da presente monografia de que tais diferenças se

devem mais a uma falha do legislador do que à sua intenção e serão corrigidas pela jurisprudência até que se faça a alteração no Código Civil.

Diante de tais ponderações, cabe à doutrina e à jurisprudência corrigir os vícios detectados no curso do processo legislativo, procedendo a combinação das disposições contidas no art. 2º da Lei nº 8.971/94, com as relativas aos cônjuges no art. 1.829, incisos I, II e III do Código Civil. Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama foram cometidas flagrantes inconstitucionalidades contra as pessoas dos companheiros. (2007, p. 27)

Já existe um projeto de Lei, o de nº 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, em que é apresentada proposta de nova redação do art. 1.790 do Código Civil, buscando corrigir os equívocos apontados acima. Assim, caso o texto venha a ser aprovado, várias das críticas apresentadas serão solucionadas. Apresenta-se a seguir o texto proposto:

Art. 1.790 (proposta de alteração). A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I – em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641);

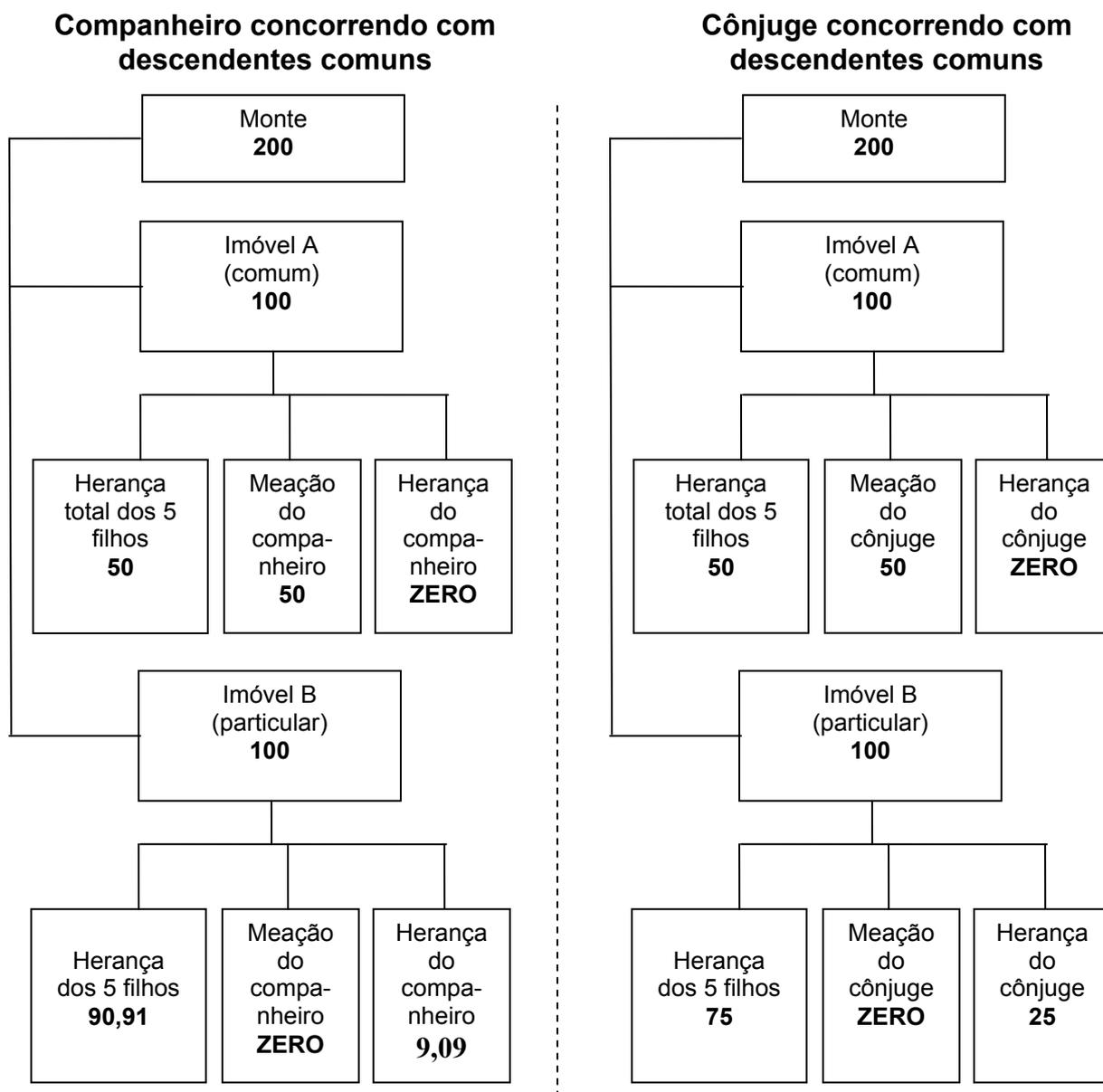
II – em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um deles;

III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Caso fosse aplicado ao último exemplo esquematizado, o texto proposto acima, assim ficaria o esquema de definição dos direitos de meação e herança:

Esquema Ilustrativo nº 6 – Comparação da concorrência entre companheiros e descendentes e cônjuge (comunhão parcial) e descendentes, contemplando a proposta de alteração do art. 1.790 do CC



Constata-se que com a alteração proposta no projeto Lei nº 6.960/2002, o conteúdo do art. 1.790 se aproximaria do art. 1.829, inciso I, tornando igual a sucessão quanto aos bens comuns. Manteria, porém, quanto aos bens particulares, um estímulo à condição de casado em detrimento à de companheiro, estimulando a transformação da união estável em casamento, eis que a herança do

cônjuge na concorrência com filhos comuns tem reservada a quarta parte do valor total dos bens particulares, o que não ocorre para o cônjuge.

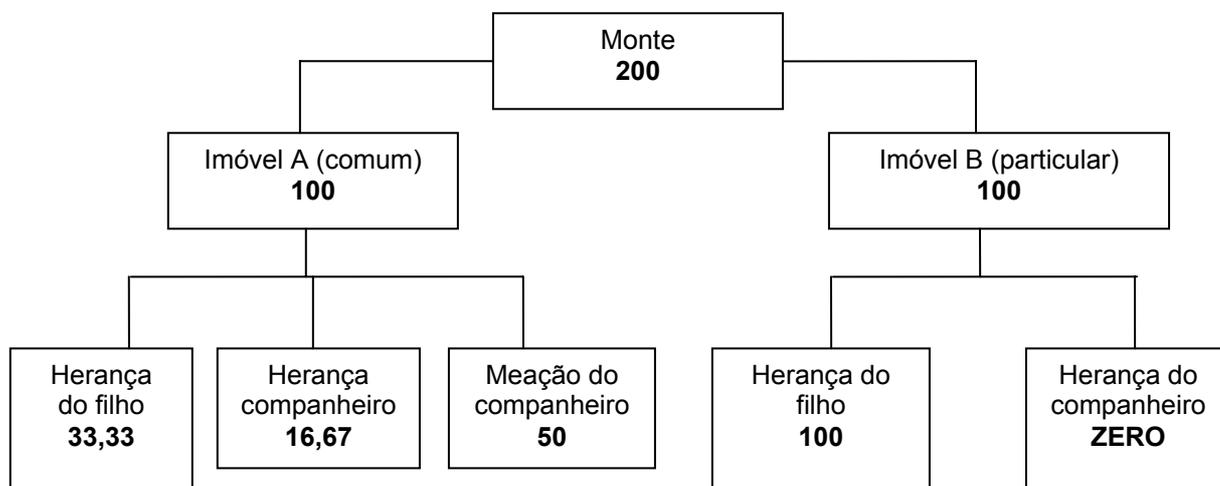
8 DEFINIÇÃO DO VALOR DA QUOTA DO(A) COMPANHEIRO(A) QUANDO EM CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES NA SUCESSÃO CAUSA MORTIS

Determina o inciso I do art. 1.790 que, se o convivente concorrer com filhos comuns, deverá receber a mesma porção hereditária que caberia a cada um de seus filhos. Divide-se a herança em partes iguais, incluindo o convivente sobrevivente. Conforme já afirmado anteriormente neste trabalho de monografia, apesar de ser referido literalmente apenas a filhos comuns, o inciso deve se aplicar igualmente às hipóteses de concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes comuns, convocados por direito próprio.

O inciso II do art. 1.790 determina que, se o companheiro concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles, ou seja, metade do que couber ao descendente nos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, pois o *caput* que define a condição de que os bens tenham sido adquiridos onerosamente na constância da união estável, aplica-se a todos os incisos. O inciso em apreço repete a inoportuna distinção entre descendentes exclusivos, só do autor da herança, e descendentes comuns, havidos da união entre o autor(a) da herança e o(a) companheiro(a), tal qual previsto para o cônjuge no art. 1.832 do Código Civil. A diferença é que lá no art. 1.832, havendo descendentes exclusivos, deixa de existir a reserva da quarta parte em favor do cônjuge, mantendo-se a quota igual à dos descendentes, enquanto no art. 1.790 há uma diminuição da quota do companheiro, passando a ser igual à metade da do descendente.

Desse modo, a partilha da herança se faz na proporção de dois para um, entregando-se ao companheiro sobrevivente uma parte da herança e, a cada um dos descendentes, o dobro do que a ele couber, conforme se demonstra na ilustração a seguir:

Esquema Ilustrativo nº 7 – Companheiro concorrendo com um filho exclusivo do falecido, havendo um imóvel particular e outro comum aos companheiros



Nesse ponto reside uma outra vantagem na condição se ser casado em detrimento à condição de viver em união estável: na concorrência com filhos exclusivos do falecido, em conformidade com o art. 1.832 do Código Civil, o cônjuge receberá quota igual à dos descendentes exclusivos, enquanto que o companheiro, por força do inciso II do art. 1.790 do mesmo diploma, terá direito somente à metade da quota que couber a cada um dos herdeiros descendentes.

Da mesma forma que ocorreu para a concorrência entre o cônjuge e os descendentes, o art. 1.790 não contempla expressamente a hipótese em que o companheiro concorre com filhos comuns e próprios do falecido, só que nesse caso, relativamente aos bens adquiridos durante a união fundada no companheirismo. Tal critério acarreta dificuldades para o cálculo das quotas hereditárias quando houver filhos de origem híbrida, quando alguns herdeiros forem descendentes só do autor da herança com terceira pessoa, e outros forem descendentes comuns, havidos com o companheiro.

Só não haverá esse problema quando houver filhos apenas de uma ou de outra dessas origens, pois bastará, nesses casos, dar ao companheiro quinhão igual ao do descendente comum, se concorrer apenas com filhos comuns, e apenas a metade do quinhão devido ao filho exclusivo, se concorrer apenas com filhos exclusivos do falecido companheiro.

Uma vez que não há solução prevista pela lei para a hipótese em que os filhos têm origem híbrida, a omissão dá ensejo à mesma discussão já abordada no capítulo 5 retro, no qual se entrecrocavam três correntes antagônicas. Uma delas

vislumbra a possibilidade de partilhamento da herança considerando todos os filhos como se fossem comuns, para atribuir ao companheiro quota igual à que lhes for destinada. Outra restringe a quota do companheiro à metade do que couber aos descendentes de origem híbrida. A terceira e última propõe a realização de um cálculo proporcional do que caberia ao companheiro, considerando-se quota igualitária com relação aos filhos em comum, e só metade do que coubesse aos demais.

Apesar da questão ser polêmica, a melhor solução, se houver descendentes comuns e descendentes unilaterais do *de cuius*, é efetuar a divisão igualitária dos quinhões hereditários, incluindo o companheiro ou a companheira, afastando o direito dos descendentes unilaterais de receberem o dobro do que couber ao companheiro sobrevivente.

Contudo, é perfeitamente possível interpretar o dispositivo e solucionar a questão, diante da inserção do advérbio *só* no inciso II do art. 1.790. Ou seja, o companheiro tem direito à quota equivalente à que por lei for atribuída a cada filho do falecido, ainda que alguns deles fossem apenas do ex-companheiro. A única hipótese de diminuição à metade da quota de filho do falecido seria no caso de o falecido somente ter deixado filhos próprios dele, e não ter gerado prole comum com o companheiro sobrevivente.

Essa é a posição adotada pelas mesmas razões que se sustenta o tratamento igualitário entre filhos e cônjuge, na hipótese de filiação híbrida. Da mesma forma que só foi assegurado ao cônjuge sobrevivente a reserva da quarta parte da herança quando todos os descendentes com os quais concorresse fossem comuns, o privilégio assegurado aos descendentes só do companheiro falecido, de receberem o dobro do quinhão que couber ao companheiro sobrevivente, só é assegurado, quando inexistirem descendentes comuns, sob pena de se infringir o princípio constitucional da igualdade. (DELGADO, 2005, p. 441)

Conseqüentemente, o inciso II do art. 1.790 do Código Civil só garante aos descendentes um quinhão correspondente ao dobro do que for atribuído à companheira quando forem todos descendentes exclusivos do *de cuius*, pois havendo descendentes comuns e unilaterais, aplica-se a regra do inciso I, assegurando à companheira, quinhão igual ao daqueles.

9 A CONCORRÊNCIA DO(A) COMPANHEIRO(A) SOBREVIVENTE COM O CÔNJUGE TAMBÉM SOBREVIVENTE

O tema desse item foge um pouco do tema escolhido para o trabalho, porém, como trata de concorrência na herança, como não foi devidamente tratado no Código Civil, como será relativamente comum de aparecer no caso concreto, resolveu-se trazer também essa discussão para o presente trabalho de monografia.

O legislador procurou afastar a possibilidade de haver a concorrência entre cônjuge sobrevivente e companheiro sobrevivente. A caracterização da união estável pressupõe que os conviventes sejam solteiros ou viúvos, ou, quando casados, já estejam separados judicialmente ou de fato, conforme o art. 1.723 do Código Civil. O art. 1.830 do mesmo diploma é claro em excluir o direito sucessório do cônjuge sobrevivente se, quando da morte do outro, estava separado judicialmente ou separado de fato há mais de dois anos. Mas aí surge a relevante indagação, e se algo ocorrer enquanto não decorrido ainda o prazo de dois anos da separação de fato?

Pode acontecer que alguém, separado de fato há menos de dois anos, já estivesse vivendo em união estável quando de sua morte, inclusive com prole fruto dessa união estável. O Código não fixou prazo para a configuração da união estável e é inegável que ela existe no caso narrado. Nesse caso, haveria direito sucessório tanto para o cônjuge como para a companheira.

É possível até que a separação de fato tivesse mais de dois anos, supondo-se, por exemplo, que o marido abandonou a esposa para viver com outra mulher a qual engravidou, com o fim de viver em união estável. Nesse caso, mesmo passados mais de dois anos da separação de fato, é defensável que a convivência dos cônjuges se tornara impossível devido à culpa exclusiva do marido agora falecido.

Tendo se iniciado uma união estável durante o período de separação de fato inferior a dois anos, ou na forma como suposto no parágrafo anterior, mesmo que superior a dois anos a separação de fato, existiria uma aparente antinomia entre o art. 1.830 e o art. 1.790, inciso IV, que, na ausência de descendentes, ascendentes ou outros parentes sucessíveis, lembrando que cônjuge não é parente, destina ao companheiro sobrevivente a totalidade da herança, no que se refere aos

bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. (DELGADO, 2005, p. 442)

O caso é mais complicado do que aparenta, pois havendo descendentes, por exemplo, haveria concorrência entre cônjuge, companheira e descendentes, conforme se demonstrará no exemplo adiante.

A situação é muito bem resumida por Mário Luiz Delgado:

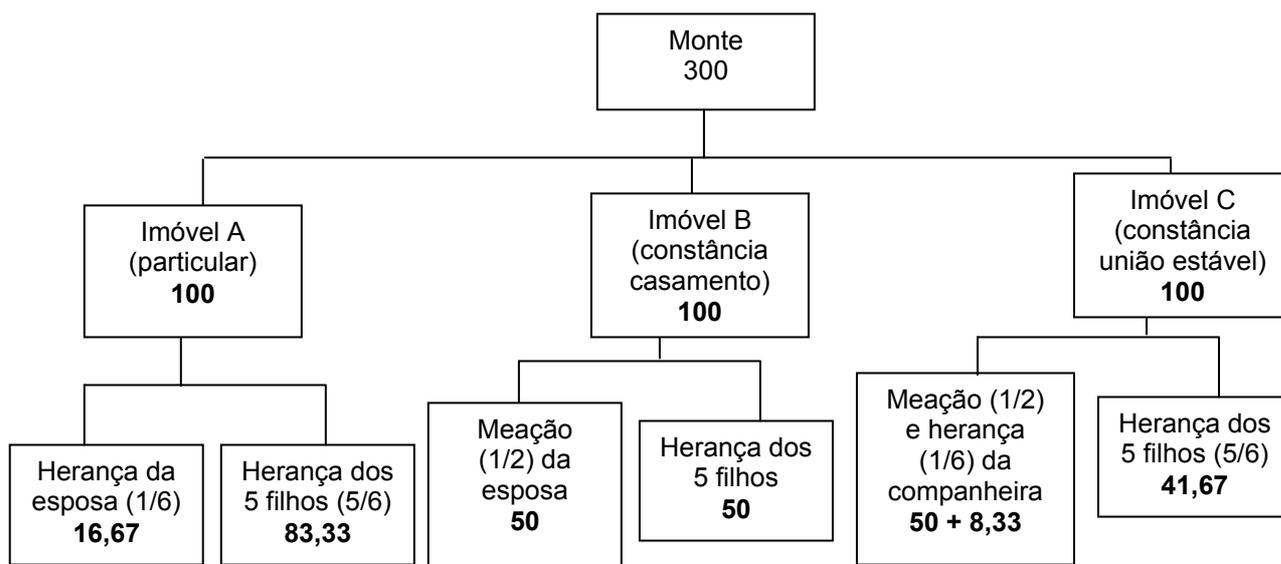
Na solução de referida antinomia, deve-se concluir pela prevalência, no caso, do disposto no inciso IV do art. 1.790, tido como norma especial em relação ao art. 1.830, assegurando-se, assim, ao companheiro, a totalidade da herança no tocante a esses bens, e excluindo, em consequência, quanto aos mesmos, qualquer direito sucessório do cônjuge. Em suma, deve a participação do companheiro ficar restrita aos bens adquiridos durante a união estável (patrimônio comum), enquanto o direito sucessório do cônjuge só alcançará os bens anteriores, adquiridos antes da data reconhecida judicialmente como de início da união estável. Essa nos parece ser a única forma de compatibilizar as disposições dos arts. 1.790, 1.829 e 1.830 do novo Código. (2005, p. 442)

A questão deverá ser necessariamente solucionada pela jurisprudência. Lembrando que a situação muda radicalmente, caso venham a ser aceitas as propostas de alteração do art. 1.790. Entretanto, repugnaria à moral, assegurar ao cônjuge direito sucessório sobre um bem adquirido pelo esforço comum da companheira. Da mesma forma que, caso seja alterado o art. 1.790 para que abarque os bens particulares e não somente os adquiridos onerosamente na constância da união estável, repugnaria à moral que uma companheira tivesse direito sucessório com relação a um bem adquirido pelo esforço comum da esposa abandonada, com na hipótese aventada.

A complexidade da situação fica muito bem demonstrada pelo esquema a seguir, o qual foi idealizado com base na experiência do autor da monografia na órgão de atuação da Defensoria Pública junto à 2ª Vara de Órfãos e Sucessões da Capital. Suponha-se que o falecido possuía um bem imóvel A, particular, adquirido antes de casar-se em 1994, sob o regime da comunhão parcial. Possuía um outro imóvel B, adquirido em 1998 na constância do casamento, do qual surgiu uma prole de quatro filhos. Em 2000, houve a separação de fato do casal, tendo o falecido iniciado união estável com outra pessoa, da qual surgiu o quinto filho do falecido e durante a qual foi adquirido o imóvel C pelo esforço de ambos

conviventes. O falecido morreu em 2001. Como ficaria a sucessão? Inteligência dos art. 1.790, 1.829, 1.830 do Código Civil.

Esquema Ilustrativo nº 8 – Concorrência entre cônjuge (comunhão parcial) em concomitância com companheiro e descendentes



Observe-se que no exemplo, o cônjuge mulher não faz jus à reserva da quarta parte uma vez que a prole é híbrida. Mas aí surge a dúvida: não seria justo que a companheira, à semelhança do cônjuge, tive direito a parte da herança representada pelo bem particular?

10 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

Para a análise da jurisprudência, primeiramente foram pesquisadas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que tratassem do assunto concorrência hereditária entre cônjuge, companheiro e descendentes. No STF não foi localizada nenhuma decisão sobre o tema e no STJ foi localizada somente uma, mas que posteriormente verificou-se que não respondia a nenhum dos pontos controversos levantados.

Depois, partiu-se para a pesquisa da Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tendo-se encontrado três decisões a respeito do tema concorrência, sendo que somente uma tratava de um dos pontos levantados no trabalho. Dada a aparente escassez de jurisprudência sobre o tema, pensou-se em pesquisar decisões de 1ª instância no TJRJ. Todavia, seria impossível percorrer as Varas de Órfãos e Sucessões do fórum central, sem saber que processos tratavam do tema da presente monografia.

Teve-se a idéia, então, de pesquisar junto aos 1º e 2º Partidores da Comarca da Capital, em quais processos eles teriam elaborado esboço de partilha que envolvesse o tema da concorrência hereditária. Porém, os senhores partidores não conseguiram localizar partilhas que se encaixassem nessas características.

Pesquisando-se em outros tribunais, foram localizadas 21 decisões no estado de São Paulo, quatro decisões no Rio Grande do Sul, quatro decisões em Minas Gerais, duas decisões no Paraná e nenhuma outra nos demais estados e Distrito Federal. Assim, foi encontrado um total de 34 decisões que tratam dos temas polêmicos apresentados na monografia, ressaltando-se a maior frequência no Estado de São Paulo.

Dessa forma, para a apresentação da jurisprudência, procurar-se-á apresentar as questões levantadas no trabalho seguidas de decisões judiciais que mostram como está sendo decidido no exame do caso concreto, sendo relacionadas somente aquelas que realmente respondiam às questões apresentadas.

10.1 Jurisprudência referente à concorrência do cônjuge com os descendentes na sucessão *causa mortis*

A primeira questão levantada na presente monografia foi: quando há a concorrência entre o cônjuge e os herdeiros, ela se dá somente com relação aos bens particulares ou será com relação a todo o acervo?

Conforme apresentado, a doutrina predominante entende, e essa é a opinião do autor, que a concorrência só se dá com relação aos bens particulares, entendendo que quando há o direito de meação, não há que se falar em cônjuge herdeiro, havendo, porém, posição divergente.

Decisões que determinam que a concorrência do cônjuge com os descendentes se dará somente com relação aos bens particulares:

- Acórdão do Agravo de Instrumento SP 537 251 4/0-00
- Acórdão do Agravo de Instrumento SP 479.172-4/8-00
- Acórdão do Agravo de Instrumento SP 419.794-4/7-00
- Acórdão do Agravo de Instrumento RS 70013227533
- Acórdão da Apelação MG 1.0024.04.463851-8/001(1)

Decisões que determinam que a concorrência do cônjuge com os descendentes se dará com relação a todo acervo, composto de bens particulares e bens comuns:

- Acórdão do Agravo de Instrumento SP 516.781-4/5-00
- Acórdão do Agravo de Instrumento RS 70010889962

No capítulo 5 foi discutido o art. 1.832 do CC, que estabelece a quota mínima de 25% sobre a herança para o cônjuge, quando em concorrência com descendentes comuns. Não se prevê no Código Civil a hipótese de haver filhos do *de cuius* com o cônjuge sobrevivente e também filhos tidos por ele com outra pessoa, filhos de origem híbrida. Foram apresentadas três correntes doutrinárias antagônicas, sendo a predominante aquela que defende uma divisão igualitária da herança entre o cônjuge e todos os outros descendentes, uma divisão por cabeça, sendo que o presente autor concorda com esta corrente doutrinária. Eis a seguir, a única decisão que trata do tema:

Decisão que considerou que a divisão entre o cônjuge e descendentes de origem híbrida deve ser igualitária, por cabeça:

- Acórdão do Agravo de Instrumento SP 479.172-4/8-00

Conforme explicado no item 3 do capítulo 4, o regime da separação convencional de bens não foi excepcionado ou ressalvado pelo art. 1.829, inciso I, do Código Civil, sendo lícito ao intérprete concluir que, nessa hipótese, haverá a aludida concorrência. Essa inovação provoca a crítica daqueles que se casaram no aludido regime e foram surpreendidos com a possibilidade, agora existente, de o cônjuge, que se imaginava afastado da sucessão, concorrer com os filhos do falecido. Como foi observada essa crítica no julgamento do caso concreto:

Decisões que consideraram que havia concorrência entre o cônjuge e os herdeiros quando o casamento fora realizado no regime da separação convencional de bens:

- Acórdão do Agravo de Instrumento SP 437.322.4/6-00
- Acórdão do Agravo de Instrumento SP 465.233-4/0-00
- Acórdão do Agravo de Instrumento SP 313.414-4/1-00
- Acórdão do Agravo de Instrumento SP 364.580-4/6
- Acórdão do Agravo de Instrumento RS 364.580-4/6
- Acórdão do Agravo de Instrumento MG 1.0024.06.996215-7/001(1)

Assim, todas as decisões encontradas consideraram que haverá a concorrência entre o cônjuge e os herdeiros quando o casamento era regido pela separação convencional de bens.

10.2 Jurisprudência referente à concorrência do(a) companheiro(a) com os descendentes na sucessão *causa mortis*

Uma dura crítica da doutrina ao art. 1.790, conforme apresentado no capítulo 7, foi ter estabelecido que somente os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável é que seriam objeto de herança em favor da companheira(o), enquanto que as leis 8.971/94 e 9.278/96, que regiam a matéria

anteriormente, não faziam tal restrição. Outro ponto discutido no capítulo 7 de autoria do autor da presente monografia, é a absurda disparidade que há entre a companheira e o cônjuge no tocante aos bens sujeitos à concorrência com os descendentes. Enquanto o cônjuge casado no regime da comunhão parcial concorre na herança quanto aos bens particulares, a companheira concorre quanto aos bens comuns, exatamente o oposto, contrariando a idéia de que o legislador quis proteger o sobrevivente quando desprovido de recursos, no caso de meação. Viu-se também que já há proposta de se alterar a concorrência da companheira para os bens particulares também. Como têm sido os julgados com relação a esse assunto?

Decisões que adotaram literalmente o caput do art. 1.790 do CC, determinando que a companheira tivesse direito de herança somente quanto aos bens comuns, além da meação:

- Acórdão do Agravo de instrumento RJ 2007.002.04909
- Acórdão do Agravo de instrumento SP 525.136-4/3-00
- Acórdão do Agravo de instrumento SP 525.197-4/2-00
- Acórdão do Agravo de instrumento SP 534.624-4/1-00
- Acórdão do Agravo de instrumento SP 498.030-4/0-00
- Acórdão do Agravo de instrumento SP 425.772-4/6-00
- Acórdão do Agravo de instrumento SP 410.690-4/7-00
- Acórdão do Agravo de instrumento SP 388.107-4/4-00
- Acórdão do Agravo de instrumento RS 70011506151

Decisões que ignoram o art. 1.790 do CC, determinando que a companheira é só meeira, não sendo herdeira nem dos bens comuns, nem dos particulares:

- Acórdão do Agravo de instrumento SP 505.804-4/6-00
- Acórdão do Agravo de instrumento SP 394.900-4/2-00

Decisões que também ignoram o art. 1.790 do CC, determinando que seja aplicado à companheira o mesmo regime aplicado à casada no regime da comunhão parcial de bens, do art. 1.829, inciso I, sendo herdeira somente dos bens particulares e meeira dos bens comuns:

- Acórdão do Agravo de instrumento SP 467.591-4/7-00

- Acórdão do Agravo de instrumento SP 394.900-4/2-00

Também no capítulo 7 é apresentada a crítica ao inciso III do art. 1.790 do CC que estabelece a concorrência da companheira com outros parentes sucessíveis, que não os descendentes e ascendentes, enquanto que a Lei nº 9.278/96 concedia o direito de herança exclusivamente a companheira, na falta de descendentes e ascendentes. Como têm sido as decisões com relação a esse assunto?

Decisões que consideraram inconstitucional o art. 1.790 do CC e aplicaram a Lei 9.278:

- Acórdão do Agravo de Instrumento SP 540.323-4/7-00

Decisões que consideraram e aplicaram o art. 1.790 do CC:

- Acórdão do Agravo de Instrumento SP 525.136.-4/3-00

No capítulo 7 é apresentada uma forma de se burlar o Código Civil utilizando-se dos artigos 1.725 e 1.790, a qual permitiria que uma companheira ou companheiro assumissem a condição de meeiro e herdeiro, quando que, caso fosse casado, estaria sujeito ao regime da separação obrigatória de bens, situação em que não é nem herdeiro, muito menos meeiro. Como foi observada tal questão no julgamento do caso concreto?

Decisões que consideraram que o regime da separação obrigatória de bens deveria ser aplicado também à união estável, nos casos das condições suspensivas do art. 1.641 do CC, apesar do silêncio do referido diploma:

- Acórdão no Agravo de Instrumento nº 530.197-4/2-00
- Acórdão no Agravo de Instrumento nº 367.787-4/2-00

11 CONCLUSÃO

No capítulo 3 foi apresentada a questão de, em razão da introdução da concorrência do cônjuge com a primeira e segunda classe de herdeiro, se considerar que houve mudança na classe do cônjuge, passando da terceira à primeira ou permanecendo na terceira classe. Conclui-se que o cônjuge deve ser considerado como sucessor da terceira classe, embora passe a concorrer em igualdade de condições com os descendentes do falecido, sob determinadas condições de regime de bens do casamento e, na falta de descendentes, concorre com os ascendentes. Assim, com base no art. 1.810 do CC, concorrendo o cônjuge e um filho, e havendo este renunciado à herança, a parte do filho será devolvida aos ascendentes (herdeiros da segunda classe), com os quais passará a concorrer o cônjuge, considerado herdeiro da terceira classe. Não foi observada jurisprudência sobre o tema.

No item 1 do capítulo 4 foi apresentada a idéia de que a finalidade do legislador ao criar a concorrência entre cônjuges e herdeiros, foi garantir ao cônjuge uma parte da herança caso este não fosse beneficiado pela meação e seria justamente por esse motivo, que o casado sob o regime da comunhão total de bens não seria herdeiro. Entretanto, foi muito bem observado por uma única autora, Cláudia Nogueira, defensora pública no Rio de Janeiro, que pode haver raríssimas situações em que, mesmo sendo casado no regime da comunhão total de bens, um cônjuge ficaria desprovido de meação. Nesses casos, defende Cláudia Nogueira, no que concorda o autor, que o cônjuge deveria também concorrer na herança, ainda que casado no citado regime. Todavia, não foi observada nenhuma decisão sobre o tema.

No item 3 do capítulo 4, diz-se que o art. 1.829, inciso I, do Código Civil estabelece a regra da concorrência, enumerando as exceções, citando-se como exceção se casado no regime da separação obrigatória de bens, mas nada falando sobre a separação convencional de bens. Alguns operadores do direito poderiam defender que a concorrência também não se aplicaria ao casado no regime da separação convencional. Conclui-se que o intérprete deve entender que haverá sim a concorrência quando for caso de cônjuge casado sob o regime da separação

convencional. Toda a doutrina estudada e toda jurisprudência encontrada conforme capítulo 10.1 entendem dessa forma.

A questão maior na concorrência do cônjuge quando casado no regime da comunhão parcial, havendo bens particulares do *de cuius*, era se a concorrência se daria somente quanto aos bens particulares ou sobre todo o acervo, conforme amplamente discutido no item 4 do capítulo 4. Conclui-se que a concorrência deve existir somente quanto aos bens particulares, eis que totalmente de acordo com a *mens legis* de que haveria concorrência na herança somente quando o cônjuge estivesse desprovido de meação. Essa conclusão é amparada por ampla maioria da doutrina e também pela maioria das decisões estudadas que abordavam o tema.

O art. 1.832 do CC reserva a quarta parte da herança em favor do cônjuge quando em concorrência somente com descendentes comuns com o autor da herança. Oportunamente, o autor da monografia traz a sua contribuição, fruto da experiência acumulada na atuação como estagiário na defensoria pública junto à 2ª VOS, apresentando a idéia de que os 25% do art. 1.832 devem ser utilizados para definir os direitos do cônjuge, mas não necessariamente a partilha resultará que o cônjuge ficará com 25% do bem particular. Como no exemplo apresentado no capítulo 5, o cônjuge ficou com 100% do bem particular, não contrariando em nada o referido dispositivo. Uma coisa é definir os direitos, a outra é fazer os pagamentos na partilha. O art. 1.832 deve ser utilizado na definição dos direitos.

Também com relação ao conteúdo do art. 1.832 do CC, foi discutido no capítulo 5 que o Código Civil foi omissivo quando se tratava da concorrência do cônjuge com descendentes de origem híbrida, havendo três correntes doutrinárias. Conclui-se que, nas hipóteses de filiação híbrida, o quinhão do cônjuge e dos filhos, quanto aos bens particulares do *de cuius*, deve ser rigorosamente igual, seguindo-se a doutrina predominante e tendo sido encontrada uma decisão de tribunal apoiando essa corrente.

O art. 1.790 ao definir a forma como se dará a concorrência entre companheiros e descendentes cria um regime totalmente díspare em relação à concorrência entre cônjuges e descendentes, conforme explanado no capítulo 7. A idéia de que haverá concorrência na herança somente quando não houver direito de meação, vai totalmente por água abaixo no tratamento dos companheiros, que são herdeiros justamente quando também são meeiros. Conclui-se que o art. 1.790 do

CC deve ser literalmente aplicado, apesar de muitos defenderem sua inconstitucionalidade e apesar de já existir projeto de alteração que o assemelha ao art. 1.829, inciso I. A maioria jurisprudência encontrada e discriminada no capítulo 10.2 julgou dessa forma, aplicando literalmente o referido artigo.

No caso de concorrência entre companheiro, cônjuge e descendentes, um caso raro de ocorrer não previsto pela lei, mas possível, conclui-se pela análise da doutrina que a participação do companheiro deve ficar restrita aos bens adquiridos durante a união estável, enquanto o direito sucessório do cônjuge só alcançará os bens anteriores ao início da união estável. Dúvida permanece sobre como partilhar o bem particular do *de cuius*. Não foi encontrada jurisprudência a respeito do tema.

12 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. **Inventários e partilhas, direito das sucessões, teoria e prática**. 20. ed. São Paulo: Leud, 2006.

BRASIL. Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 DEZ. 1994.

BRASIL. Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 MAI. 1996.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 JAN. 2002.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Convivente. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). **Questões Controvertidas no direito de família e das sucessões**: 1. ed. São Paulo: Método, 2005, p. 417-446.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2007, v. 7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do convivente e do cônjuge, na sucessão dos descendentes. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo(Coord.). **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. 1. ed. São Paulo: Método, 2005, p. 417-443.

NOGUEIRA, Cláudia de Almeida. **Direito das Sucessões – Comentários à Parte Geral e à Sucessão Legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de Herança – A Nova Ordem da Sucessão**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 25. ed. Atualização de Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7.

VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 21.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 7. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2007, v. 7.