

A concorrência do cônjuge com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens

André Luiz de Saboya Moledo

Analista judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tendo exercido os cargos de Assessor de Orçamento, Diretor Geral de Controle Interno, Assessor da 2ª Vice-Presidência, atualmente exerce o cargo de Diretor Geral de Planejamento e Controle, Diretor Geral de Planejamento, Coordenação e Finanças do TJERJ, Bacharel em Direito pela PUC/RJ e em Ciências Contábeis pela UFRJ, pós-graduado pela EMERJ, mestrando em direito espanhol pela Universidade de Salamanca.

RESUMO

Trata-se de uma análise, no âmbito do direito das sucessões, do artigo 1.829, I do Código Civil de 2002 (CC/02), especialmente no que diz respeito à concorrência do cônjuge com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens sob a ótica da doutrina, da jurisprudência, dos princípios norteadores do CC/02 e da segurança jurídica. Propõe ainda uma discussão sobre os problemas gerados no sistema do direito sucessório pátrio, decorrentes dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema e como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se posiciona sobre a questão.

PALAVRAS-CHAVE

Sucessões. Concorrência do cônjuge com os descendentes. Bens particulares. Artigo 1829, I do CC/02.

ABSTRACT

It is an analysis, under the law of succession, Article 1829, I Civil Code of 2002 (CC/02), especially with regard to competition with the descendants of the spouse in the scheme of partial property under the perspective of doctrine, jurisprudence, the guiding principles of CC/02 and of legal certainty. It also proposes a discussion about the problems generated in the national inheritance law system, arising from doctrinal and jurisprudential understandings on the topic and how the jurisprudence of the Superior Tribunal de Justiça stands on the issue.

KEYWORDS

Succession. Competition with the descendants of the spouse. Private property. Article 1829, I, Civil Code of 2002.

INTRODUÇÃO

O artigo se propõe a analisar uma das questões mais controvertidas no direito das sucessões e que foi introduzida pelo Código Civil de 2002 (CC/02), qual seja a concorrência do cônjuge com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens. Ressalte-se que a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do cônjuge falecido no regime da comunhão parcial de bens, é a hipótese mais recorrente no direito das sucessões, pois este regime de bens é usado como regra geral no nosso ordenamento jurídico, motivo pelo qual a sua repercussão é de grande relevância.

O direito sucessório surgiu em época remota da história da humanidade e sempre teve como características principais a proteção e a perpetuação da família mesmo após a morte de um de seus membros. Por essa razão guarda, desde a sua origem, uma estreita relação com o direito de família e o direito de propriedade.

No direito pátrio, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) elencou o direito sucessório no rol dos direitos e garantias fundamentais ao dispor que é garantido o direito à herança, nos termos do artigo 5º, inciso XXX.

No ordenamento infraconstitucional brasileiro, o direito sucessório é regulamentado pela Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que institui o CC/02, no qual há um livro exclusivo (Livro V) que trata do direito das sucessões.

Importante ressaltar que por força da regra de direito intertemporal prevista no artigo 2.041 do CC/02, as sucessões abertas antes do início da sua vigência são regidas pelo que dispunha o Código Civil de 1916, ou seja, as inovações trazidas no direito sucessório pelo CC/02 somente são aplicáveis a partir de 10 de janeiro de 2003. Destaca-se, dentre as inovações, aquela disposta no artigo 1.829, inciso I, do CC/02, que prevê a hipótese de concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do cônjuge falecido, se este era casado com aquele pelo regime da comunhão parcial de bens.

A polêmica que envolve o tema se concentra na possibilidade de haver ou não concorrência dos bens particulares do cônjuge falecido ou se a concorrência somente se dará em relação aos bens comuns referentes à parcela da meação deixada pelo de *cujus*.

Os cônjuges, como se sabe, são meeiros no regime da comunhão parcial de bens, ou seja, cada cônjuge possui a metade dos bens que foram adquiridos na constância da relação matrimonial e tais bens recebem a denominação de bens comuns. Com relação aos bens particulares, que são aqueles adquiridos antes do casamento ou recebidos por um dos cônjuges a título gratuito, na constância do casamento, não há comunicação, ou seja, o bem particular integra somente o patrimônio do cônjuge que o recebe, e no caso de dissolução do vínculo matrimonial não é partilhado com o outro.

A possibilidade de comunicação de bens particulares após a abertura de sucessão parece subverter a vontade exteriorizada pelos cônjuges no momento em que se elege o regime de comunhão parcial de bens no casamento.

Ressalte-se que a morte é uma das formas de dissolução uma sociedade conjugal, consoante o artigo 1.571, inciso I do CC/02, e que somente nesta hipótese de dissolução haverá a comunicação dos bens particulares do cônjuge falecido por meio da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do de *cujus*.

A doutrina majoritária tem interpretado este dispositivo, no que tange ao regime da comunhão parcial de bens, da seguinte forma: haverá concorrência entre os descendentes e o cônjuge sobrevivente salvo se não houver bens particulares, ou seja, haverá a referida concorrência se houver bens particulares.

Tal entendimento doutrinário tem influenciado a jurisprudência dos nossos Tribunais aonde o tema começa a ser discutido, em razão dos recursos processuais oferecidos pelas partes insatisfeitas com as decisões dos juízes de 1º grau. Com relação aos Tribunais Superiores, em fevereiro de 2010 foi publicado acórdão do Superior

Tribunal de Justiça no qual assumiu posicionamento diametralmente oposto ao que vinha sendo sustentado até então por quase toda doutrina e pela jurisprudência dos Tribunais Estaduais.

A exploração do tema foi desenvolvida tendo como fontes de pesquisa: livros de doutrina específicos sobre o direito das sucessões, o direito de família e a parte geral do direito civil, além da jurisprudência de alguns Tribunais Estaduais e do Superior Tribunal de Justiça. Também foram utilizados dados coletados de artigos da internet, a Constituição Federal de 1988, a Lei 10.406/02 (Novo Código Civil) e a sua respectiva Exposição de Motivos. Os dados foram coletados através de consulta aos livros de doutrina de acervo pessoal e da biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A jurisprudência será coletada nos sites dos Tribunais Estaduais e do Superior Tribunal de Justiça. Os artigos foram consultados em sites jurídicos. A análise de dados se deu com a verificação doutrinária e jurisprudencial, relativo à concorrência entre o cônjuge e os descendentes no regime da comunhão parcial de bens, sob a ótica dos princípios da eticidade, operabilidade e socialidade, que norteiam o CC/02; e da segurança jurídica.

Os dados apresentados neste artigo foram elaborados e analisados através da pesquisa exploratória e bibliográfica objetivando demonstrar as divergências doutrinárias e as manifestações da jurisprudência quanto à concorrência entre o cônjuge e os descendentes no regime da comunhão parcial de bens, prevista no Código Civil de 2002, além de analisar a questão sob a ótica de seus princípios norteadores e da segurança jurídica.

O desenvolvimento do artigo está dividido em quatro partes. Na primeira e segunda parte demonstra-se, respectivamente, como a doutrina e a jurisprudência, tem enfrentado a possibilidade da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do cônjuge falecido no regime da comunhão parcial de bens. Na terceira parte, subdividida em três, apresenta-se o tema proposto sob

a ótica dos princípios da eticidade, operabilidade e socialidade. Na última parte discute-se a questão da concorrência do cônjuge com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens em relação à segurança jurídica.

1. A DOCTRINA E A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

O Novo Código Civil (CC/02) estabeleceu, no inciso I do artigo 1.829, a possibilidade da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do *de cujus* no direito sucessório, e desde a sua vigência tem gerado incessantes debates e controvérsias doutrinárias que decorrem da sua truncada redação, cuja técnica utilizada pelo legislador deixou a desejar. Não há dúvida de que a nova legislação civilista erigiu o cônjuge sobrevivente à qualidade de herdeiro necessário, como bem observa Silvio Venosa:

De qualquer modo, era mesmo tempo de se colocar o cônjuge como herdeiro necessário. O presente Código o faz, embora em redação canhestra, concorrendo o cônjuge com descendentes e ascendentes em porcentagens diversas, dependendo do grau e do número de herdeiros o que talvez ainda não seja a fórmula ideal.¹

Dispõe o inciso I, do artigo 1.829, do CC/02 que o cônjuge não concorre com os descendentes, se o casamento com o falecido ocorreu sob o regime de comunhão universal ou de separação obrigatória de bens (o CC/02 remete ao artigo 1.640, mas na verdade trata-se do artigo 1.641); ou ainda se, casado no regime de comunhão parcial, o falecido não houver deixado bens particulares.

Com relação às duas primeiras hipóteses, que ressaltavam a concorrência do cônjuge sobrevivente com os herdeiros, não há maiores controvérsias doutrinárias:

Na comunhão universal, todos os bens presentes e futuros dos cônjuges se comunicam, consoante o que dispõe o artigo 1.667, como observa Giselda Hironaka: “[...] pelo regime da comunhão universal de bens, o legislador entende que a confusão patrimonial já se operara desde a celebração das núpcias, garantindo-se ao cônjuge sobrevivente, pela meação que lhe assiste a proteção necessária e cabível na espécie, [...]”².

Quanto ao regime de separação obrigatória de bens, previsto no artigo 1.641, que se caracteriza pela incommunicabilidade dos bens adquiridos a qualquer título e a qualquer tempo por qualquer dos cônjuges, entende-se que o dispositivo pretende garantir a proteção dos cônjuges que se encontram em determinada situação jurídica e coibir, em tese, fraudes ao regime legalmente imposto por norma jurídica de ordem pública. Para Silvio Venosa e Luiz Paulo Vieira de Carvalho, tal dispositivo deverá ter o seu rigor mitigado pela jurisprudência, assim como ocorreu sob a vigência do Código Civil de 1916, subsistindo o enunciado sumulado de nº 377 do Supremo Tribunal Federal que assim dispõe: “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

Dessa forma, a grande controvérsia presente nos debates doutrinários é a hipótese da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes quando o casamento com o falecido ocorreu sob o regime da separação parcial de bens.

Dispõe o artigo 1.829, I do CC/02 (*in verbis*):

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

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

Deve ser destacado que “o regime da comunhão parcial de bens é o que prevalece se os consortes não fizerem pacto antenupcial, ou se o fizerem, for nulo ou ineficaz (CC, art.1.640, *caput*).”⁵, sendo assim, é o regime mais usual e comum, podendo ser considerado como regra geral, pois é utilizado quando não há por parte dos consortes a escolha ou a imposição legal de outro regime.

Como se sabe no regime da comunhão parcial de bens existe três grupos de bens: aqueles que pertencem exclusivamente ao marido, os que pertencem exclusivamente à mulher, denominados bens particulares e os bens que pertencem ao casal, conhecidos como bens comuns. Dessa forma, os bens particulares são excluídos da comunhão parcial, pois a sua aquisição tem uma causa anterior ou alheia ao casamento, como, por exemplo, aqueles decorrentes de doações e sucessões, conforme o disposto no artigo 1.661 e seus incisos.

De uma maneira geral, a doutrina aduz que a inovação trazida pelo art. 1.829, I, do CC/02, tem como finalidade principal uma maior proteção do cônjuge sobrevivente em detrimento dos descendentes. A amplitude dessa proteção é o cerne das divergências doutrinárias.

A corrente doutrinária composta, dentre outros, por Carlos Roberto Gonçalves, Eduardo de Oliveira Leite, Giselda Hironaka, Zeno Veloso e Silvio Venosa, sustenta que, no regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge concorrerá com os descendentes do falecido no que tange somente aos bens particulares, pois, em relação aos bens comuns, o sobrevivente já participa como meeiro, como assevera Zeno Veloso:

[...] a concorrência só ocorrerá a respeito dos bens particulares, pois, com relação aos outros, o cônjuge sobrevivente já é meeiro, e o legislador, nos casos gerais não confere direito sucessório à viúva e ao viúvo quando são titulares de meação e o autor da herança tem descendentes. Além do mais, a parte final do art. 1829, I, em-

prime uma exceção, e como tal deve receber interpretação restritiva. Por último, o entendimento que sufraga, resguarda e melhor ampara os direitos dos descendentes.”

Argumentam, ainda, que caso o cônjuge concorresse na parte da meação deixada pelo falecido estaria recebendo mais do que receberia se o regime de bens fosse o da comunhão universal, o que não seria adequado, pois subverteria a própria lógica do sistema jurídico que trata do regime de bens entre os cônjuges.⁷

Destaque-se que esta doutrina se amolda com o enunciado de nº 270 da III da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF) que dispõe:

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

A doutrina representada por Maria Helena Diniz e Luiz Paulo Vieira de Carvalho, entende que no regime da comunhão parcial o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes em relação a todo o acervo hereditário independentemente de haver ou não bens particulares do *de cujus*, pois a lei não fez distinção em relação a isso e, portanto não cabe ao intérprete distinguir. Ressalta, ainda, Maria Helena Diniz que assim atende-se ao princípio da operabilidade, pois torna mais fácil o cálculo para a partilha da parte cabível ao herdeiro.

Uma terceira corrente doutrinária liderada por Francisco José Cahali alega que no regime de bens da comunhão parcial somente havendo bens particulares deixados pelo autor da herança haverá a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes sobre todo o acervo hereditário. Se, no entanto, não houver bens particulares a serem sucedidos, não haverá a concorrência do cônjuge sobrevivente, e os descendentes do de *cujus* partilham entre si os bens correspondentes à meação deixada pelo falecido, observa Cahali:

Sob outro ângulo, o novo Código cria um direito sucessório entre os cônjuges de forma não recíproca, pois, no regime da comunhão parcial, um herda do outro se este possuir bens particulares, mas, mas se aquele primeiro não tiver patrimônio próprio, o segundo será privado da convocação.

Não podemos aplaudir a exagerada casuística introduzida ao condicionar uma contingência fática – existência de bens particulares – à convocação do herdeiro. Mas é esta a regra proposta pelo novel legislador.⁹

Por fim, temos a posição doutrinária isolada de Maria Berenice Dias, que sustenta para a hipótese da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do de *cujus* que: “[...] havendo bens particulares, o cônjuge sobrevivente não tem direito sobre eles. O direito de concorrência incide exclusivamente sobre os bens amealhados durante o casamento.”, ou seja, o cônjuge sobrevivente concorre em relação à meação formada pelos bens comuns deixados pelo autor da herança.

A respeitável doutrinadora fundamenta seu entendimento dentro da lógica do sistema que rege o regime da comunhão parcial de bens e da vontade manifestada pelos cônjuges no momento da celebração do casamento.

Ressalta que se deve buscar, dentro da truncada redação do artigo 1.829, I, uma interpretação que se coadune com a ótica constitucional, sob pena de que a subversão do regime da comunhão parcial de bens atentará contra a vontade dos cônjuges e afrontará a lógica a qual deve ater-se o intérprete. Sendo a morte uma das hipóteses de dissolução do casamento, consoante artigo 1.571, I do CC/02 e considerando que no regime da comunhão parcial, os bens particulares, não se comunicam com a referida dissolução, “[...] de todo descabido que o legislador, em sede de direito sucessório, de forma arbitrária e desarrazoada e com afronta à vontade das partes, acabe por gerar o enriquecimento sem causa, pois confere bens a quem não contribuiu para a sua aquisição.”¹¹

Observa-se que ao prevalecer o entendimento majoritário, teremos hipóteses em que o cônjuge sobrevivente recebe por meio de herança, em concorrência com os descendentes do falecido, bens particulares deste, e posteriormente, na condição de viúvo(a) se casa novamente pelo regime de comunhão parcial de bens e falece antes do atual cônjuge. Havendo, assim a transmissão de bens particulares oriundos da herança deixada pelo primeiro cônjuge falecido, para indivíduos com quem este jamais teve qualquer vínculo familiar ou afetivo e, em prejuízo dos seus descendentes, pois este patrimônio jamais retornará em favor deles, ou seja, o sistema, que desde a mais remota era da antiguidade humana, tinha como pilares principais a proteção e a perpetuação da família estaria sendo totalmente corrompido e desvirtuado.

Diante do exposto, observamos que prevalece na doutrina, o entendimento que a concorrência no regime da comunhão parcial entre cônjuge sobrevivente e os descendentes em relação aos bens particulares, se justifica para garantir uma maior proteção ao cônjuge em detrimento dos descendentes; somente Maria Berenice Dias defende que esta proteção ocorre em relação à meação deixada pelo cônjuge falecido e da qual o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes do de *cujus*.

2. A JURISPRUDÊNCIA E A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

Seguindo orientação da doutrina predominante a jurisprudência tem admitido a aplicação da concorrência, no regime da comunhão parcial, e a conseqüente divisão dos bens particulares entre os cônjuges e os herdeiros.

Os Tribunais de Justiça Estaduais começam a firmar precedentes jurisprudenciais sobre a questão, conforme podemos constatar em São Paulo (TJSP), nos julgados de Embargos de Declaração n° 624.198-4/9-01, de Agravo de Instrumento n° 595 996 4/4-00 e Agravo de Instrumento n° 624.198-4/7-00; no Distrito Federal e Territórios (TJDFT) no julgado de Agravo de Instrumento n° 2004.00.2.009630-8; em Minas Gerais (TJMG) no julgado da Apelação Cível n° 1.0024.04.463851-8/001; no Rio de Janeiro (TJRJ) nos julgados de Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n° 2007.002.10513, de Agravo Inominado em Apelação Cível/Reexame Necessário n° 2009.227.02867 e de Agravo de Instrumento n° 2009.002.29177; e, no Rio Grande do Sul (TJRS) no julgado de Agravo de Instrumento n° 70021504923/2005.

Em todos os julgados acima mencionados foi deferido ao cônjuge sobrevivente, com quem o falecido era casado pelo regime da comunhão parcial, o direito de concorrer com os descendentes deste, na parte relativa aos bens particulares pertencentes ao acervo hereditário. Além disso, os referidos julgados reconheceram que havendo bens originados da meação do de *cujus* no acervo hereditário, estes não se sujeitam à concorrência, pois a proteção do cônjuge sobrevivente já foi assegurada pela parcela da meação que lhe cabia por ocasião da dissolução do casamento pela morte do outro cônjuge.

Destaque-se que, dentre os acórdãos selecionados, o único em que a decisão foi por maioria é o proveniente do Rio Grande do Sul, no qual, em seu voto vencido, a relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, assim expôs o seu entendimento:

[...] caracterizaria flagrante disparate alçar o cônjuge supérstite à condição de herdeiro, em concorrência com os filhos do falecido, somente na hipótese de haver o de cujus deixado bens particulares, ou seja, patrimônio que ele próprio escolheu ser incomunicável ao eleger o regime da comunhão parcial para reger as questões patrimoniais no decorrer do vínculo conjugal. (Desa. Maria Berenice Dias - Presidente - Agravo de Instrumento nº 7001088996/2005: “Por Maioria, Deram Provimento, vencida a Relatora.”)

Percebe-se, portanto, que a jurisprudência dos Tribunais Estaduais tem adotado um posicionamento pacífico com relação à aplicação do art. 1.829, I do CC/02, quando se trata de hipótese da concorrência sucessória entre cônjuge, casado pelo regime de comunhão parcial, e os descendentes do de *cujos* quanto aos bens particulares deixados no acervo hereditário.

No entanto, esta acomodação jurisprudencial não se reproduz quando a questão é tratada no âmbito da união estável, percebe-se que os Tribunais de Justiça Estaduais têm enfrentado situações em que o tratamento dado ao companheiro é mais benéfico que aquele conferido ao cônjuge no direito sucessório, e talvez, por via transversa comece a ser revista a jurisprudência atual como veremos a seguir.

Embora não seja objeto deste estudo, é importante esclarecer que no direito sucessório, quando se trata de união estável, o companheiro participa da sucessão do outro quanto aos bens comuns e concorre, em relação a estes bens, com os descendentes do autor da herança sendo que a sua quota dependerá da existência ou não de filhos comuns (art. 1.790, I e II do CC/02), ou seja, o companheiro recebe a sua meação, e concorre com os descendentes do companheiro falecido no que tange à

outra parte da meação que passa a compor o acervo hereditário. Ressalte-se que na união estável aplica-se, no que couber, as regras do regime da comunhão parcial de bens (art. 1.725 do CC/02).

A título de exemplificação do que vem ocorrendo, verifica-se que no TJSP os julgados de Agravo de Instrumento n° 598.268-4/4-00, de Agravo de Instrumento n° 567.929-4/0-00, de Agravo de Instrumento n° 505.804-4/6-00, de Agravo de Instrumento n° 467.591-4/7-00, afastaram a norma expressa no art. 1.790 do CC/02, e não reconheceram a concorrência do companheiro sobrevivente com os descendentes do *de cujus* com o argumento de que não se pode dar um tratamento mais benéfico na união estável do que no casamento aonde o cônjuge não concorre em relação aos bens comuns, apenas retira a sua meação, o que se confunde com herança, e tal hipótese afronta o princípio da isonomia. Em decisão diametralmente oposta, o TJDFT decidiu no julgado de Agravo de Instrumento 20090020018622AGI, afirmando que não há ofensa ao princípio da isonomia e, portanto, o companheiro tem direito a concorrer com os descendentes em relação aos bens comuns advindos da meação do *de cujus*.

A questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça por meio de Medida Cautelar n° 14.509 /SP (2008/0159541-0), cuja relatoria coube a Ministra Nancy Andriighi que assim decidiu conforme a ementa abaixo transcrita:

Medida cautelar. Atribuição de efeito suspensivo a recurso especial. Inventário. De cujus que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos com sua companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/02. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a norma do art. 1829, I, do CC/02, que incidiria caso o

falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial. Afirmação de que a Lei não pode privilegiar a união estável, em detrimento do casamento. Medida liminar parcialmente deferida, apenas para determinar a partilha, no inventário, da parcela incontroversa do patrimônio, promovendo-se reserva de bens.

- O art. 1.790 do CC/02, que regula a sucessão do 'de cujus' que vivia em união estável com sua companheira, estabelece que esta concorre com os filhos daquele na herança, calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência. Trata-se de regra oposta à do art. 1.829 do CC/02, que, para a hipótese de ter havido casamento pela comunhão parcial entre o 'de cujus' e a companheira, estabelece que a herança do cônjuge incida apenas sobre os bens particulares.

- A diferença nas regras adotadas pelo código para um e outro regime gera profundas discrepâncias, chegando a criar situações em que, do ponto de vista do direito das sucessões, é mais vantajoso não se casar.

- A discussão quanto à legalidade da referida diferença é profundamente relevante, de modo que se justifica o deferimento da medida liminar pleiteada em ação cautelar, para o fim de reservar os bens controvertidos no inventário 'sub judice', admitindo-se a partilha apenas dos incontroversos.

Este julgado da nossa Corte Especial embora não tenha enfrentado de forma direta e conclusiva as controvérsias e discrepâncias de tratamentos existentes entre o casamento e a união estável, no âmbito do direito sucessório, demonstrou a necessidade de maior reflexão sobre o tema e parece ter iniciado a busca por uma solução que

reequilibrasse o sistema jurídico das sucessões quando se trata da concorrência entre cônjuge e descendentes no regime da comunhão parcial de bens.

O enfrentamento profundo do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema ocorreu no Recurso Especial nº 992.749 – MS, publicado no dia 05 de fevereiro de 2010, no qual a relatoria coube a Ministra Nancy Andrighi.

Nesse julgado pioneiro a referida Ministra apresenta em seu relatório, de forma extremamente didática, os posicionamentos doutrinários em quadros demonstrativos, que apresentam a seguinte configuração em relação ao regime da comunhão parcial de bens:

Doutrina	Meação	Cônjuge herda bens particulares?	Cônjuge herda bens comuns?
Enunciado nº 270 do Conselho da Justiça Federal	Sim	Sim, em concurso com os descendentes	Não
Maria Helena Diniz	Sim	Sim, em concurso com os descendentes	Sim, em concurso com os descendentes
Maria Berenice Dias	Sim	Não há herança do cônjuge, se houver bens particulares	Sim, se os houver, em concurso com os descendentes

Em seguida a Ministra passa a interpretar o inciso I do artigo 1.829 do CC/02 sob a ótica dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, em especial, a dignidade da pessoa humana que se apresenta por meio da livre manifestação da vontade humana, da autonomia da vontade, da autonomia privada e da conseqüente autorresponsabilidade, além da confiança legítima que dá

origem a boa fé e da eticidade que deve moldar a norma jurídica. Diante disso conclui a Ministra Andrighi, no Recurso Especial nº 992.749 – MS, que:

Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), considerada a importância dos reflexos do elemento histórico na interpretação da lei, vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal. A partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02.

Assim, quando os nubentes silenciam a respeito de qual regime de bens irão adotar, a lei presume que será o da comunhão parcial, pelo qual se comunicam os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, consideradas as exceções legais previstas no art. 1.659 do CC/02. Se em vida os cônjuges assumiram, por vontade própria, o regime da comunhão parcial de bens, na morte de um deles, deve essa vontade permanecer respeitada, sob pena de ocorrer, por ocasião do óbito, o retorno ao antigo regime legal: o da comunhão universal, em que todo acervo patrimonial, adquirido na constância ou anteriormente ao casamento, é considerado para efeitos de meação.

A permanecer a interpretação conferida pela doutrina majoritária de que o cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial herda em concorrência com os descendentes, inclusive no tocante aos bens particulares, teremos no Direito das Sucessões, na verdade, a transmutação do regime escolhido em vida—comu-

nhão parcial de bens – nos moldes do Direito Patrimonial de Família, para o da comunhão universal, somente possível de ser celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Não se pode ter após a morte o que não se queria em vida. A adoção do entendimento de que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens concorre com os descendentes do falecido a todo o acervo hereditário, viola, além do mais, a essência do próprio regime estipulado.

Por tudo isso, a melhor interpretação é aquela que prima pela valorização da vontade das partes na escolha do regime de bens, mantendo-a intacta, assim na vida como na morte dos cônjuges. Desse modo, preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, haja ou não bens particulares, partilháveis, estes, unicamente entre os descendentes.

Dessa forma, a referida manifestação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça apresenta uma linha de entendimento na qual se apresenta a seguinte solução para a concorrência do cônjuge com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens:

Jurisprudência	Meação	Cônjuge herda bens particulares?	Cônjuge herda bens comuns?
Superior Tribunal de Justiça	Sim	Não	Sim, em concurso com os descendentes

Diante do exposto, a doutrina de Maria Berenice Dias é a que melhor se harmoniza com a orientação jurisprudencial da nossa Corte Especial, pois afasta a concorrência entre cônjuge, em relação ao bem particular, e os descendentes do *de cujus*, e a admite no que tange aos bens comuns da meação deixada por este e revertida em acervo hereditário, aplica-se assim, a mesma lógica da união estável.

Ressaltando-se que nesta hipótese evidencia-se o tratamento mais benéfico ao cônjuge do que ao companheiro, consoante o disposto no artigo 1.832 do CC/02, que trata do valor da quota do cônjuge quando concorre com os descendentes do *de cujus*, inclusive na hipótese de haver descendentes comuns garante ao cônjuge sobrevivo a quota mínima de $\frac{1}{4}$, em comparação ao que dispõe o artigo 1790, I do CC/02 que garante quota igual ao companheiro em concorrência com os descendentes comuns, e no caso de descendentes exclusivos do *de cujus*, o inciso II do mesmo artigo, garante ao companheiro a quota da metade do que couber a cada um dos respectivamente.

3. A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

3.1 O PRINCÍPIO DA ETICIDADE

O princípio da eticidade nos orienta no sentido de que abandonemos, um pouco, o rigor da técnica predominantemente jurídica para que possamos valorar o que é legítimo e justo, observando critérios éticos, tais como a equidade, a boa fé e a justa causa.

Diante deste conceito básico e confrontando-o com o que tem sido sustentado pela doutrina e pela jurisprudência quanto à concorrência, no regime da comunhão parcial, entre o cônjuge sobrevivo e os descendentes do *de cujus*, em relação aos bens particulares, não parecem justos e legítimos:

- a) Que o indivíduo ao casar-se pelo regime da comunhão parcial, na dissolução do casamento por causa da sua morte, tenha parcela de seus bens particulares comunicando-se a favor do cônjuge em evidente prejuízo de seus descendentes;
- b) Que o cônjuge não concorra quanto aos bens comuns, oriundos da meação do falecido, ainda mais que tal hipótese é expressamente admitida na união estável;
- c) Que o cônjuge ao contrair novas núpcias no regime da comunhão parcial, caso faleça, tenha parcela dos bens herdados de seu primeiro cônjuge revertida em favor de alguém totalmente estranho àquela relação familiar originária, em evidente prejuízo aos descendentes desse;

Ao justificar, na elaboração do Enunciado 270 do CJP, Mário Luiz Delgado Régis apresentou o seguinte exemplo de violação do princípio da eticidade para refutar os argumentos daqueles, que como José Francisco Cahali, defendem a concorrência do cônjuge também em relação aos bens comuns:

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 em que o cônjuge moribundo recebe doação de um determinado bem (art. 1659, I) feita por suposto amigo, na verdade amante de sua esposa, com o único objetivo de assegurar a concorrência desta sobre os bens integrantes da meação do marido. Admitir tal possibilidade implicaria violação ao princípio da eticidade;

Hipótese mais plausível seria aquela em que suposto amigo de indivíduo divorciado, com filhos e cuja saúde é bastante debilitada, lhe apresenta jovem de tenra idade, na verdade sua amante, e incentiva o casamento entre os

dois, vislumbrando assim o recebimento, em favor da viúva, de parcela dos bens particulares que serão deixados pelo enfermo na sua morte.

Na hipótese aventada, se ocorrer o casamento pelo regime da comunhão parcial, estará o Código Civil legitimando o denominado “golpe do baú”, a *contrario sensu* se admitirmos a concorrência somente em relação aos bens comuns tal legitimação jamais ocorrerá em respeito justamente ao princípio da eticidade.

3.2 O PRINCÍPIO DA OPERABILIDADE

O princípio da operabilidade consiste na aplicação prática da norma legal às mais variadas situações fáticas, visando à efetividade do direito, por isso o CC/02 evita o bizantino, o complicado e afasta as perplexidades e complexidades.

Ao analisarmos, sob a ótica deste princípio, o entendimento doutrinário e jurisprudencial que admite a concorrência, no regime da comunhão parcial, entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do de cujus em relação aos bens particulares, verificamos que:

- a) Haverá hipóteses em que a confusão patrimonial decorrente de bens particulares, especialmente se houver bem imóvel, deixados em acervo hereditário será tamanha que simplesmente se tornará inviável garantir o efetivo proveito socioeconômico destes bens aos descendentes;
- b) A jurisprudência quando afasta o direito do companheiro em concorrer com os descendentes no que tange aos bens comuns, colide frontalmente com o princípio da operabilidade, pois deixa de efetivar norma expressa no CC/02;

A harmonização do sistema no direito sucessório tornar-se-á viável quando se admitir que a concorrência, entre cônjuge e descendentes, incide somen-

te sobre os bens comuns, tal como acontece na união estável, até porque, em ambas as situações, o regime de bens é o da comunhão parcial. Assim estaremos homenageando o princípio da operabilidade sem ofensa ao princípio da isonomia.

3.3 O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE

O princípio da socialidade se caracteriza pela prevalência dos valores e interesses sociais sobre os valores e interesses individuais. Diante dessa premissa, o direito civil abandona a orientação centrada no indivíduo que tudo pode fazer desde que não lhe seja proibido, e se direciona para o ideal maior do nosso ordenamento jurídico que consiste em alcançarmos uma sociedade fraterna fundada na harmonia social, conforme anuncia o preâmbulo da nossa Carta Magna.

O direito sucessório tem como destinatário principal a família deixada pelo falecido, base da sociedade e merecedora de proteção especial do Estado, consoante o art. 226, *caput* da CRFB/88. Observa-se que essa proteção se estende à união estável nos termos do § 3º do referido artigo, que prevê o seu reconhecimento como entidade familiar, cabendo ao Estado facilitar a sua conversão em casamento, portanto esta é a opção preferencial para a formação da entidade familiar.

Observamos também que o direito sucessório cuida de questões patrimoniais e, portanto deve atender ao princípio da função social da propriedade que tem como um de seus corolários o respeito à propriedade privada.

Diante das considerações apresentadas, percebemos que, pelo menos, quanto aos efeitos da sucessão sobre os bens particulares do *de cuius*, a opção pela união estável, como entidade familiar, é mais segura para garantir os direitos dos descendentes sobre tais bens, do que a opção pelo casamento no regime da comunhão parcial. Evidentemente esta conclusão não se coaduna com o princípio da socialidade, mas é a única que podemos extrair quando existe a possibilidade, ainda que por

via transversa, da “socialização” dos bens particulares constantes de acervo hereditário em favor de indivíduos estranhos àquela entidade familiar original, em evidente prejuízo dos descendentes e propiciando o enriquecimento sem causa desses.

Portanto ao prevalecer o que vem sendo sustentado pela doutrina e jurisprudência e na medida em que os indivíduos optem pela união estável ao casamento, estaremos ignorando o princípio da socialidade desde a formação da entidade familiar, pois como foi dito anteriormente o Estado prefere o casamento à união estável.

Por todo o exposto discordamos de quem sustenta que o princípio da socialidade é observado quando o legislador opta pela concorrência entre o cônjuge e os descendentes quanto aos bens particulares no regime da comunhão parcial, pois se esquecem das repercussões e desdobramentos disto no mundo real.

Entendemos que o princípio da socialidade é plenamente respeitado quando se confere ao cônjuge a sua participação no acervo hereditário, quanto aos bens comuns oriundos da meação do falecido em concorrência com os descendentes.

4. A SEGURANÇA JURIDICA E A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

A segurança é uma das metas a ser alcançada pelo Estado Democrático de Direito, e está elevada no mesmo patamar da liberdade, do bem-estar, da igualdade e da justiça, tratando-se, portanto, de valor supremo da nossa sociedade, nos termos do que assevera preâmbulo da CRFB/88. Podemos então afirmar que a segurança jurídica consiste em um valor supremo e imponderável do nosso ordenamento jurídico, se sobrepondo aos princípios e normas, na medida em que estes admitem ponderações e relativizações.

Existem dois aspectos relevantes quanto à segurança jurídica: o primeiro é a previsibilidade das decisões dos órgãos estatais que aplicam as leis; e o segundo é a estabilidade das relações jurídicas definitivas. Em decorrência destes aspectos, “a lei nova não pode desorganizar o sistema, criando contradições ou dificuldades insuperáveis de compatibilização e interpretação, levando o aplicador e o destinatário do direito a perplexidades e conflitos graves e de difícil solução”¹⁴.

Diante do exposto, entendemos que a questão do direito sucessório que trata da concorrência entre cônjuge e descendentes, quanto aos bens particulares, no regime da comunhão parcial, impõe aos descendentes uma onerosidade intolerável, pois em algumas situações pode até mesmo inviabilizar o direito efetivo à herança.

Alguém poderá alegar que o valor supremo da segurança jurídica deve ceder então ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB/88), e por isso o cônjuge deve receber uma proteção maior em detrimento dos descendentes. Em resposta, entendemos que os descendentes são tão merecedores quanto o cônjuge do respeito ao mencionado fundamento, e o cônjuge recebe a proteção devida quando concorre quanto aos bens comuns advindos da meação do *de cuius*, além de ter o direito real de habitação assegurado pelo art. 1.831 do CC/02.

Outros poderão alegar que a lei nova (CC/02) rege as sucessões ocorridas a partir da sua vigência e, portanto não há ofensa alguma a segurança jurídica, de fato esta questão é incontroversa, e infelizmente não podemos indagar aos que deixaram descendentes e bens particulares em acervo hereditário, se concordam que tais bens possam eventualmente ser distribuídos para pessoas que lhe são estranhas em prejuízo de seus descendentes. A imprevisibilidade de percepção, no âmbito do direito sucessório, desta questão para o “homem médio” que se casa pelo regime de comunhão parcial de bens e a certeza, pelo censo comum, de que a resposta, a referi-

da indagação, seria negativa nos faz concluir que há ofensa a segurança jurídica naquilo que vem sendo defendido pela doutrina e decidido pela jurisprudência dos Tribunais Estaduais, pois há clara ofensa à livre manifestação da vontade dos nubentes na escolha do regime de bens do casamento.

Haverá, ainda, quem atribua tudo isso ao que foi apresentado na exposição de motivos do CC/02, justificando que o regime de bens supletivo vigente até 1977, era o da comunhão universal, com isso o legislador quis conferir, aos cônjuges casados pelo novo regime supletivo, o da comunhão parcial, uma maior proteção na dissolução do casamento pela morte de um deles, assim, teria sido admitida a concorrência entre cônjuge e descendentes quanto aos bens particulares. Se admitirmos essa justificativa, teremos que concluir que o legislador positivo do século XXI quis ressuscitar parcialmente algo que estava revogado há 25 (vinte e cinco) anos sem se ater ao fato de que o mundo mudou, e que desde as últimas décadas do século XX existe uma nova ordem nas relações familiares em que ambos os cônjuges contribuem para o sustento e bem estar da família, e esse esforço comum é que deve ser reconhecido em favor daquele que se tornou viúvo(a).

Ressalte-se que na exposição de motivos do CC/02 é reconhecido o direito do cônjuge em concorrer com os descendentes, passando a ter o *status* de herdeiro necessário “[...] com todas as cautelas e limitações compreensíveis em questão tão relevante, a qual comporta diversas hipóteses que exigiram tratamento legal distinto” (*in verbis*). No entanto não há qualquer referência de que esta atenção especial destina-se ao cônjuge sobrevivente desprovido de meação como sustentam alguns autores. Entendemos que a maior proteção dada ao cônjuge não se refere à concorrência sobre os bens particulares e sim sobre os bens comuns, até porque dessa forma a perfeita aderência com o regime de bens supletivo vigente, que é o da comunhão parcial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se, ao longo do estudo, demonstrar as questões jurídicas que decorriam dos diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais com relação ao artigo 1.829, I do CC/02, em especial no que se refere à concorrência do cônjuge com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens.

A análise do tema sob a ótica dos princípios norteadores do CC/02 e da segurança jurídica demonstrou o desequilíbrio ao qual o sistema do direito sucessório estava submetido e que vinha sendo chancelado pela maioria dos doutrinadores e magistrados de todo o país.

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça ao prestigiar a manifestação da vontade dos nubentes na escolha do regime do casamento e em consequência garantir a segurança jurídica desta manifestação para efeitos do direito das sucessões, encontrou uma solução capaz de pacificar as contradições e afastar as perplexidades que vinham sendo apresentadas quanto ao tema da concorrência do cônjuge com os descendentes no regime da comunhão parcial.

REFERÊNCIAS

CAHALI, José Francisco, HIRONAKA, Giselda Maria de Fernandes, Novaes. Direito das sucessões. In: CAMBLER, E. A. (Coord.). *Curso avançado de direito civil volume 6*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito Civil: questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIAS, Maria Berenice. O inc. I do artigo 1.829 do CC: *algumas interrogações*. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=844&isPopUp=true>. Acesso em: 07 out. 2009.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.6.

HIRONAKA, Giselda Maria de Fernandes Novaes. Ordem de vocação hereditária. In: Hironaka, G.M.F.N.; Pereira, R.C. (Coord.). *Direito das sucessões e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 1: parte geral. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 4: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira, A nova ordem de vocação hereditária e a sucessão do cônjuge. In: DELGADO, M. L. e ALVES, J. F. (Coord.). *Questões controvertidas no novo código civil*. São Paulo: Editora Método, 2004.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado, 2005, III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, (Org.) AGUIAR JR., Ministro Ruy Rosado. Brasília, 2005.

THEODORO JR, Humberto, *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*, Revista EMERJ, v. 9, n. 35, 2006.

VELOSO, Zeno, do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, M. B. e PEREIRA, R. C. (Coord.). *Direito Civil e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões* (Coleção de direito civil). 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 7.