A SUCESSÃO DOS DESCENDENTES EM CONCORRÊNCIA COM O CÔNJUGE SUPÉRSTITE

Fernando Reverendo Vidal Akaoui[1]

[1] Doutor e Mestre pela PUC/SP – Professor Titular e Coordenador Pedagógico da Faculdade de Direito da UNISANTA – Promotor de Justiça.

1. Os descendentes na ordem de vocação hereditária

A sucessão *causa mortis* pode ser classificada como legítima, quando o patrimônio do falecido seja distribuído nos termos da lei, ou testamentária, quando, no todo ou em parte, o patrimônio seja endereçado aos herdeiros ou legatários apontados em disposição de última vontade.

No que tange à sucessão legítima, o legislador, desde a edição do Código Civil de 1916, estabeleceu uma ordem de vocação hereditária, que se constitui num rol sucessivo de parentes do falecido, em que a classe parental prevista em primeiro plano precede às demais, assim como os de grau mais próximo excluem aos de grau mais remoto (art. 1603). E o Código Civil de 2002 seguiu a mesma lógica, estabelecendo uma ordem de preferência entre parentes do *de cujus*, como se depreende do art. 1829.

Acerca da ordem de vocação hereditária já se pronunciou Ney de Mello Almada no sentido de que "articulada na sucessão legítima, a ordem de vocação hereditária funda-se nas relações do parentesco e do casamento (art. 1.829), o que ressalta o entrelaçamento entre sucessões e família. Não interessa se o parentesco emana de leito comum, ou de nacionalidades ou sexos distintos". E arremata, consignando que "a ordem sucessória inspira-se no sentido de solidariedade que deve reinar entre os membros da família, no amparo que mutuamente se devem". [1]

Referida ordem de vocação hereditária, seja no estatuto revogado, seja no vigente, tem os descendentes como os primeiros parentes a serem chamados a suceder. Sobre esta predileção do legislador, Antonio Joaquim Gouvêa Pinto,

[1] **Sucessões**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 170.

citado pelo mestre Teixeira de Freitas, anota que "sendo o fundamento da *Sucessão dos descendentes*, não a conservação das famílias, mas os vinculos de sangue, que fazem presumir qual seria a vontade do Testadôr, se tivesse disposto de seus bens, pêla afeição e amor, que se-deve suppôr entre o Defunto e seus conjuntos, e em que se-funda a vontade de beneficiár, não tendo os Páis cousa mais amavel que os Filhos, por sêrem sua causa efficiente; é claro, que os *Descendentes* devem constituir a primêira ordem de *Sucessão,* quando o Defunto não tíver fêito disposição testamentária".[2]

O legislador de 2002, não obstante tenha mantido os descendentes como a classe parental predileta para suceder, estabeleceu que, em determinadas condições, eles concorrerão com o cônjuge supérstite.

Com efeito, dispõe o inciso I, do art. 1829 do Código Civil vigente que a sucessão se defere, primordialmente 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".

Ao tentarmos estabelecer a *mens legis*, necessário que nos reportemos à exposição de motivos do Código Civil de 2002, onde verificamos constar que "com a adoção do regime legal de separação parcial com comunhão de aqüestos, entendeu a Comissão que especial atenção devia ser dada aos direitos do cônjuge supérstite em matéria sucessória. Seria, com efeito, injustificado passar do regime da comunhão universal, que importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, para o regime da comunhão parcial, sem se atribuir ao cônjuge supérstite o direito de concorrer com descendentes e ascendentes. Para tal fim, passou o *cônjuge* a ser considerado *herdeiro necessário*, com todas as cautelas e limitações compreensíveis em questão tão delicada e relevante, a qual comporta diversas hipóteses que exigiram tratamento legal distinto".[3]

[2] FRÊITAS, Augusto Teixêira de. **Tratado dos Testamentos e Sucessões.** 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1881, p. 337-8.

[3] Cf. http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2

Portanto, é a partir da alteração do regime legal da comunhão universal de bens para o da comunhão parcial, que se dá com a edição da Lei nº 6.515/77, que passa o legislador a vislumbrar a necessidade de incluir o cônjuge como herdeiro necessário, de sorte a protegê-lo nos casos em que, face à eventual existência apenas de patrimônio particular do falecido, o sobrevivente acabava muitas vezes sem condições materiais de sustento. Para dar sustentáculo a esse posicionamento, passa o cônjuge à condição de herdeiro necessário (art. 1845, CC).

Mesmo com uma visão de sociedade bastante diferente da atual, Clóvis Beviláqua já apontava a necessidade de um olhar mais preocupado com o cônjuge, notadamente com o do sexo feminino – não nos esqueçamos que suas palavras foram lançadas no início do Século XX, numa sociedade patriarcal –, ao dizer que "entre marido e mulher não existe parentesco, que sirva de base a um direito hereditário recíproco. Um elo mais forte, porém, os unes em sociedade tão íntima, pela comunhão de afetos, de interêsses, de esforços, de preocupações, em vista da prole engendrada por ambos, que se não pode recusar a necessidade de lhes ser garantido um direito sucessório, sòmente equiparável ao dos filhos e ao dos pais. Ou se tenha atenção, para determinar o direito hereditário *ab intestato*, o amor presumido do *de cujus* ou a solidariedade da família, a situação do cônjuge supérstite apresenta-se sob aspecto dos mais vantajosos. E, relembrando que a fortuna do marido encontra na sábia economia da mulher um poderoso elemento de conservação e desenvolvimento; que é, muitas vêzes, para cercar uma espôsa amada, de confôrto e de gozos, que o homem luta e vence no conflito vital; e ainda, que a eqüidade seria gravemente golpeada em muitas circunstâncias, se o cônjuge fosse preferido por um parente longínquo; os legisladores modernos têm procurado reagir contra o sistema ilógico e injusto da exclusão total ou quase total do cônjuge sobrevivo em face da herança do cônjuge pre-morto".[4]

Daí fixar o legislador no art. 1829, inc. I, do Código Civil que o cônjuge supérstite concorre com os descendentes do falecido na sua sucessão, *salvo* se casado pelo regime da comunhão universal ou pela regime da separação

[4] **Direito das sucessões.** 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 143-4.

obrigatória, ou, ainda, se casado pelo regime da comunhão parcial, este não tiver deixado bens particulares.

Cumpre anotar que atualmente, por ser a comunhão parcial o regime legal, a maioria absoluta dos casais opta por este regime de bens, seja por absoluto desconhecimento das demais possibilidades jurídicas, seja por comodismo, uma vez que este regime é o único que não exige o pacto antenupcial como condição de validade, bastando termo a ser apresentado no processo de habilitação para o casamento (art. 1640, par. un., CC).

Portanto, quando o cônjuge sobrevivente fosse casado com o *de cujus* pelo regime da participação final dos aquestos ou por regime próprio instituído por meio de pacto antenupcial, não nos parece deva ser ele excluído da concorrência com os descendentes. A dúvida, todavia, persiste, como veremos, em relação ao casamento firmado pelo regime da separação convencional e pelo regime da comunhão parcial, não obstante, em relação a este último, o texto legal.

2. Da concorrência do cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação convencional

Apesar do legislador ter literalmente previsto que somente o cônjuge casado pelo regime da separação obrigatória estaria afastado da concorrência com os descendentes, é certo que a doutrina e a jurisprudência nem sempre tiveram o mesmo entendimento. Vejamos.

O regime da separação obrigatória ocorre nas hipóteses listadas no art. 1641 do Código Civil, e, sem entrar na discussão acerca de possíveis inconstitucionalidades ali contidas, por não se tratar do escopo deste trabalho, se dão quando os cônjuges contraírem casamento com inobservância das causas suspensivas do matrimônio, quando um ou ambos os cônjuges forem maiores de 70 (setenta) anos de idade e quando para ocorrência do casamento tenha sido obtido suprimento judicial.

Tais situações parecem palatáveis para a doutrina ou jurisprudência, pois são hipóteses em que, supostamente para preservar o interesse dos cônjuges ou de terceiros, se obstrui o alcance de um em relação ao patrimônio do outro, por meio deste regime de bens que, ao menos em tese, cria uma barreira patrimonial ao casal, que terá acervo próprio, independentemente dos bens terem sido

adquiridos antes ou depois do casamento, seja a aquisição a título oneroso ou gratuito.

Justamente por isso, muitos doutrinadores passaram a entender que também a separação convencional deveria obstar que o cônjuge sobrevivente participasse da sucessão de seu falecido consorte, em concorrência com os descendentes deste.

De fato, a lógica é que, se os próprios cônjuges, ao contraírem matrimônio, escolheram não comungar seus bens adquiridos antes ou depois das núpcias, permitir que com a morte de um deles o outro os alcance, seria uma forma de descumprir a vontade das partes que, para tanto, firmaram um pacto antenupcial.

Neste sentido as palavras de Maria Berenice Dias, para quem "(...) há outra incongruência da lei, que diz com o **regime da separação convencional** eleito pelo par por meio de pacto antenupcial. Entre as exceções ao direto de concorrência, a lei esqueceu de citar este regime de bens (CC 1.829 I). Com isso, acaba o cônjuge sobrevivente brindado com parte dos bens do falecido, ainda que não tenha sido este o desejo do casal. Sob o fundamento de não haver direito de meação é assegurado o direito de concorrência. Ao firmarem o pacto, elegendo o regime da separação de bens, afastaram qualquer efeito patrimonial do casamento. Desrespeitar a expressa manifestação de quem tem a disponibilidade sobre seus bens fere de morte o princípio de respeito à autonomia da vontade".[5]

Francisco José Cahali, apesar de anotar posicionamento diverso, no sentido da concorrência, pontua que "(...) embora com muita simpatia à inexistência de direito sucessório decorrente de casamento pelo regime da separação convencional de bens, não há como se negar, e esta questão talvez tenha passado despercebida por muitos ao festejarem aqueles precedentes, que parte do fundamento declinado – em última análise a *preservação do regime de bens*, autorizará, também, a exclusão do direito sucessório quanto aos bens particulares, no regime da comunhão parcial de bens".[6]

[5] **Manual das sucessões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 156.

[6] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 195.

Somaríamos à arguta colocação do ilustre professor acima citado o argumento no sentido de que, em relação à sucessão dos cônjuges em concorrência com os ascendentes (art. 1829, inc. II), o legislador não previu a exclusão por força da adoção de qualquer regime de bens pelo qual tenha o casal contraído matrimônio, e nem por isso a doutrina ou jurisprudência adotou postura de querer salvaguardar a autonomia da vontade porventura expressada em pacto antenupcial.

É preciso, todavia, verificar qual a evolução do posicionamento jurisprudencial, notadamente do colendo Superior Tribunal de Justiça, por se tratar da mais alta Corte de Justiça a interpretar a lei federal.

Percebemos claramente que os primeiros casos levados ao conhecimento da citada Corte Superior encamparam a tese que também o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação convencional deveria ser excluído da concorrência com os descendentes. De fato, vejamos:

"DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. PACTO ANTENUPCIAL. SEPARAÇÃO DE BENS. MORTE DO VARÃO. VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. ATO JURÍDICO PERFEITO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. HERDEIRO NECESSÁRIO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA.
1. O pacto antenupcial firmado sob a égide do Código de 1916 constitui ato jurídico perfeito, devendo ser respeitados os atos que o sucedem, sob pena de maltrato aos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva.
2. Por outro lado, ainda que afastada a discussão acerca de direito intertemporal e submetida a questão à regulamentação do novo Código Civil, prevalece a vontade do testador. Com efeito, a interpretação sistemática do Codex autoriza conclusão no sentido de que o cônjuge sobrevivente, nas hipóteses de separação convencional de bens, não pode ser admitido como herdeiro necessário.
3. Recurso conhecido e provido".[7]

"Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do

[7] REsp 1.111.095/RJ – rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 01.10.2009.

art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência.

- Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.

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

- Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes.

- O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância.

- Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.

- Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática

da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos.

- No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal – declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal – é a seguinte: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos.

- A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório "traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida".

- Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações.

- Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.

- Haveria, induvidosamente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens post mortem, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria.

- Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e

honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública.

- O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade.

Recurso especial provido.

Pedido cautelar incidental julgado prejudicado".[8]

Esta posição, entretanto, foi recentemente abandonada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, que passou a admitir a concorrência do cônjuge sobrevivente casado com o falecido pelo regime da separação convencional de bens com os descendentes. Neste sentido:

"CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC.

1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil).

2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil.

3. Recurso especial desprovido".[9]

[8] REsp 992.749/MS – rel. Min. Nancy Andrighi – j. 01.12.2009. Ainda, no mesmo sentido: REsp 689.703/AM – rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 20.04.2010.

Particularmente, entendemos que razão assiste ao atual posicionamento do colendo Superior Tribunal de Justiça, na medida em que, se tratando de norma excepcional, que exclui o direito do cônjuge sobrevivente participar da sucessão do falecido em concorrência com seus descendentes, não podemos, por analogia, estender a restrição aos casados pelo regime da separação convencional, quando o legislador somente mencionou a separação legal. Interpretação em sentido contrário ofende a regra de hermenêutica *exceptiones sunt strictissimae interpretationes*.

Invocando referida regra de hermenêutica, o douto Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva reconheceu direito à concorrência de cônjuge casado pelo regime da separação facultativa com os descendentes de falecido. Vejamos:

"RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. INVENTÁRIO E PARTILHA. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. PACTO ANTENUPCIAL POR ESCRITURA PÚBLICA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. CONCORRÊNCIA NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA COM DESCENDENTES. CONDIÇÃO DE HERDEIRO. RECONHECIMENTO. EXEGESE DO ART. 1.829, I, DO CC/02. AVANÇO NO CAMPO SUCESSÓRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL.

1. O art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 confere ao cônjuge casado sob a égide do regime de separação convencional a condição de herdeiro necessário, que concorre com os descendentes do falecido independentemente do período de duração do casamento, com vistas a garantir-lhe o mínimo necessário para uma sobrevivência digna.

2. O intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511 do Código Civil) conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social.

3. O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no

[9] Resp 1.382.170/SP – rel. Min. João Otávio de Noronha – j. 22.04.2015. No mesmo sentido: AgRg no EREsp 1.472.945/RJ – rel. Min. Antonio Carlos Ferreira – j. 24.06.2015;

curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial.

4. O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço no direito de família, a vida em comum. As situações, porquanto distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade patrimonial não se perpetua post mortem.

5. O concurso hereditário na separação convencional impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, especialmente porque o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art. 1.829, I, do Código Civil.

6. O regime da separação convencional de bens escolhido livremente pelos nubentes à luz do princípio da autonomia de vontade (por meio do pacto antenupcial), não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, que é imposto de forma cogente pela legislação (art. 1.641 do Código Civil), e no qual efetivamente não há concorrência do cônjuge com o descendente.

7. Aplicação da máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988).

8. O novo Código Civil, ao ampliar os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurou ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que os únicos deixados pelo falecido, direito que pelas mesmas razões deve ser conferido ao casado pela separação convencional, cujo patrimônio é, inexoravelmente, composto somente por acervo particular.

9. Recurso especial não provido".[10]

Para solucionar a questão, correta seria a solução *de lege ferenda* proposta por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, no sentido de que dever-se-ia, por meio de alteração legislativa, excluir a expressão "obrigatória" contida no inc. I, do art. 1829 do Código Civil.[11]

[10] REsp 1.472.945/RJ – j. 23.10.2014.

[11] **Código civil comentado.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 2092, nota 12.

3. Da concorrência do cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens

O inc. I, do art. 1829 do Código Civil é claríssimo ao excluir da concorrência com os descendentes os cônjuges supérstites que sejam fossem casados pelo regime da comunhão parcial de bens quando o falecido não houver deixado bens particulares.

Nos parece absolutamente que, *mutatis mutandis*, se o falecido deixou bens particulares, o cônjuge sobrevivente terá o direito de participar de sua sucessão em concorrência com os descendentes. Quanto a esta conclusão, parece que não existe relevante discussão. Todavia, o ponto chave está em se estabelecer sobre quais bens o cônjuge herdeiro teria direito: somente os bens particulares, somente os bens comuns ou sobre todos?

A nós parece que a única interpretação possível é no sentido de que o cônjuge sobrevivente somente terá direito sobre os bens particulares do *de cujus*, pois sobre os comuns ele já tem direito à meação.

Esse foi o entendimento consignado no Enunciado nº 270 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada em dezembro de 2004: "O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descedentes".

Inicialmente o Superior Tribunal de Justiça adotou a tese:

"CIVIL. SUCESSÃO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE E FILHA DO FALECIDO. CONCORRÊNCIA. CASAMENTO. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. BENS PARTICULARES. CÓDIGO CIVIL, ART. 1829, INC. I. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. 1. No regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente não concorre com os descendentes em relação aos bens integrantes da meação do falecido. Interpretação do art. 1829, inc. I, do Código Civil.

2. Tendo em vista as circunstâncias da causa, restaura-se a decisão que determinou a partilha, entre o cônjuge sobrevivente e a descendente, apenas dos bens particulares do falecido.
3. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido".[12]

Com o argumento já acima exposto, no sentido de que o alcance da concorrência em relação aos bens particulares fere o princípio da autonomia da vontade, aquela Corte Superior renovou seu entendimento, e passou a admitir que o cônjuge sobrevivente somente teria direito em relação aos bens comuns, mesmo já sendo meeiro. Neste diapasão:

"DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO COM O DE CUJUS PELO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. HERANÇA COMPOSTA DE BENS PARTICULARES E BEM COMUM. HERDEIRO NECESSÁRIO. CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES. ARTS. ANALISADOS: 1.658, 1.659, 1.661, E 1.829, I, DO CC/02.
1. Inventário distribuído em 24/01/2006, do qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 27/05/2013.
2. Cinge-se a controvérsia a definir se o cônjuge supérstite, casado com o falecido pelo regime da comunhão parcial de bens, concorre com os descendentes dele na partilha dos bens particulares.
3. No regime da comunhão parcial, os bens exclusivos de um cônjuge não são partilhados com o outro no divórcio e, pela mesma razão, não o devem ser após a sua morte, sob pena de infringir o que ficou acordado entre os nubentes no momento em que decidiram se unir em matrimônio. Acaso a vontade deles seja a de compartilhar todo o seu patrimônio, a partir do casamento, assim devem instituir em pacto antenupcial.
4. O fato de o cônjuge não concorrer com os descendentes na partilha dos bens particulares do de cujus não exclui a possibilidade de qualquer dos consortes, em vida, dispor desses bens por testamento, desde que respeitada a legítima, reservando-os ou parte deles ao sobrevivente, a fim de resguardá-lo acaso venha a antes dele falecer.

[12] REsp 974.241/DF – rel. Min. Maria Isabel Gallotti – j. 07.06.2011.

5. Se o espírito das mudanças operadas no CC/02 foi evitar que um cônjuge fique ao desamparo com a morte do outro, essa celeuma não se resolve simplesmente atribuindo-lhe participação na partilha apenas dos bens particulares, quando houver, porque podem eles ser insignificantes, se comparados aos bens comuns existentes e amealhados durante toda a vida conjugal.
6. Mais justo e consentâneo com a preocupação do legislador é permitir que o sobrevivente herde, em concorrência com os descendentes, a parte do patrimônio que ele próprio construiu com o falecido, não lhe tocando qualquer fração daqueloutros bens que, no exercício da autonomia da vontade, optou - seja por não ter elegido regime diverso do legal, seja pela celebração do pacto antenupcial - por manter incomunicáveis, excluindo-os expressamente da comunhão.
7. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido".[13]

Retoma, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, seu posicionamento inicial, voltando a reconhecer o direito do cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens concorrer com os descendentes do *de cujus* somente em relação aos bens particulares deste. Nesta esteira:

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

[13] REsp 1.377.084/MG – rel. Min. Nancy Andrighi – j. 08.10.2013.

do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares.
3. A referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens particulares constantes do acervo hereditário do de cujus.
4. Recurso especial provido".[14]

Cremos que o posicionamento jurisprudencial atual da citada Corte de Justiça é o mais coerente, pois de fato, não faz mais muito sentido deferir a sucessão do cônjuge justamente sobre bens sobre os quais ele já seja meeiro.

Cumpre anotar, em relação à concorrência do cônjuge com os descendentes, que quando ele concorrer com herdeiros dos quais ele seja ascendente, tocar-lhe-á um quinhão correspondente a, no mínimo, um quarto da herança (art. 1832, CC). A *contrario senso*, se concorrer com herdeiros que sejam descendentes apenas do falecido, não haverá um quinhão mínimo. O que não resolve o legislador, é como estabelecer o quinhão do cônjuge supérstite quando ele concorra com descendentes só do falecido **e** com descendentes seus também. Pensamos que neste caso não deverá receber quinhão inferior à quarta parte da herança.

4. Referências bibliográficas

ALMADA, Ney de Mello. **Sucessões**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões.** 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

FRÊITAS, Augusto Teixêira de. **Tratado dos testamentos e sucessões.** 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1881.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

[14] REsp 1.368.123/SP – rel. Min. Raul Araújo – j. 22.04.2015.