

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

ANAURELINO NEGRI DA COSTA SILVA

**O DIREITO DE HERANÇA DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE NO REGIME DA  
COMUNHÃO PARCIAL DE BENS**

PORTO ALEGRE

2010

ANAURELINO NEGRI DA COSTA SILVA

**O DIREITO DE HERANÇA DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE NO REGIME DA  
COMUNHÃO PARCIAL DE BENS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Jamil Andraus Hanna Bannura

Porto Alegre

2010

ANAURELINO NEGRI DA COSTA SILVA

**O DIREITO DE HERANÇA DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE NO REGIME DA  
COMUNHÃO PARCIAL DE BENS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado  
como requisito para obtenção do grau de  
bacharel em Direito pela Faculdade de  
Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ .

**BANCA EXAMINADORA:**

Prof.: Jamil Andraus Hanna Bannura

---

Prof.: Sérgio Augusto Pereira de Borja

---

Prof.: Dr. Sérgio Viana Severo

---

*Gostaria de dedicar o seguinte trabalho à minha mãe, Maria Helena Negri, pelo amor e pela dedicação incondicionais;*

*ao meu colega e amigo, João Henrique Kurtz Amantino Rodrigues da Silva Algarve, pelo incessável apoio e pela incomensurável contribuição;*

*ao meu colega e amigo, Felipe Silva dos Santos, pelo inabalável companheirismo em todas as horas;*

*e, por fim, à minha amiga Luísa de Lima Müller, pelo carinho e pela motivação constantes.*

## **AGRADECIMENTOS**

Aos queridos Maria Helena Negri, João Henrique Kurtz Amantino Rodrigues da Silva Algarve, Felipe Silva dos Santos, Bruno Martins da Costa e Silva, Lúcio Rosa da Costa e Silva e Jamil Andraus Hanna Bannura.

*O homem gosta de enumerar seus infortúnios, mas não enumera suas alegrias.*

*Fiódor Dostoiévski*

## RESUMO

O regime de bens na lei brasileira vem ao longo das décadas tentando se adequar à célere transformação sócio-cultural da era da informação. A velocidade com a qual os valores e costumes foram sendo suavemente redesenhados alçou magistrados e legisladores à dura tarefa de manter coerência e equidade nas relações patrimoniais que regem as uniões familiares. Com as adaptações de institutos já existentes e a inserção de outros novos, certos aspectos legais sobre o patrimônio familiar acabaram sem sintonia. Dentre eles, a abrangência do direito à herança do cônjuge supérstite quando da morte do *de cuius*, na vigência do regime da comunhão parcial de bens, e após quase uma década de embates sobre este tema, ainda não se alcançou uma resposta definitiva. Os juristas que se debruçam sobre esta questão estão divididos em três correntes e esse trabalho visa explorar cada qual delas, mostrando suas justificativas, bem como seus encaixes e desencaixes diante do ordenamento nacional. A corrente majoritária se resguarda nas normas estabelecidas para as outras modalidades de regime de bens do casamento, mas o faz sem nenhum indicativo legal expresso, e, desconsiderando a contradição entre essa leitura e a solução existente para a mesma comunhão parcial no não tão distante instituto da união estável. Entre as correntes minoritárias, uma preconiza a leitura objetiva do dispositivo, que leva ao entendimento de direito de herança sobre o patrimônio total pelo cônjuge, porém essa interpretação profundamente literal acarreta uma grande iniquidade. A restante busca solucionar a proteção do patrimônio individual e manter-se coerente com aquilo que já é aplicado para comunhão parcial na união estável, entretanto, esbarra no texto legal e no enraizamento da magistratura na concepção de a presença de meação acarretar vedação à herança.

**Palavras-chave:** Direito de Família. Sucessão. Casamento. Regime de Bens. Comunhão Parcial.

## ABSTRACT

The system of property regimes in Brazil has over the decades trying to adapt to rapidly socio-cultural changing in this information age. Judges and legislators have risen to the daunting task of keeping consistency and equity in the property relationships that govern family unions, motivated by the speed with which the values and customs have been mildly redesigned. With adaptations of existing institutes and insertion of new ones, certain aspects of the family assets are now out of tune. Among them, the scope of the surviving spouse's right to inherit upon the death of the deceased, under the system of partial property, and after almost a decade of discussions on this topic has not yet reached a definitive answer. The lawyers who focus on this issue are divided into three streams, and the present academic work aims explore each of them, showing his justifications, as well as their docking and undocking on National Law. The major current defend the use of the standards established for other types of property regimes on matrimony, but not expressed in writing Law and disregarding the contradiction between this reading and the existing solution the same regime, when not in marriage, but in the domestic partnership. Among the current minority, some advocates the objective reading of the device, which leads to understanding of right of inheritance over all patrimony by the surviving spouse, but this deeply literal interpretation carries to unfair scenarios. Others seeks to solve lack of protection in heritage to the not-mutual property, an idea that is consistent with what is already applied to partial communion property regime in domestic partnership, however, stops in the legal text and in the rooting idea of the courts about the presence of sharecropping do not accept inheritance by the surviving spouse.

**Keywords:** Family Law. Inheritance. Marriage. Property Regime. Partial Communion.

## RÉSUMÉ

Le régime de propriété en droit brésilien arrive décennies à tenter de s'adapter aux rapides changements sociaux dans l'ère de l'information. La rapidité avec laquelle les valeurs et les coutumes ont été légèrement remaniées a levé juges et les législateurs à la lourde tâche de maintien de cohérence et l'équité dans les relations de propriété qui régissent mariages. Avec des adaptations des instituts existants et l'insertion de nouvelles, certains aspects juridiques des biens de la famille est devenue douteuse. Parmi eux, le champ d'application du droit d'hériter du conjoint survivant au décès du défunt, sous le régime de la propriété partielle, et après presque une décennie de débats sur ce sujet n'a pas encore atteint une réponse définitive. Les avocats qui se concentrent sur cette question sont divisés en trois volets, et ce travail vise à explorer chacun d'eux, en montrant ses justifications, et de leur adéquation ou l'inadéquation devant la loi nationale. Les principaux courants respecter les normes déjà établies pour d'autres types de Régimes Matrimoniaux, Toutefois, sans autorisation légale spécifique, et, ignorant la contradiction entre cette lecture et la solution existante pour la même communion partielle dans le pas trop lointain Institut de pacte civil de solidarité. Parmi la minorité actuelle est favorable à une lecture objective des dispositions de la loi, ce qui conduit à la compréhension du droit de succession sur le total des actifs par le conjoint, Mais cette interprétation littérale entraîne une grande méchanceté. La quête reste en cours pour résoudre la protection des biens individuels et rester cohérent avec ce qui est déjà appliquée à la communion partielle dans le pacte civil de solidarité, cependant, s'arrête dans le texte juridique et l'enracinement du pouvoir judiciaire dans la conception de la présence de métayage les empêcher d'hériter.

**Mots-clés :** Droit de la Famille. Héritage. Mariage. Régimes Matrimoniaux. Communion Partielle.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>HIPÓTESE DE SUCESSÃO APENAS SOBRE O PATRIMÔNIO EXCLUSIVO</b> .....	12
1.1 Crítica Preliminar à Figura do Cônjuge como Herdeiro Necessário .....	12
1.2 A Leitura do Artigo 1.829 .....	13
1.2.1 Incidência.....	14
1.3 O Direito de Meação em Contrapartida ao Direito de Herança.....	15
1.3.1 Remédio Legal.....	17
1.3.2 O Direito de Herança Apenas na Ausência dos Bens Comuns .....	17
1.4 Proporcionalidade .....	19
1.4.1 Aleatoriedade da Norma.....	20
1.4.2 Enunciado nº 270 do CJF .....	20
1.5 Eficácia Normativa .....	21
1.6 Críticas .....	22
1.6.1 Contradições Normativas.....	23
1.6.2 Enriquecimento sem Causa.....	23
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>HIPÓTESE DE SUCESSÃO SOBRE O PATRIMÔNIO TOTAL</b> .....	25
2.1 A Leitura do Artigo 1.829 .....	25
2.1.1 Incidência.....	26
2.1.2 Condicionante.....	27
2.2 Princípio da Operabilidade .....	28
2.3 Indivisibilidade da Herança .....	29
2.3.1 Reserva de Um Quarto.....	29
2.4 Herdeiro Necessário .....	30
2.5 Meação .....	31
2.6 Críticas .....	32
2.6.1 Disparidade com a Comunhão Universal.....	33
2.6.2 Meação Cumulada à Herança .....	34
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>HIPÓTESE DE SUCESSÃO APENAS SOBRE O PATRIMÔNIO COMUM</b> .....	36

3.1 Crítica Preliminar à Concorrência Sucessória.....	36
3.2 A Leitura do Artigo 1.829 .....	37
3.2.1 Incidência.....	38
3.2.2 Incongruências.....	39
3.3 Enriquecimento sem Causa .....	39
3.3.1 Extinção da Sociedade Conjugal .....	40
3.4 Natureza Jurídica .....	41
3.5 Vínculos de Parentalidade .....	42
3.5.1 Relações Afetivas .....	44
3.6 Inconstitucionalidades.....	45
3.7 Jurisprudência do STJ .....	46
3.8 Críticas.....	48
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>52</b>

## INTRODUÇÃO

A discussão a respeito do direito de herança do cônjuge supérstite no regime da comunhão parcial de bens talvez seja hoje - nas palavras de Maria Berenice Dias<sup>1</sup> - o tema mais controverso do novo Código Civil.

Sua vertente polêmica é oriunda de uma série de fatores - históricos, jurídicos e, até mesmo, gramaticais - que resultou, enfim, em três principais interpretações distintas sobre qual seria a real abrangência do direito de herdar do cônjuge sobrevivente. Tendo em vista sua ampla aplicabilidade e, conseqüentemente, sua enorme importância para o ordenamento jurídico pátrio, é inaceitável que dispositivo tão fundamentalmente basal para a estrutura social da família no Brasil esteja cercado de tamanha incerteza.

O respectivo trabalho se propõe, então, a analisar as três principais correntes que disciplinam a matéria e debatem qual seria a real abrangência do direito de herança do cônjuge supérstite no regime da comunhão parcial de bens, segundo sua determinação legal no artigo 1.829, inciso I do novo Código Civil: “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, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”.

Discute-se, portanto, se o referido direito incidiria sobre: o patrimônio exclusivo do *de cujos*; o patrimônio total do *de cujos*; ou o patrimônio comum do *de cujos*.

---

<sup>1</sup> DIAS, Maria Berenice. *O inc. I do art. 1.829 do CC: algumas interrogações*, visitado em agosto de 2010: [http://mariaberenice.com.br/uploads/5\\_-\\_o\\_inc\\_i\\_do\\_art.\\_1.829\\_do\\_cc\\_algumas\\_interroga%E7%F5es.pdf](http://mariaberenice.com.br/uploads/5_-_o_inc_i_do_art._1.829_do_cc_algumas_interroga%E7%F5es.pdf)

## **CAPÍTULO I**

### **HIPÓTESE DE SUCESSÃO APENAS SOBRE O PATRIMÔNIO EXCLUSIVO**

Segundo o entendimento desta teoria, o cônjuge sobrevivente teria o direito de herdar apenas sobre a parcela de herança relativa ao patrimônio exclusivo do *de cujos*. Essa interpretação é sustentada pela ampla maioria dos autores da doutrina: Christiano Cassettari, Eduardo de Oliveira Leite, Euclides de Oliveira, Flávio Tartuce, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Gustavo René Nicolau, Jorge Shiguemitsu Fujita, José Fernando Simão, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim e Zeno Veloso<sup>2</sup>. Ainda, o autor Washington de Barros Monteiro<sup>3</sup>.

#### **1.1 Crítica Preliminar à Figura do Cônjuge como Herdeiro Necessário**

Não são poucos os autores, independente das divergências a respeito da real abrangência do direito do cônjuge sobrevivente, que criticam a inclusão da figura do cônjuge no rol dos herdeiros necessários - assim como alguns também entendem como negativo o instituto da concorrência sucessória - que beneficiaria além da conta o marido ou a esposa no aparelho sucessório. Alguns dos principais autores que defendem a presente teoria coadunam na construção deste coro de vozes. Impende, dessa forma, de maneira preliminar, esclarecer a opinião da parcela dos teóricos que defendem esta tese.

Esclarece, com nitidez, as críticas à inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros necessários, o jurista Euclides de Oliveira:

---

<sup>2</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; Parte especial. Do direito das sucessões. Arts. 1.784 a 1.856. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, pg. 226.

<sup>3</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 97.

"Não se justifica a excessiva contemplação do companheiro no que tange à sua inclusão no rol dos herdeiros necessários. Na maioria dos casos, celebra-se o casamento pelo regime da comunhão parcial, que independe de pacto. Logo, o cônjuge terá direito à metade dos bens havidos a título oneroso durante a convivência, não parecendo razoável que ainda se habilite, necessariamente, a concorrer com descendentes na herança dos bens particulares, ou com ascendentes sobre a totalidade dos bens da herança. Caso a opção tenha sido pelo regime da comunhão universal, os direitos de meação do cônjuge serão ainda mais amplos, de modo a dispensar a obrigatória concorrência na sucessão. E se o regime escolhido foi o da separação convencional de bens, era porque os cônjuges pretendiam manter incomunicáveis os patrimônios de cada um, não se justificando, portanto, que, por ocasião da morte de um deles, o outro fique, obrigatoriamente, como sucessor, seja concorrente (com descendentes e ascendentes), seja universal (na falta daqueles herdeiros)" <sup>4</sup>.

Importante salientar, entretanto, que este não é o entendimento da totalidade dos autores que defendem a presente teoria. Há, em contrapartida, aqueles que acreditam ser positivo e fundamental o erguimento da figura do cônjuge ao rol dos herdeiros necessários, como bem sustenta a jurista Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

"Tornar o sobrevivente herdeiro necessário da pessoa com quem conviveu e convivia até período próximo ao da morte deste é medida que se coaduna com a colocação daquele nas duas primeiras classes de vocação sucessória. Em concorrência com descendentes e ascendentes. Com efeito, seria ilógico fazer do sobrevivente herdeiro preferencial, concorrente dos necessários e, ao mesmo tempo, negar-lhe tal condição. Daí a regra do art. 1845 referido" <sup>5</sup>.

## 1.2 A Leitura do Artigo 1.829

A interpretação do artigo 1.829, dentro desta teoria, é idêntica à concepção da quase totalidade dos doutrinadores do direito de família, sendo a exceção mais conhecida e crítica a essa linha interpretativa a opinião da jurista Maria Berenice Dias, que será analisada adiante.

---

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2009. pg. 93.

<sup>5</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes; *Revista da Esmape*. Recife: v.9, n.20, 295-340, Tomo I, jul./dez. 2004, pgs. 324 e 325.

Entende-se, pois, que o artigo 1.829, em seu inciso I, estabelece três exceções ao grupo de herdeiros necessários e concorrentes protegidos pela lei, quais sejam: 1) o cônjuge sobrevivente casado no regime da comunhão universal de bens; 2) o cônjuge sobrevivente casado no regime da separação obrigatória de bens; e 3) o cônjuge sobrevivente casado no regime da comunhão parcial de bens, caso o autor da herança não haja deixado bens particulares.

Ou seja, compreende que o cônjuge supérstite casado no regime da comunhão parcial somente herdará em concorrência com os descendentes se cumprir o requisito legal especial, qual seja, o do *de cujos* ter deixado bens particulares no acervo hereditário<sup>6</sup>. Portanto, havendo o *de cujos* deixado bens particulares como herança, o cônjuge sobrevivo será herdeiro; não havendo o *de cujos* deixado bens particulares como herança, o cônjuge sobrevivo não será herdeiro.

### 1.2.1 Incidência

Entende-se que o direito de herança do cônjuge sobrevivo incide somente sobre a parcela de patrimônio exclusivo referente ao todo do acervo hereditário. Mesmo que não haja expressa recomendação legal a esse respeito, para os doutrinadores da presente teoria, resta claro que essa foi a vontade do legislador ao estipular o artigo 1.829 do novo Código Civil.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, ao ser citada por Gustavo Rene Nicolau, explica:

“Pode-se concluir, então, no que respeita ao regime de bens reitor da vida patrimonial do casal, que o cônjuge supérstite participa por direito próprio dos bens comuns do casal, adquirindo a meação que já lhe cabia, mas que se encontrava em propriedade condominial dissolvida pela morte do outro componente do casal e herda, enquanto herdeiro preferencial e necessário de primeira classe, uma quota-parte dos bens exclusivos do cônjuge falecido”<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 6: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2009, pgs. 123 e 124.

<sup>7</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. IN.: NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.) *Revista de Direito Privado*. Vol. 21, Local São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Washington de Barros Monteiro, por fim, resume que “*no regime da comunhão parcial o viúvo recebe apenas a meação dos bens comuns, sem participar da meação do autor da herança; se houver bens particulares, o sobrevivente receberá ¼ desses bens, se houver descendentes comuns, ou o mesmo quinhão que tocar aos descendentes que forem apenas do falecido*”.

### 1.3 O Direito de Meação em Contrapartida ao Direito de Herança

Tendo em vista que na disposição do atual Código Civil o regime de bens do casamento tem relevância para definir o direito de concorrência do cônjuge, é opinião comum entre a quase totalidade dos autores que sustentam esta tese que o direito à herança está diretamente vinculado ao direito à meação.

A diferença entre os conceitos fundamentais do direito de meação e do direito de herança é, na verdade, o ponto cerne na lógica da presente teoria. Fundamenta-se que o legislador originário, na norma do artigo 1.829, estabeleceu a idéia de compensar a ausência do direito à meação, concedendo o direito à herança ao cônjuge sobrevivente sobre o patrimônio a que não possui direito à meação.

Os autores, em sua grande maioria, já partem dessa idéia como um pressuposto pré-estabelecido. Tal interpretação tão concreta é oriunda tanto das origens históricas da formação dos Códigos Civis - com as participações de Teixeira de Freitas, Clóvis Beviláqua<sup>8</sup>, Orlando Gomes<sup>9</sup>, entre outros -, como de relatos recentes dos célebres autores do novo Código Civil, como Miguel Reale, admitindo a orientação da norma nesse sentido, ao explicar que a valorização da figura do cônjuge como herdeiro no novo Código Civil surgiu justamente em virtude deste ter o seu direito à meação restringido por meio da mudança do regime legal de bens:

"antes do advento da Lei do Divórcio, o regime legal era o da comunhão universal de bens, e o cônjuge sobrevivente fazia jus à

---

<sup>8</sup> GOZZO, Débora. Nova ordem da vocação hereditária. In: GOZZO, Débora; ALVES, José Carlos Moreira; REALE, Miguel (coords.) *Principais controvérsias no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, pg. 78.

<sup>9</sup> VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; Pereira, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21, pg. 243 e 246.

metade de todo o acervo sucessório a título de meação. Com a mudança (que ocorreu no ano de 1977), o regime de bens passou a ser o da comunhão parcial, onde a meação limita-se aos aqüestos. Mesmo havendo direito de usufruto, a exclusão do viúvo poderia deixá-lo em situação de apuro se não existissem bens comuns, eis que toda a herança destinava-se aos descendentes ou ascendentes" <sup>10</sup>.

Dessa forma, poder-se-ia resumir como o entendimento básico desta teoria o seguinte preceito: "havendo direito de meação sob determinado patrimônio, não há direito de herança sob este mesmo patrimônio". Essa lógica não só seria aplicável para o regime da comunhão parcial de bens, como também para qualquer regime de bens do ordenamento brasileiro - com a exceção do regime da separação obrigatória de bens, que se configura como um (polêmico) caso a parte na legislação pátria.

Sendo assim, encontra-se justificada, por exemplo, a razão pela qual o legislador teria excluído como herdeiro o cônjuge casado em comunhão universal – pois este possuiria direito de meação sobre o patrimônio total, não restando patrimônio para que pudesse usufruir o direito de herança -, assim como justifica, também, a exclusão do rol de herdeiros do cônjuge casado em comunhão parcial, no caso em que o seu *de cujos* não houvesse deixado patrimônio particular – pois aquele já possui direito de meação sobre o patrimônio comum, só podendo herdar sobre o patrimônio particular do *de cujos* que, se inexistente, torna inexistente também o direito à herança.

Euclides de Oliveira versa com propriedade sobre o tema:

"Adotou-se, como critério norteador, o fato de o cônjuge ser meeiro, por isso afastando seu direito de concorrer na herança com os descendentes, quando o casamento fosse no regime da comunhão universal ou, se no regime da comunhão parcial, o falecido não deixasse bens particulares. A justificativa é a mesma que existia no Código Civil de 1916, art. 1.611, § 1º, ao dispor sobre o usufruto viudal do cônjuge na hipótese de o regime de bens não ser o da comunhão universal. (...) Há perfeita lógica no sistema, para evitar excessiva atribuição de bens, que se daria na cumulação dos direitos de meação e de herança" <sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> REALE, Miguel. O cônjuge no novo Código Civil. *O Estado de São Paulo*, São Paulo-SP, 12 abr. 2003, pg. 2.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2009. pg. 97.

Sobre o posicionamento em consonância a este entendimento, pode-se citar a manifestação de inúmeros autores, tais como Sílvio Venosa<sup>12</sup>, Eduardo de Oliveira Leite<sup>13</sup>, Zeno Veloso<sup>14</sup>, Washington de Barros Monteiro<sup>15</sup>, entre tantos outros doutrinadores que defendem a presente teoria.

### 1.3.1 Remédio Legal

Possibilitando aludir o entendimento de que sob o patrimônio a que se detém direito à meação não se possui direito à herança, resolvem-se questões controversas para qual a lei, em virtude de sua abrangência, ainda não auferiu respostas concretas. Todavia, por meio desta teorização, é possível alcançá-las.

Como na discussão do direito à herança do cônjuge supérstite casado sob o regime da comunhão universal de bens quando o *de cujos* deixa como herança apenas imóvel que tenha sido atribuído por doação ou por herança com cláusula de incomunicabilidade. Neste caso, o cônjuge não teria direito à meação do bem, nem mesmo à herança - segundo a lei, em virtude do regime da comunhão universal - ficando desamparado.

Referido impasse seria contornado, entretanto, por meio do entendimento de que não ao não se auferir direito à meação sob o patrimônio ao cônjuge, auferir-se-ia direito de concorrência à herança sobre este, conseqüentemente, ao marido ou à esposa. Entendimento unicamente possível, portanto, diante da presente hipótese.

### 1.3.2 O Direito de Herança Apenas na Ausência dos Bens Comuns

A autora Lia Palazzo Rodrigues faz um autocrítica à presente teoria, levantando uma possível ressalva em virtude de interpretação hermenêutica do dispositivo 1.829 do Código Civil<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2004, pg. 113.

<sup>13</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 21.

<sup>14</sup> VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; Pereira, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21, pgs. 250 e 251.

<sup>15</sup> Washington de Barros Monteiro, op. cit., pg. 97.

<sup>16</sup> RODRIGUES, Lia Palazzo. Direito sucessório do cônjuge sobrevivente. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (org.). *Direito de Família, diversidade e multidisciplinaridade*. Porto Alegre: IBDFam, 2007, pg.125.

Como bem se sabe, o intuito da lei ao ter elevado o cônjuge à condição de herdeiro necessário e concorrente foi o de preservar a manutenção de sua subsistência. Garantiu-lhe o direito de herança sobre o patrimônio exclusivo do *de cujos*, para resguardar os casos em que o patrimônio comum seria inexistente ou ínfimo, deixando-lhe em delicada situação econômica - tudo isso, frise-se, graças à mudança do regime legal de bens. Dessa forma, ao analisarmos a aplicabilidade da norma, é indispensável a constante ponderação deste argumento de cunho histórico.

Sendo assim, ao se vislumbrar a vontade do legislador, subentende-se que o cônjuge sobrevivente deverá ser herdeiro quando não houver patrimônio comum suficiente para manter sua subsistência. Portanto, é lógico o entendimento de que, na verdade, o cônjuge só deveria auferir o direito à herança não só nos casos em que houvesse a existência de patrimônio exclusivo, mas também condicionado a não existência de patrimônio comum. De outra forma, a vontade do legislador originário se veria deturpada ao se auferir lucro indevido ao cônjuge sobrevivente que já lograsse direito à meação dos bens comuns - tendo patrimônio suficiente para subsistir - e, ainda, obtivesse um acréscimo excessivo ao seu patrimônio por meio do direito à herança sobre os bens particulares do *de cujos*. Podendo, tal hipótese, ser interpretada, até mesmo, como enriquecimento ilícito por parte do cônjuge supérstite.

Por isso, entende a referida autora que, sim, o cônjuge só possui direito à herança sobre o patrimônio particular do *de cujos*, porém quando este não houver deixado bens comuns no acervo hereditário. Nas palavras da própria jurista Lia Palazzo Rodrigues:

"Assim, a inexistência de bens comuns é condição para que o cônjuge sobrevivente tenha direito de concorrer com os descendentes do finado nos bens particulares que compõem a herança. E isso por uma simples razão: se o propósito da norma foi amparar o sobrevivente, tal desiderato se alcança com a meação a que tem direito por força da comunhão".

"Há, ainda, um outro aspecto a ser considerado. Se o falecido deixou bens comuns e bens particulares e o cônjuge, sobrevivente, além da sua meação, participasse como herdeiro concorrente na partilha da sua herança - composta pela meação do finado mais seus bens particulares - estaria gozando de um privilégio extraordinário, em

detrimento dos demais herdeiros necessários (descendentes e ascendentes), o que não parece ter sido a intenção do legislador”<sup>17</sup>.

Segue, na conclusão final de seu raciocínio, a autora Lia Palazzo Rodrigues:

"Deste modo, e com o maior respeito pelas opiniões em contrário, entendo que o cônjuge só concorre com os descendentes do *de cujos se*, celebrado o casamento pelo regime da comunhão parcial, deixou o finado apenas bens particulares como herança. Na hipótese de existência de bens comuns, afastada está a participação do viúvo nos bens particulares do finado eis que, com a meação que lhe cabe, assegurada está sua sobrevivência, objetivo do legislador ao criar a regra da concorrência”<sup>18</sup>.

Dessa forma, como bem resume o jurista José Francisco Cahali: “*não podemos aplaudir a exagerada casuística introduzida ao condicionar uma contingência fática – existência de bens particulares – à convocação do herdeiro*”<sup>19</sup>. De fato, meramente analisar contingência fática relativa à existência de bens particulares (ignorando a existência de bens comuns) não parece ser hipótese justa, que se coaduna com os ideais do legislador originário.

#### 1.4 Proporcionalidade

A presente teoria é a que melhor se enquadra dentro do princípio constitucional da proporcionalidade ao dividir o patrimônio em matéria sucessória. Nenhum outro regime divide de forma tão equilibrada o acervo hereditário diante das mais distintas hipóteses passíveis de incidência.

Se adotada a hipótese da incidência do direito do cônjuge sobre o patrimônio total ou apenas sobre o patrimônio comum, haveria desmesura e

---

<sup>17</sup> RODRIGUES, Lia Palazzo. Direito sucessório do cônjuge sobrevivente. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (org.). *Direito de Família, diversidade e multidisciplinaridade*. Porto Alegre: IBDFam, 2007, pg. 132.

<sup>18</sup> RODRIGUES, Lia Palazzo. Direito sucessório do cônjuge sobrevivente. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (org.). *Direito de Família, diversidade e multidisciplinaridade*. Porto Alegre: IBDFam, 2007, pg. 134.

<sup>19</sup> CAHALI, José Francisco. *Curso avançado de direito civil, volume 6: direito das sucessões / Francisco José Cahali, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; [coordenação Everaldo Augusto Cambler]*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pg. 214.

desproporção diante de situações muito semelhantes na hora da distribuição da herança, tornando-se praticamente aleatória a disposição legal. Evidencia-se com mais clareza esse entendimento diante de exemplos de situações hipotéticas.

#### **1.4.1 Aleatoriedade da Norma**

Faz-se um comparativo entre a teoria que prega que o cônjuge sobrevivente herda apenas sobre o patrimônio exclusivo, em contraste com a teoria que prega que o cônjuge herda sobre o patrimônio total, na seguinte situação hipotética: João e Maria são casados pelo regime da comunhão parcial de bens e possuem apenas um filho. João vem a falecer, deixando como herança (já após a meação) um patrimônio total de R\$ 500.002,00, sendo os R\$ 500.002,00 relativos somente ao patrimônio comum do *de cujos* (restando, portanto, R\$ 0 de patrimônio particular).

A cônjuge não herdaria nada e o filho herdaria integralmente os R\$ 500.002,00 segundo o entendimento de ambas teorias. Agora, suponha-se que, nessa mesma situação, o patrimônio total correspondesse a R\$ 500.000,00 equivalentes ao patrimônio comum e a R\$ 2,00 equivalentes ao patrimônio exclusivo do *de cujos*. A cônjuge, segundo a teoria de incidência da quota sobre o patrimônio total, passaria a ter direito a R\$ 250.001,00 de herança e o filho herdaria, também, os mesmos R\$ 250.001,00. Ou seja, pela mera diferença ínfima de R\$ 2,00 na origem do patrimônio, o cônjuge e o descendente passariam a herdar um patrimônio absurdamente diferente.

A mesma situação não ocorre na teoria que prega a incidência da quota apenas sobre o patrimônio exclusivo. Nesse mesmo cenário, usando a interpretação da presente teoria, o cônjuge teria direito à herança de R\$ 1,00, enquanto o filho teria direito à herança de R\$ 500.001,00 - agora sim, com a diferença da quota hereditária proporcional à movimentação dos R\$ 2,00 entre os patrimônios, retirando o caráter de aleatoriedade da lei<sup>20</sup>.

#### **1.4.2 Enunciado nº 270 do CJF**

---

<sup>20</sup> NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pgs. 186 e 187.

Foi em razão deste raciocínio, visando o resguardo da proporcionalidade, que o Conselho de Justiça Federal lançou seu enunciado nº 270:

"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" <sup>21</sup>.

### 1.5 Eficácia Normativa

A teoria que melhor cumpre a vontade legislativa da norma de proteger o cônjuge sobrevivente é a presente. Nas demais teorias - de incidência sobre o patrimônio total e de incidência apenas sobre o patrimônio comum -, por mais das vezes, criam-se cenários irrazoáveis e que não protegem o cônjuge diante das situações fáticas, não cumprindo, pois, com o papel proposto pelo dispositivo 1.829 do Código Civil.

Nesse sentido, expõe com clareza Zeno Veloso, demonstrando situação cotidiana em que o companheiro fica exposto à própria sorte - aonde se é possível fazer clara analogia à situação do cônjuge -, se utilizada a ponderação da incidência do direito de herança unicamente sobre o patrimônio comum:

"a companheira de muitos anos de um homem rico, que possuía vários bens na época em que iniciou o relacionamento afetivo, não herdará coisa alguma do companheiro se este não adquiriu outros bens durante o tempo da convivência. Ficará esta mulher - se for pobre - literalmente desamparada, mormente quando o falecido não cuidou de beneficiá-la em testamento" <sup>22</sup>.

Por outro lado, e em contrapartida, a hipótese de incidência do direito de herança sobre o patrimônio total também não se mostra – na grande maioria das

---

<sup>21</sup> Visitado em outubro de 2010: <http://www.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>

<sup>22</sup> VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; Pereira, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21, pg. 251.

situações – em alinhamento com a vontade legal. Afinal, exacerba o direito hereditário do cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens, a ponto de poder torná-lo mais favorável do que o próprio regime da comunhão universal, em termos sucessórios. Gerando, também, alusões ao enriquecimento ilícito, em virtude da desmesura de patrimônio adquirido pelo cônjuge supérstite em referida interpretação.

Por ser a opção menos prejudicial ao cônjuge diante das mais diversas situações, seria a presente teoria, de acordo com seus defensores, a melhor opção de interpretação do disposto em lei, auferindo a maior eficácia normativa possível ao mal redigido artigo 1.829.

## 1.6 Críticas

Apesar de ser a teoria que mais distribui com eqüidade o patrimônio entre os herdeiros do *de cujos* e a que, poderia se dizer, menos se mostra injusta ou desmedida na maioria das situações - não é por acaso que tem a maioria dos adeptos da doutrina - é, paradoxalmente, a teoria que mais recebe críticas sistêmicas, por atacar uma série de pressupostos legais e por ser contraditória com o texto e com os princípios da lei em uma elevada gama de situações excepcionais - vale lembrar que (em sua maioria) não são situações cotidianas, porém não deixam de ser inúmeras as situações de menor freqüência e ocorrência.

As críticas mais conhecidas - que serão mais bem detalhadas nos capítulos seguintes - poderiam se agrupar em: inferência da delimitação do direito de herança do cônjuge sobrevivente - em razão da lei ser silente a respeito da quota incidente do direito hereditário; ofensa ao dispositivo legal que preceitua a indivisibilidade da herança (art. 1.791 do Código Civil); ofensa à reserva de um quarto do acervo hereditário em caso de ascendência comum aos descendentes herdeiros (art. 1.832 do Código Civil); desrespeito à quota legitimária do cônjuge como herdeiro necessário; formação de enriquecimento sem causa; desfiguração da natureza jurídica do regime da comunhão parcial de bens; desapego do patrimônio aos vínculos de parentalidade; inconstitucionalidades; entre outras acusações.

### 1.6.1 Contradições Normativas

Quase todas as acusações que apontam contradições com os princípios e normas apregoados pelo próprio Código Civil, são rebatidos pelos defensores da presente teoria em virtude de seu caráter excepcional. A origem dessa excepcionalidade é oriunda de um erro cometido pelo legislador na própria origem do dispositivo legal, ao nomear o direito de suposta "concorrência" do cônjuge com descendentes e ascendentes.

A utilização do vocábulo "concorrência" se mostra inadequada, já que a "concorrência" representa o concurso entre pessoas diferentes que possuam direitos iguais<sup>23</sup>, situação que não se verifica na disputa entre cônjuge e descendente e entre cônjuge e ascendente - vide as inúmeras situações em que estes herdaram quinhões desiguais. Tendo em vista que a norma, em sua própria pré-disposição, já possui vício irremediável, justifica-se a incongruência apresentada por sua interpretação com outros ditames legais.

Sendo assim, permite-se, pelo mesmo raciocínio, o não enquadramento desta regra ao preceito geral, gerando uma exceção, que justifica a incidência da quota hereditária do cônjuge apenas sobre o patrimônio exclusivo. Ainda que tal situação gere aparente conflito com demais dispositivos do Código Civil, que na verdade é gerado por vícios oriundos do próprio dispositivo legal, e não pela divisão menos injusta de patrimônio, que cumpre a vontade do legislador originário<sup>24</sup>.

### 1.6.2 Enriquecimento sem Causa

Com relação à crítica da formação de enriquecimento ilícito, parte da doutrina explica que a razão para a disparidade (no regime da comunhão parcial) entre a dissolução do vínculo matrimonial por meio do divórcio (aonde a divorciada logra direito apenas sobre a meação do patrimônio comum) e a dissolução do vínculo matrimonial por meio da morte (aonde a viúva logra direito sobre a meação do patrimônio comum e sobre a herança do patrimônio exclusivo) estaria justificada

---

<sup>23</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. São Paulo: Forense, 1961, pg. 383.

<sup>24</sup> RODRIGUES, Lia Palazzo. Direito sucessório do cônjuge sobrevivente. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (org.). *Direito de Família, diversidade e multidisciplinaridade*. Porto Alegre: IBDFam, 2007, pgs. 127 a 129.

como um "prêmio" pela permanência da viúva ao lado do cônjuge até o fim de sua vida<sup>25</sup>.

Entretanto, os críticos desse entendimento muito bem relembram que tal "prêmio" seria injustificado, mormente em relação à manutenção do direito de herança diante de separação de fato a prazo menor de dois anos – ou até mesmo mais de dois anos, quando não houver prova em contrário de que a culpa da separação não foi do cônjuge sobrevivente –, em que o separado ganharia o "prêmio" de igual forma, mesmo não tendo ficado do lado do *de cujos* até o fim de sua vida, tornando inócua esta justificativa<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> RODRIGUES, Lia Palazzo. Direito sucessório do cônjuge sobrevivente. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (org.). *Direito de Família, diversidade e multidisciplinaridade*. Porto Alegre: IBDFam, 2007, pg. 133.

<sup>26</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pg. 162.

## CAPÍTULO II

### HIPÓTESE DE SUCESSÃO SOBRE O PATRIMÔNIO TOTAL

Segundo o entendimento desta teoria, o cônjuge sobrevivente teria o direito de herdar sobre o patrimônio total representado na herança. Esta interpretação é sustentada pelos autores: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Inácio de Carvalho Neto, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Helena Diniz e Mario Roberto Carvalho de Faria<sup>27</sup>. Ainda, o autor Carlos Roberto Gonçalves<sup>28</sup>.

#### 2.1 A Leitura do Artigo 1.829

A interpretação do artigo 1.829, dentro desta teoria, é idêntica à concepção da quase totalidade dos doutrinadores do direito de família, sendo a exceção mais conhecida e crítica a essa linha interpretativa a opinião da jurista Maria Berenice Dias, que será analisada adiante.

Entende-se, pois, que o artigo 1.829, em seu inciso I, estabelece três exceções ao grupo de herdeiros necessários e concorrentes protegidos pela lei, quais sejam: 1) o cônjuge sobrevivente casado no regime da comunhão universal de bens; 2) o cônjuge sobrevivente casado no regime da separação obrigatória de bens; e 3) o cônjuge sobrevivente casado no regime da comunhão parcial de bens, caso o autor da herança não haja deixado bens particulares.

Ou seja, compreende que o cônjuge supérstite casado no regime da comunhão parcial somente herdará em concorrência com os descendentes se cumprir o requisito legal especial, qual seja, o do *de cujos* ter deixado bens

---

<sup>27</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; Parte especial. Do direito das sucessões. Arts. 1.784 a 1.856. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, pg. 226.

<sup>28</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. O Novo Código Civil – Sucessões – A Nova Ordem da Vocação Hereditária. IN: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça, nº57, out./dez. de 2003, pg. 47.

particulares no acervo hereditário<sup>29</sup>. Portanto, havendo o *de cujos* deixado bens particulares como herança, o cônjuge sobrevivente será herdeiro; não havendo o *de cujos* deixado bens particulares como herança, o cônjuge sobrevivente não será herdeiro.

### 2.1.1 Incidência

A viúva que era casada no regime da comunhão parcial de bens com o seu cônjuge falecido, que deixou no acervo hereditário bens particulares, preenche tanto os requisitos legais gerais (ausência de separação extrajudicial ou judicial ou de separação de fato há mais de dois anos), quanto os requisitos legais especiais (regime de comunhão parcial, havendo bens particulares do falecido; regime de separação convencional; ou de participação final nos aquestos). Portanto, segundo a lei, a viúva é herdeira necessária e concorrente. Entretanto, *terá a sua quota considerando-se todo o acervo hereditário ou apenas os bens particulares do falecido* – questiona-se Maria Helena Diniz<sup>30</sup>.

A presente teoria considera que a viúva logrará direito sobre todo o acervo hereditário. Isso porque não há prescrição específica na lei que estabeleça sobre qual quota específica recai o direito de herança do cônjuge supérstite. “*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus: onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir*”, palavras de Luiz Paulo Vieira de Carvalho ao justificar a incidência do direito de herança sobre o patrimônio total<sup>31</sup>. “*Não tendo o legislador especificado se o direito à herança incide somente sobre os bens particulares, entendemos que o cônjuge herdará tanto os bens particulares quanto os aquestos*”, palavras de Mario Roberto Carvalho de Faria<sup>32</sup>.

Dessa forma, tendo em vista o silêncio da lei, subentende-se que não há delimitação da quota e que o direito incidiria, portanto, sobre todo o acervo hereditário. Esse entendimento, inclusive, é corolário dos mais primórdios princípios

---

<sup>29</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 6: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2009, pgs. 123 e 124.

<sup>30</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 6: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 126.

<sup>31</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. O Novo Código Civil – Sucessões – A Nova Ordem da Vocação Hereditária. IN: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça, nº57, out./dez. de 2003, pg 47.

<sup>32</sup> FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pg. 94.

da própria teoria geral do direito: "*o que não é proibido, é permitido*". Ou seja, o que não é delimitado, não possui delimitação.

Como bem resume José Francisco Cahali, ao versar sobre o tema do direito de incidência:

“Talvez a intenção do legislador tenha sido dar ao cônjuge uma participação sucessória sobre os bens nos quais não terá meação pelo regime de bens adotado no casamento”.

“Porém, como apresentado no texto, sem referência a esta incidência da herança apenas sobre o acervo individual, temos para nós que a regra estabelece um critério de convocação, se preenchidos os seus requisitos, para concorrer na universalidade do acervo. Aliás, entendimento diverso levaria a uma significativa vantagem à sucessão decorrente da união estável, pois nesta se defere ao viúvo o quinhão sobre os bens já integrantes de eventual meação. E, na maioria das vezes, a parcela significativa do acervo hereditário forma-se exatamente na constância do casamento ou da união”.

“Convocado o cônjuge, terá direito a uma parcela sobre toda a herança, inclusive recaindo o seu quinhão também sobre bens nos quais eventualmente já possui meação”<sup>33</sup>.

### 2.1.2 Condicionante

A existência dos bens particulares é mera condição ou requisito legal para que o cônjuge sobrevivente (casado sob o regime da comunhão parcial) tenha capacidade para herdar, podendo concorrer como herdeiro com os descendentes e ascendentes, pois a lei o convoca à sucessão legítima<sup>34</sup>. Ou seja, o requisito funciona como um mero condicional que em nada se relaciona com a delimitação da quota sob a qual o cônjuge sobrevivente possui direito.

Do contrário, caso não fosse entendida a previsão legal como uma mera condicionante, alguns autores argumentam que a vontade da norma ficaria comprometida, pois (na maioria das situações) a maior parte do acervo hereditário é adquirida durante a convivência, como explana José Francisco Cahali:

---

<sup>33</sup> CAHALI, José Francisco. *Curso avançado de direito civil, volume 6: direito das sucessões* / Francisco José Cahali, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; [coordenação Everaldo Augusto Cambler], São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pg. 213.

<sup>34</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 6: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 126.

“Diversamente a esta conclusão, porém, talvez a tendência seja considerar a regra como estabelecendo um direito sucessório do cônjuge apenas sobre os bens particulares. Para nós a interpretação nesta linha causa expressiva desvantagem ao cônjuge em cotejo com o companheiro sobrevivente, pois este, como se verá, recebe quinhão sobre os bens adquiridos a título oneroso durante a união, sem prejuízo de sua meação; e, na maioria das situações, a realidade tem nos mostrado que o maior acervo hereditário é conquistado na constância da convivência”<sup>35</sup>.

## 2.2 Princípio da Operabilidade

A presente teoria é a única que se coaduna com o princípio da operabilidade, tornando mais fácil e compreensível o cálculo para a partilha da parte cabível a cada herdeiro<sup>36</sup>.

Elucida a respeito da operabilidade a jurista Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, ao relevar os pontos negativos da hipótese de incidência apenas sobre o patrimônio exclusivo:

“Penso que o maior problema com relação a esta regra esteja no fato de que, passados anos e anos de casamento, seja muito difícil resgatar, em alguns casos, quais os bens do acervo patrimonial do falecido, mormente os bens que não sejam imóveis, que se integram na categoria dos particulares, passíveis de serem divididos, hereditariamente, entre os descendentes, por exemplo, e o cônjuge sobrevivente”.

“O inventário se transformará num complicador enorme, capaz de gerar um infinito tumulto processual, para o efeito de se buscar investigar quais são os bens situados nessa categoria”.

“A necessidade de se escandir os bens das diferentes categorias abrirá um favorável caminho de inúmeras possibilidades de entraves processuais e tumultos desconfortantes. Já não bastasse o quanto é verdadeiro o fato de que o direito sucessório é o grande responsável pela dissolução de laços de afeto ou de respeito nas famílias...”

---

<sup>35</sup> CAHALI, José Francisco. *Curso avançado de direito civil, volume 6: direito das sucessões* / Francisco José Cahali, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; [coordenação Everaldo Augusto Cambler], São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pg. 214.

<sup>36</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 6: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 126.

parece organizar o legislador da nova Lei Civil mais um fértil campo a ensejar discórdias e divergências”<sup>37</sup>.

## 2.3 Indivisibilidade da Herança

O direito dos co-herdeiros quanto à propriedade da herança é indivisível até a partilha e a herança será deferida como um "todo unitário", ainda que vários sejam seus herdeiros - conforme preceitua o art. 1.791, parágrafo único<sup>38</sup>. Visualiza-se que a letra da lei é clara ao decretar o caráter indivisível do direito de herança, o que impossibilitaria - sob o risco do próprio Código Civil cair em contradição - dividir o direito sucessório do cônjuge supérstite, delimitando a incidência de sua quota hereditária apenas sobre a parcela do patrimônio exclusivo representada no acervo póstumo do *de cujos*.

### 2.3.1 Reserva de Um Quarto

O Código Civil, vergado no princípio da indivisibilidade da herança, ainda dispõe demais determinações a respeito da divisão do “todo unitário” referente ao acervo sucessório.

Em seu artigo 1.832, o novo Código preceitua que o viúvo ascendente dos herdeiros (descendentes do *de cujos*) não poderá ter sua quota inferior a um quarto da herança<sup>39</sup>. Novamente, se não for computado o direito de herança do cônjuge supérstite sobre todo o acervo hereditário, o Código Civil se torna passível de quedar em contradição. Afinal, como se reservaria ao cônjuge (que seja ascendente comum dos descendentes do *de cujos*) um quarto do total da herança, no momento em que se divide o seu direito sucessório, limitando-o apenas à quota relativa ao patrimônio exclusivo ou comum?

---

<sup>37</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFam, n. 12, jan-fev-mar/2002, pg. 73.

<sup>38</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 6: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 126.

<sup>39</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 6: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 126.

Seriam inúmeros os casos em que haveria uma impossibilidade matemática do viúvo herdar quota não inferior a um quarto do total da herança, por se tratar a parte relativa ao patrimônio exclusivo menor do que a parcela do patrimônio comum – sendo a recíproca verdadeira, na hipótese de delimitação do direito sob o patrimônio comum. Em todos estes casos a lei se tornaria ineficaz, se considerado o entendimento da maioria da doutrina sobre o direito de herança do cônjuge – ou o entendimento da jurista Maria Berenice Dias, que será analisado adiante.

## 2.4 Herdeiro Necessário

O cônjuge supérstite foi colocado como herdeiro necessário no novo Código Civil - artigos 1.845 e 1.846 - e possui a sua respectiva quota legitimária que deve ser respeitada na mesma proporção que a dos demais herdeiros necessários (descendentes e ascendentes)<sup>40</sup>. Mais uma vez, se houver delimitação do direito de herança do cônjuge, corre-se o risco do referido dispositivo do Código Civil não ser respeitado.

Sobre situação hipotética, em que dispõe com clareza matemática a respeito do possível desrespeito à quota legitimária do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário, expõe a jurista Maria Helena Diniz:

“Se o cônjuge é herdeiro necessário, concorrerá com os descendentes na totalidade da herança do *de cuius*, ou no mínimo em 50% da herança, se o *de cuius* dispôs, de sua parte disponível, em testamento. Se o casal, casado sob o regime da comunhão parcial, tinha em comum R\$ 500.000,00, R\$ 250.000,00 seriam a meação de cada um, retirando o viúvo a sua parte. Logo a herança será constituída de R\$ 250.000,00 (antiga meação do *de cuius*) e R\$ 200.000,00 (bens particulares do falecido). Desses R\$ 450.000,00, a legítima dos herdeiros necessários (descendentes ou cônjuge) será de R\$ 225.000,00. Havendo testamento, o viúvo concorrerá, no mínimo, com os descendentes do *de cuius* nesses R\$ 225.000,00, e, não havendo deixo testamentária, em R\$ 450.000,00. A quota indisponível é deferida aos herdeiros necessários (sucessores

---

<sup>40</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 6: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 126.

legitimários), que terão sobre ela quinhão igual, que constituirá a legítima individual”<sup>41</sup>.

Ou seja, se fosse "confiscado" do direito do cônjuge a parcela corresponde ao patrimônio exclusivo (ou comum) do *de cujos*, não iria se auferir a quota legitimária correta relativa ao seu direito como herdeiro necessário, privilegiando-se os descendentes ou ascendentes do falecido, em detrimento do cônjuge, sem qualquer justificativa com embasamento legal para tanto. Esta é uma das várias distorções lógicas que o sistema criou que impedem a delimitação da quota de herança do cônjuge supérstite.

## 2.5 Meação

Poderia se dizer que a "meação" e o "direito de herança" funcionam como contrapesos na hora de estabelecer a expectativa de direito sobre determinado patrimônio, na visão da grande maioria dos doutrinadores. Esse equilíbrio sempre foi levado em conta, tanto no ordenamento pátrio, como nos demais ordenamentos ao redor do mundo. O instituto da concorrência era um projeto de longa data no ordenamento brasileiro – como demonstram registros do posicionamento inovador de Clóvis Beviláqua, datados de 1899, no seu Projeto primitivo do Código Civil<sup>42</sup>.

A principal razão para o seu advento no Código de 2002 foi a de garantir melhores condições financeiras ao cônjuge, em razão da mudança do regime legal de bens, que estabeleceu como novo regime a comunhão parcial (em detrimento da antiga comunhão universal)<sup>43</sup>. Dessa forma, o cônjuge que possuía direito à meação do patrimônio total do *de cujos* no Código anterior, passou a ter como direito a meação apenas sobre o patrimônio comum - que poderia ser ínfimo, não garantindo a subsistência do cônjuge. Sendo assim, não se fazia necessário o direito de

---

<sup>41</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 6: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2009, pgs. 126 e 127.

<sup>42</sup> VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Pg. 246.

<sup>43</sup> REALE, Miguel. O cônjuge no novo Código Civil. *O Estado de São Paulo*, São Paulo-SP, 12 abr. 2003, pg. 2.

herança do cônjuge no antigo regime, mas nesse se faz para preservar sua sustentabilidade.

Dessa forma, é preciso manter em mente este raciocínio para que se obtenha a devida proporção ao se tentar estabelecer uma base de cálculo para a lei atual.

Sobre a correta interpretação deste sistema, na visão da presente teoria, explana a jurista Maria Helena Diniz:

"a meação se fará sempre que o vínculo conjugal for desfeito, cessando a comunhão e o condomínio. O viúvo terá direito à sua metade do patrimônio comum. Os bens que integravam "a antiga meação" do *de cujus*, pelo direito de família, passam, agora, a fazer parte do acervo hereditário, juntamente com os bens particulares, formando um todo unitário, imediatamente transmitido, no instante do óbito, aos herdeiros, conforme as normas de direito sucessório. Este todo patrimonial (metade dos bens comuns, patrimônio particular do *de cujus*, débitos e créditos) constitui a herança (universalidade dos bens). Fácil é perceber que meação e herança são institutos diversos, um é regido pelo direito de família e o outro pelo das sucessões"<sup>44</sup>.

Portanto, apesar de haver um contrabalanço histórico entre meação e herança – que foi responsável direto pela própria adesão do instituto da concorrência e da classificação do cônjuge como herdeiro necessário –, ressalta-se que há incomunicabilidade entre os institutos da meação e de herança, não havendo qualquer disposição legal em contrário. Sendo, portanto, absolutamente possível a sua aparente "intercomunicação" que, na verdade, nunca ocorre, por se manifestarem tanto em momentos jurídicos diferentes, como em representações jurídicas também distintas.

## 2.6 Críticas

Duas são as principais críticas que refutam o acolhimento da presente teoria: a disparidade que o regime da comunhão parcial de bens passa a ter com a comunhão universal no âmbito sucessório e a excessividade do direito do cônjuge

---

<sup>44</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 6: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 127.

ao poder mear e herdar sobre o patrimônio comum, além do direito de herança já resguardado sobre o patrimônio exclusivo.

### 2.6.1 Disparidade com a Comunhão Universal

A maior crítica em torno dessa teoria seria a de que, caso fosse concretizada a sua aplicação, o regime da comunhão parcial de bens passaria a ser (em diversas situações) um regime mais vantajoso em termos sucessórios do que a própria comunhão universal. O que, claramente, desvirtuaria da natureza tanto do ordenamento jurídico, quanto da vontade dos cônjuges na hora da escolha do pacto de bens.

O raciocínio é simples. Em um patrimônio de R\$ 1.000.000,00, aonde R\$ 500.000,00 correspondem ao patrimônio exclusivo do marido e R\$ 500.000,00 ao patrimônio comum que possui com sua esposa, evidenciam-se as seguintes situações caso o marido venha a falecer e caso eles sejam, na hipótese “A”, casados sobre o regime da comunhão universal; e, na hipótese “B”, casados sobre o regime da comunhão parcial.

Na hipótese “A”, como a viúva é casada no regime da comunhão universal, não possui direito à herança segundo a lei (afinal, já mea sobre todo o patrimônio do *de cujos*). Viria a ficar, portanto, com metade do patrimônio total, que era de R\$ 1.000.000,00, restando R\$ 500.000,00 em sua conta após a morte do marido.

Na hipótese “B”, como a viúva é casada no regime da comunhão parcial e o falecido marido deixou patrimônio exclusivo no acervo hereditário, a lei garante o seu direito de herdeira necessária e concorrente. A título de meação, ela possui direito sobre metade do patrimônio comum (R\$ 500.000,00), ganhando R\$ 250.000,00. Restariam os R\$ 500.000,00 do patrimônio exclusivo que seriam somados aos R\$ 250.000,00 restantes que constituem a meação do *de cujos* para que se auferisse o valor do patrimônio total a ser dividido entre os herdeiros, que seria o equivalente a R\$ 750.000,00. Se o casal tivesse apenas um filho, a viúva herdaria R\$ 375.000,00 de herança (oriundos da metade dos R\$ 750.000,00 do patrimônio total) que, somados aos seus R\$ 250.000,00 da meação, aufeririam um total de R\$ 625.000,00 – R\$ 125.000,00 a mais do que na hipótese do casamento em comunhão universal. Ainda, se o casal tivesse dois filhos, a viúva herdaria R\$

250.000,00 (oriundos de um terço dos R\$ 750.000,00 do patrimônio total) a título de herança, somados aos R\$ 250.000,00 já auferidos pela meação, constituindo um patrimônio final de R\$ 500.000,00 – idêntico ao patrimônio recebido na hipótese “A”, em que o casal era casado sob o regime da comunhão universal de bens.

Essa disparidade desvirtua, de forma flagrante, a verdadeira natureza dos regimes de bem, gerando completa frustração à vontade dos nubentes e à vontade do próprio legislador.

### **2.6.2 Meação Cumulada à Herança**

Persiste a crítica sobre o entendimento de que é desarrazoado que o cônjuge venha a mear sobre o patrimônio comum e, em um segundo momento, ainda venha a herdar sobre este mesmo patrimônio. Vislumbra-se que é excessiva a ressalva de direitos ao cônjuge por meio deste entendimento.

Desvirtua do entendimento do legislador originário, que usava esse critério de razoabilidade – se já possui direito à meação sobre o patrimônio, não há necessidade de possuir também o direito de herança sobre o mesmo – para caracterizar a figura do herdeiro e do meeiro. Justamente, mudou-se o entendimento do Código em razão do cônjuge, no regime legal de bens, ter pedido o direito à meação sobre o patrimônio exclusivo do *de cujos*, auferindo-lhe, então, o direito de herança sobre este – embora muito mal redigida a pretensão do legislador, gerando toda a controvérsia explanada em torno do artigo.

Explana, com clareza, o desenvolvimento desta crítica, o jurista Zeno Veloso, ao versar sobre o contrapeso da meação e da herança:

“Penso que 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 artigo 1.829, I, imprime uma exceção, e, como tal, deve receber interpretação restritiva. Por último, o entendimento que sufraga, resguarda e melhor ampara os direitos dos descendentes”<sup>45</sup>.

No mesmo sentido, Eduardo Oliveira Leite faz sua ressalva a favor do entendimento majoritário da doutrina:

---

<sup>45</sup> VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2003. v. 21, pg. 612.

"ao excetuar os três regimes (comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens e separação obrigatória de bens), o legislador só abriu a possibilidade, efetivamente, do cônjuge sobrevivente concorrer como herdeiro necessário, com os descendentes, quando o autor da herança houver deixado bens particulares, no regime de comunhão parcial, pois, nos demais casos, o cônjuge será meeiro ou simplesmente retomará a sua massa de bens particulares" <sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro, Forense, 2003, pg. 213.

## CAPÍTULO III

### HIPÓTESE DE SUCESSÃO APENAS SOBRE O PATRIMÔNIO COMUM

Segundo o entendimento desta teoria, o cônjuge sobrevivente teria o direito de herdar apenas sobre a parcela de herança relativa ao patrimônio comum (ou seja, sobre a meação do *de cujos*). Esta interpretação é sustentada por uma única autora, a jurista Maria Berenice Dias<sup>47</sup>.

#### 3.1 Crítica Preliminar à Concorrência Sucessória

A defensora desta teoria acredita - e neste entendimento não está sozinha - que o protecionismo ao cônjuge foi excessivo no novo Código Civil. Equiparar descendentes e cônjuges por meio do instituto da concorrência teria sido uma decisão na contramão da realidade social moderna, aonde o instituto do casamento perdeu a sua sacralidade. Dizer que, hoje, cônjuges e descendentes ocupam um lugar similar de afeição é controverso. Ainda mais quando, justamente, a "afeição" e a "proximidade" em vida são os principais critérios que deveriam estabelecer a vocação hereditária<sup>48</sup>.

Na seita de criticar o mecanismo da concorrência, faz críticas também ao atual entendimento de que o cônjuge herdaria justamente sobre o patrimônio exclusivo do *de cujos*:

“Nada justifica privilegiar o cônjuge e o companheiro em detrimento dos filhos do falecido. Ora, assegurar-lhes parcela do patrimônio que caberia aos filhos com exclusividade, só pode gerar resistências, dificultando a aceitação das novas relações de afeto dos pais. Até porque, os bens recebidos a título de concorrência sucessória nunca

---

<sup>47</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; Parte especial. Do direito das sucessões. Arts. 1.784 a 1.856. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, pg. 226.

<sup>48</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pgs. 139 e 140.

voltam aos herdeiros do titular do patrimônio, isto é, aos filhos do marido ou companheiro falecido. O mais engraçado é que tal situação é imposta pela lei sem dar chance aos cônjuges e companheiros de optarem de forma diferente. O instituto anula a autonomia do casal. A garantia de liberdade de escolha, que dá o contorno à família, corre o risco de ver-se ferida. O instituto da concorrência coloca no mesmo plano duas gerações, como equiparando seu status afetivo, igualando-as como concorrentes, além de desconsiderar o significado simbólico da construção patrimonial”<sup>49</sup>.

É justamente em cima da crítica ao direito de herdar sobre a parcela do patrimônio exclusivo do *de cujos* que se sustenta a presente tese. Esta representa, na verdade, uma maneira de contornar parcialmente a incongruência criada pelo legislador, da forma menos lesiva<sup>50</sup>. Não tem como objetivo refutar o entendimento da origem histórica que contrapõe as incidências entre a "meação" e o "direito de herança". Todavia, como critica fortemente as possibilidades criadas pela nova lei – as quais a autora acredita que não vieram a ser percebidas pelos legisladores, assim como não eram sequer cogitadas nas origens do projeto, em função de sua elaboração já longínqua – escolhe interpretar o artigo por essa vertente – afinal, graças ao seu caráter ambíguo, o artigo abre esta possibilidade de interpretação.

### 3.2 A Leitura do Artigo 1.829

Visando sustentar o entendimento de que o cônjuge deveria herdar somente sobre a parcela do patrimônio comum do *de cujos*, a seguinte possibilidade de leitura – sustentada nos parágrafos que seguem – deveria ser feita sobre o artigo 1.829.

É certo que o início do inciso I estabelece a concorrência entre descendentes e cônjuges como regra ("*Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente...*") e, em seguida, ressalva duas exceções à regra ("*..., salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou na da separação*

---

<sup>49</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pg. 140.

<sup>50</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pg. 143.

*obrigatória de bens...*"), ou seja, estão excluídos da sucessão em concorrência com os descendentes os cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens e no regime da separação obrigatória de bens. Após elencar estas duas exceções, utiliza o sinal de pontuação "ponto-e-vírgula", que tem por finalidade estabelecer um seccionamento entre duas idéias, *finalizando* o rol de exceções elencadas no artigo (por meio da expressão "*salvo se*") e dando início a uma nova determinação, que não é mais uma exceção, pois está livre da condicional "*salvo se*" que só remete à oração antes da partícula "ponto-e-vírgula".

Ou seja, a parte final da norma apenas regula o direito concorrente quando o regime é o da comunhão parcial de bens ("*ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares*"). Sendo assim, no regime da comunhão parcial há a concorrência "*se*" o autor da herança não houver deixado bens particulares. *A contrario sensu*, se deixou bens exclusivos, o cônjuge não concorrerá com os descendentes<sup>51</sup>. Ou seja, o cônjuge só poderá concorrer sobre a parcela da herança referente patrimônio comum do *de cujos*.

### 3.2.1 Incidência

Depreender-se-ia a seguinte leitura final do artigo supracitado: "a sucessão legítima defere-se ...aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, (...) *se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares*"<sup>52</sup>. Sendo assim, exclusivamente no caso de não haver bens particulares é que o cônjuge concorre com os herdeiros.

Resume, com clareza, a interpretação adequada da norma segundo o seu ponto de vista, a jurista Maria Berenice Dias:

"Não se pode olvidar que a regra é a concorrência. Esse direito se sujeita a exceções, limitações de caráter restritivo. O legislador identifica as hipóteses em que o direito é afastado: (1) no regime da comunhão universal de bens e (2) no regime da separação obrigatória. No regime da comunhão parcial, a lei aponta a hipótese em que o direito é assegurado (3): quando houver bens particulares. A ressalva última decorre da duplicidade de situações que este regime contém (existência ou não de bens exclusivos), o que impõe

<sup>51</sup> DIAS, Maria Berenice. *Ponto-e-vírgula*, visitado em agosto de 2010: [http://mariaberenice.com.br/uploads/1\\_-\\_ponto\\_e\\_v%EDrgula.pdf](http://mariaberenice.com.br/uploads/1_-_ponto_e_v%EDrgula.pdf), pgs. 1 e 2.

<sup>52</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pg. 160.

tratamento diferenciado a cada modalidade. Em respeito à natureza mesma do regime legal, o direito à concorrência só pode ser deferido se não houver bens particulares no acervo hereditário”<sup>53</sup>.

Ainda, esboça a seguinte conclusão sobre o tema, a jurista Maria Berenice Dias:

"Outra não pode ser a leitura deste artigo. Não há como “transportar” para o momento em que é tratado o regime da comunhão parcial a expressão “salvo se” utilizada exclusivamente para excluir a concorrência nas duas primeiras modalidades: no regime da comunhão e no da separação legal. Não existe dupla negativa no dispositivo legal, pois na parte final – após o ponto-e-vírgula – passa a lei a tratar de hipótese diversa, ou seja, o regime da comunhão parcial, oportunidade em que é feita a distinção quanto à existência ou não de bens particulares. Essa diferenciação nem cabe nos regimes antecedentes, daí a divisão levada a efeito por meio do ponto-e-vírgula”<sup>54</sup>.

### 3.2.2 Incongruências

Esclarece-se que, se a intenção do legislador era a de excluir do direito de concorrência o cônjuge quando este recebesse a meação, a exceção do artigo deveria ter levado em conta a existência ou não de *bens comuns* (que estão diretamente vinculados à meação), e não a existência de *bens particulares*, como o fez. Já que o direito de concorrência visa preservar o cônjuge para que ele não fique sem meios de sobreviver, deveria, então, ter assegurado o direito em todas as hipóteses em que ele nada iria receber, ou por não existirem bens comuns, ou porque, a depender do regime de bens, o cônjuge não faz jus à meação<sup>55</sup>.

### 3.3 Enriquecimento sem Causa

---

<sup>53</sup> DIAS, Maria Berenice. *Ponto final*, visitado em agosto de 2010: [http://mariaberenice.com.br/uploads/2\\_-\\_ponto\\_final.pdf](http://mariaberenice.com.br/uploads/2_-_ponto_final.pdf), pg. 2.

<sup>54</sup> DIAS, Maria Berenice. *Ponto-e-vírgula*, visitado em agosto de 2010: [http://mariaberenice.com.br/uploads/1\\_-\\_ponto\\_e\\_v%EDrgula.pdf](http://mariaberenice.com.br/uploads/1_-_ponto_e_v%EDrgula.pdf), pg. 2.

<sup>55</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pg. 158.

A interpretação da presente teoria a cerca do artigo 1.829 é reforçada, pois, quando o *de cujos* casado no regime da comunhão parcial não deixou bens particulares, significa que todo o patrimônio que ele adquiriu durante a vida foi na constância do casamento, com a presumida mútua colaboração com seu cônjuge, tornando razoável a idéia de que o cônjuge sobrevivente, além do direito à meação, lograsse o direito de concorrer com os filhos pela herança.

Já, quando há bens amealhados antes do casamento, nada justifica que o cônjuge supérstite participe deste acervo, entendimento este que sequer se coadunaria com a natureza da própria comunhão parcial<sup>56</sup>. Geraria, dessa forma, enriquecimento ilícito do cônjuge sobrevivente, já que este vem a ganhar bens sem que tenha colaborado na sua formação e sem que tenha havido sequer manifestação de vontade nesse sentido, quer seja por meio do pacto antenupcial, quer seja por meio do testamento<sup>57</sup>.

### 3.3.1 Extinção da Sociedade Conjugal

Quando o casamento, no regime da comunhão parcial, tem a sua sociedade conjugal extinta pelo divórcio, são partilhados apenas os bens comuns meio-a-meio (a título de meação), enquanto cada um dos cônjuges fica com seus respectivos bens particulares. Porém, se a sociedade conjugal é extinta pela morte de um dos cônjuges, este logrará direito à metade dos bens comuns (a título de meação) e terá o direito de concorrer com os descendentes e ascendentes pela herança sobre os bens particulares.

Ou seja, recebe *causa mortis* aquilo que não receberia com a extinção *inter vivos* da sociedade conjugal<sup>58</sup>. Neste exemplo se denota com clareza como se desvirtua a natureza do regime da comunhão parcial de bens com a interpretação majoritária da regra sucessória.

A idéia do enriquecimento sem causa é muito presente na teoria formulada pelos adeptos que entendem que o cônjuge teria direito de herdar apenas

<sup>56</sup> DIAS, Maria Berenice. *Ponto-e-vírgula*, visitado em agosto de 2010: [http://mariaberenice.com.br/uploads/1\\_-\\_ponto\\_e\\_v%EDrgula.pdf](http://mariaberenice.com.br/uploads/1_-_ponto_e_v%EDrgula.pdf), pg. 2.

<sup>57</sup> DIAS, Maria Berenice. *O inc. I do art. 1.829 do CC: algumas interrogações*, visitado em agosto de 2010: [http://mariaberenice.com.br/uploads/5\\_-\\_o\\_inc\\_i\\_do\\_art.\\_1.829\\_do\\_cc\\_algumas\\_interroga%E7%F5es.pdf](http://mariaberenice.com.br/uploads/5_-_o_inc_i_do_art._1.829_do_cc_algumas_interroga%E7%F5es.pdf), pg. 2.

<sup>58</sup> RODRIGUES, Lia Pallazzo. Direito sucessório do cônjuge sobrevivente. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (org.). *Direito de Família, diversidade e multidisciplinariedade*. Porto Alegre: IBDFam, 2007, pgs. 126 e 127.

sobre o patrimônio exclusivo. Afinal, tendo em vista o argumento de que possui tratamento diferente a dissolução da sociedade conjugal por meio do divórcio e por meio da sucessão, o legislador teria, então, conferido ao cônjuge sobrevivente um "prêmio", um benefício, uma vantagem, por ter permanecido casado até a dissolução da sociedade conjugal pela morte do outro. O que seria, de forma clara, manifestamente ilegal.

Além do que, na verdade, para se auferir o "prêmio", o cônjuge sobrevivente sequer precisaria manter uma vida em comum com o *de cujos*, afinal a referida "premiação" é assegurada mesmo depois da separação de fato - até dois anos, ou mesmo por mais de dois anos se não houver culpa do cônjuge sobrevivente pela separação<sup>59</sup>.

### 3.4 Natureza Jurídica

Entendimento diverso ao da presente teoria subverte o próprio regime de bens eleito pelas partes. Os nubentes, quando optam pelo regime da comunhão parcial - ao não firmarem o pacto antenupcial - querem garantir a propriedade exclusiva dos bens havidos antes do casamento e dos recebidos por doação ou herança, dividindo somente o patrimônio adquirido durante a vida em comum. Sendo assim, é evidente que quando a sociedade conjugal se dissolve, os cônjuges desejam que os bens sejam partilhados desta maneira. Como se refere a velha expressão: "*o que é meu, é meu; o que é teu, é teu; o que é nosso, metade é de cada um*"<sup>60</sup>. Do contrário, está desvirtuada a própria natureza do regime da comunhão parcial de bens.

Defende, com clareza, esse entendimento formulado por Lia Palazzo Rodrigues, a jurista Maria Berenice Dias:

"Quando da dissolução da sociedade conjugal, os cônjuges desejam que os bens sejam partilhados desta maneira: cada um fica com seus bens particulares e divide-se o patrimônio adquirido durante a

---

<sup>59</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pg. 162.

<sup>60</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pg. 161.

vida em comum. O fato de o casamento ultimar por separação, divórcio ou morte não pode permitir que a partição seja feita de forma diversa da eleita pelas partes. Aliás, essa foi a preocupação do legislador em fazer a ressalva em sede sucessória, para que se respeitasse a característica do regime de separação de bens: comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento (art. 1.658), excluindo-se da comunhão os bens 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 (inc. I do art. 1.659)" <sup>61</sup>.

Ainda na esteira da natureza jurídica do regime da comunhão parcial de bens, impede-se ressaltar o argumento de que, no entendimento majoritário da doutrina atual, o cônjuge supérstite receberia *causa mortis* (além da meação, parte da herança referente ao patrimônio exclusivo) aquilo que não recebe *inter vivos* (aonde só receberia a meação), o que representa o maior desvirtuamento da natureza jurídica do instituto da comunhão parcial de bens.

Nas palavras da própria autora Lia Palazzo Rodrigues, a respeito do tema:

"a incomunicabilidade dos bens particulares, prevista pelo art. 1.659, ficou restrita à extinção da sociedade conjugal pela separação judicial ou divórcio. Desapareceu a homogeneidade de tratamento dada aos bens particulares, que não se comunicavam qualquer que fosse a causa da extinção da sociedade conjugal, estabelecida pelas leis anteriores mencionadas" <sup>62</sup>.

### 3.5 Vínculos de Parentalidade

Contra o argumento da corrente histórica mais recente da separação entre "meação" e "direito de herança", se utiliza um argumento também de cunho histórico e de caráter mais fundamental e data mais antiga do que o supracitado para o instituto da herança: o do objetivo de transmissão da posse dos bens para aqueles de sua própria linhagem (a transmissão patrimonial seguindo os vínculos de parentalidade). A interpretação da maioria da doutrina desvirtua do princípio fundamental da ordem sucessória.

<sup>61</sup> DIAS, Maria Berenice. *Ponto final*, visitado em agosto de 2010: [http://mariaberenice.com.br/uploads/2\\_-\\_ponto\\_final.pdf](http://mariaberenice.com.br/uploads/2_-_ponto_final.pdf), pgs. 2 e 3.

<sup>62</sup> Lia Palazzo Rodrigues, op. cit., pg. 127.

É o caso quando os descendentes do *de cujos* não são filhos do cônjuge supérstite casado no regime da comunhão parcial. A herança recebida pelo cônjuge sobrevivente (que seria relativa ao patrimônio exclusivo) jamais retornará aos sucessores de quem era o seu titular. Quando o cônjuge sobrevivente vier a falecer, o patrimônio (que outrora fora do *de cujos* e agora pertence ao seu acervo) será herdado pelos seus novos filhos, seu novo cônjuge, ou, até mesmo, seus parentes colaterais. Eles receberão este patrimônio que sequer era de propriedade do falecido, pois o titular era o seu ex-cônjuge<sup>63</sup>.

Sobre as raízes históricas mais antigas de fundamental princípio, esclarece Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

“Olhos postos no passado jurídico mais remoto visualizam que o primeiro e mais antigo fundamento da sucessão foi de ordem religiosa. (...) A propriedade era familiar e a família era chefiada pelo varão mais velho que descendia diretamente dos deuses domésticos e apenas pela linha masculina”.

“Esta pessoa era, portanto, a de maior autoridade na visão dos antigos. A ele cabia a administração do acervo familiar e a condução da vida religiosa e doméstica.”

“Quando, todavia, a propriedade passou a ser individual, o fundamento da sucessão deslocou-se da vida religiosa desenvolvida ao redor do altar privado para o sentido de uma verdadeira continuidade patrimonial”.

“Buscou-se a permanência do patrimônio dentro de um mesmo grupo, como forma de *manter poderosa a família, impedindo a divisão de sua fortuna entre os vários filhos*”<sup>64</sup>.

Complementa, avançando alguns anos na história, a jurista Lia Palazzo Rodrigues:

“Ao fazer-se uma análise da evolução histórica do direito das sucessões percebe-se que desde o direito romano houve grande preocupação em evitar que, pela transmissão *mortis causa*, os bens pertencentes a uma família fossem deslocados para outra”.

“Em algumas legislações, como, por exemplo, a francesa, o cônjuge sobrevivente só herdava na falta de parentes consangüíneos do

<sup>63</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pg. 158.

<sup>64</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFam, n. 12, jan-fev-mar/2002, pgs. 63 e 64. Citando: RODRIGUES, Sílvio, *Direito civil*, vol. 7, pg. 5.

finado, sendo que na linha colateral tal parentesco alcançava o sexto grau"<sup>65</sup>.

Com clareza, Maria Berenice Dias expõe o exemplo de uma situação palpável e cotidiana em que o cenário descrito se manifesta:

"Voltando ao exemplo da fazenda: alguém que tem dois filhos vem a casar e recebe de herança de seu genitor a fazenda da família. Quando de sua morte, a viúva (que não é mãe dos filhos do de cujos) recebe 1/3 da fazenda, fração igual à recebida por cada um dos enteados. Ou seja, ela torna-se proprietária de parte da herança do sogro. Vindo a viúva a morrer, sua parte na fazenda passará aos seus sucessores (seus filhos, seus pais, seu novo cônjuge, ou seus irmãos, sobrinhos ou primos). Assim, a terça parte da propriedade familiar irá parar em mãos de estranhos, constituindo-se um condomínio com os netos do titular originário do bem"<sup>66</sup>.

Esse é outro inconveniente criado pela teoria do direito de herança incidente sobre o patrimônio exclusivo: a possibilidade de se gerar um condomínio na divisão dos bens, que pertencerá a uma pessoa estranha à linhagem familiar, o que é muito inconveniente para os herdeiros, ainda mais ao se tratar de um bem que pertencia ao patrimônio exclusivo e que poderia ser uma antiga herança de família, como no caso da fazenda.

### 3.5.1 Relações Afetivas

É de se vislumbrar, ainda, que o relacionamento entre um novo cônjuge e os filhos de sua esposa (que a ele não pertencem) já é suficientemente complicado e tumultuado por razões psicossociais dos mais diversos tipos. Com a concepção do direito de herança do cônjuge sobrevivente tida pela maioria da doutrina hoje, é de se perguntar de que forma os filhos recepcionariam o novo cônjuge como alguém com quem irão disputar o que lhes pertencia com exclusividade, muitas vezes uma herança oriunda de gerações, de seus bisavôs. Já é difícil de se aceitar um

---

<sup>65</sup> RODRIGUES, Lia Palazzo. Direito sucessório do cônjuge sobrevivente. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (org.). *Direito de Família, diversidade e multidisciplinariedade*. Porto Alegre: IBDFam, 2007, pg. 124.

<sup>66</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pg. 162.

concorrente no campo afetivo, quanto mais quando se soma a isso a concorrência no campo patrimonial<sup>67</sup>.

### 3.6 Inconstitucionalidades

A lei faz distinção, de forma injustificada, entre os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro. Os direitos sucessórios do companheiro caminham, em muito, para a diretriz apontada por esta teoria (assim como todos os projetos de lei encaminhados para modificar o dispositivo 1.829<sup>68</sup>). Na união estável (no regime da comunhão parcial de bens) a concorrência é assegurada sobre o patrimônio comum, a única diferença é que este direito independe da existência ou não dos bens particulares por parte do *de cujos*. Dessa forma, na união estável, quem concorre é justamente quem possui direito à meação (concorre sobre o patrimônio que ajudou a construir em conjunto com o *de cujos*, apenas, mantendo intacto o patrimônio exclusivo).

Não há qualquer motivo para a lei emprestar soluções diferentes a entidades familiares que se sujeitam ao mesmo regime de bens. Foge ao princípio da razoabilidade o direito de concorrência ser sobre o patrimônio comum na união estável e sobre o patrimônio exclusivo no casamento<sup>69</sup>, da mesma forma que fere o princípio da igualdade este tratamento diferente a dois institutos que receberam igual e especial proteção da Constituição Federal<sup>70</sup>.

Da mesma forma, o artigo 1.829 afasta do instituto da concorrência em uma hipótese – vinculada a existência ou não dos bens particulares – os cônjuges casados sob o regime da comunhão parcial de bens, e não faz nenhuma referência ao regime da participação final nos aquestos. Regime que não se diferencia em seu

---

<sup>67</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pg. 162.

<sup>68</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pg. 143.

<sup>69</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pg. 162.

<sup>70</sup> DIAS, Maria Berenice. *O inc. I do art. 1.829 do CC: algumas interrogações*, visitado em agosto de 2010: [http://mariaberenice.com.br/uploads/5\\_-\\_o\\_inc\\_i\\_do\\_art.\\_1.829\\_do\\_cc\\_alguas\\_interroga%E7%F5es.pdf](http://mariaberenice.com.br/uploads/5_-_o_inc_i_do_art._1.829_do_cc_alguas_interroga%E7%F5es.pdf), pg. 3.

resultado com a comunhão parcial e que recebe tratamento díspar do texto legal, ferindo novamente o princípio da igualdade<sup>71</sup>.

Caso o entendimento da presente teoria não seja aplicado, não há regime de bens hoje no sistema nacional que permita aos nubentes casar e preservar os seus patrimônios particulares. Dessa forma, quem tiver filhos e bens e pretender que o cônjuge não participe do seu patrimônio particular, simplesmente não poderá casar até atingir os sessenta anos de idade - aonde, enfim, poderia vir a se casar sob o regime da separação obrigatória –, sendo obrigado a viver em união estável<sup>72</sup>.

Nítida, mais uma vez, a afronta aos princípios constitucionais por meio do artigo 1.829. Fere o princípio da razoabilidade ao não disponibilizar nenhuma possibilidade do casal que tem a intenção de casar não poder definir o destino que quer dar aos seus bens, da mesma forma que o fere quando trata situações idênticas de forma diferenciada e situações diferentes de forma idêntica – como no caso dos direitos do cônjuge e do companheiro.

Da mesma forma, fere o princípio da liberdade quando se faculta a escolha do regime de bens, mas se introduz norma que modifica e desconfigura a sua natureza, adulterando a vontade original dos cônjuges<sup>73</sup>.

### 3.7 Jurisprudência do STJ

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se mostra favorável à teoria formulada pela jurista Maria Berenice Dias. Já se possui, hoje, a decisão do REsp 992.749, que inovou ao se manifestar com extrema clareza sobre o direito de sucessão do cônjuge sobrevivente e sobre a abrangência do artigo 1.829.

A relatora Min. Nancy Andrighi, em seu voto – que foi acolhido por unanimidade pelos demais Ministros – esmiúça as três principais teorias sobre o direito do cônjuge supérstite casado sob regime da comunhão parcial (apresentadas

---

<sup>71</sup> DIAS, Maria Berenice. *O inc. I do art. 1.829 do CC: algumas interrogações*, visitado em agosto de 2010: [http://mariaberenice.com.br/uploads/5\\_-\\_o\\_inc\\_i\\_do\\_art.\\_1.829\\_do\\_cc\\_algumas\\_interroga%E7%F5es.pdf](http://mariaberenice.com.br/uploads/5_-_o_inc_i_do_art._1.829_do_cc_algumas_interroga%E7%F5es.pdf), pg. 3.

<sup>72</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pg. 163.

<sup>73</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pg. 163.

neste trabalho), explicando quais suas principais motivações, assim como seus maiores defeitos. Depois de longa análise, manifesta-se incisivamente a favor da tese formulada pela jurista Maria Berenice Dias, com o intuito de resguardar a vontade das partes na escolha do regime de bens. Como se pode depreender do seguinte trecho de seu voto:

“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”<sup>74</sup>.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça se encontra, hoje, julgando o REsp 974.241, no qual analisa se a viúva pode, ao mesmo tempo, ser meeira e herdeira da totalidade da herança deixada pelo marido falecido com quem era casada no regime de comunhão parcial de bens.

Apesar de não ter sido julgado ainda o referido REsp, o relator Min. Honildo Amaral de Mello Castro já formulou seu voto, no qual defende o entendimento de que o cônjuge sobrevivente não possuiria direito à herança nem dos bens comuns, nem dos bens particulares, como se pode observar de trecho do site do STJ:

“Para Honildo de Mello Castro, na sucessão legítima sob o regime de comunhão parcial de bens, a regra é que, ocorrendo a morte de um dos cônjuges, é garantida ao sobrevivente a meação dos bens comuns (havidos na constância do casamento), não cabendo a ele concorrer com os descendentes em relação à herança (bens comuns do falecido) e muito menos em relação aos bens particulares (havidos antes do casamento), já que os bens particulares dos cônjuges são, em regra, destinados aos seus dependentes e incomunicáveis, em razão do regime convencionado em vida pelo casal”<sup>75</sup>.

Resta claro, portanto, que este ainda não é um tema *pacífico* em qualquer corte nacional, tendo em vista sua contemporaneidade.

---

<sup>74</sup> REsp 992.749. Documento 5015620 Relatório e Voto. Voto da Ministra Nancy Andrighi, 05/02/1010, pg. 13

<sup>75</sup> Visitado em novembro de 2010: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97004](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97004)

### 3.8 Críticas

O grande problema desta teoria "interpretativa" é que ela desvirtua da lógica do legislador. O seu caráter não é meramente "interpretativo" da norma. Tenta, na verdade, "criar" uma nova norma, sobre uma nova linha de raciocínio, que seria (em tese) menos danosa. Apenas mascara essa realidade por meio de uma "possibilidade de interpretação do artigo 1.829" que se sabe, com certeza, divergir da idéia do legislador originário.

Como bem se sabe, criar normas não é função atribuída ao poder judiciário, e sim ao poder legislativo. Não pode o juiz desvirtuar da vontade do legislador, se aproveitando da má redação do texto legal para inverter completamente o sentido da norma – mesmo que acredite que essa inversão seja a mais benéfica para a sociedade.

Devido a registros de demais doutrinadores que fizeram parte da construção do novo Código Civil e, em especial, da própria regra da concorrência (Clóvis Beviláqua, Orlando Gomes, Miguel Reale), é irrefutável o entendimento de que a vontade normativa era condizente à lógica "aonde se mea, não se herda" e que o instituto da concorrência foi, enfim, aprovado justamente para tapar a lacuna deixada pela mudança do regime de bens legal (da comunhão universal para a comunhão parcial), resguardando a figura do cônjuge, que agora não mais mearia sobre o patrimônio exclusivo e lhe concedendo, portanto, direito de herança sobre esse patrimônio, para lhe garantir a subsistência<sup>76</sup>.

Resume, com propriedade, o jurista Zeno Veloso, a respeito das limitações do poder de interpretação do julgador, mesmo diante de erro do legislador:

“O operador do Direito tem de compreender a sucessão dos companheiros diante do comando imperativo, da regra geral do artigo 1.790, caput, que subordina todas as demais prescrições a respeito do tema. A não ser que, para escapar da esdrúxula e injusta

---

<sup>76</sup> REALE, Miguel. O cônjuge no novo Código Civil. *O Estado de São Paulo*, São Paulo-SP, 12 abr. 2003, pg. 2.

solução do novo Código Civil, dê-se ao assunto um entendimento que desborde da interpretação – mesmo construtiva –, que é admissível e até louvável, ingressando no campo da criação normativa, o que ao intérprete é vedado, ao próprio juiz é proibido, porque estará tomando o lugar e exercendo função do Legislativo, praticando um excesso, uma usurpação, um abuso de poder”<sup>77</sup>.

Contra seus maiores críticos a este respeito, Maria Berenice Dias se defende:

"Apesar de todas as críticas a esse raciocínio - que dizem afrontar a letra da lei -, é o único que está em consonância com a lógica da vida, pois se harmoniza com a cadeia sucessória e corresponde a vontade manifestada pelo casal quando do casamento, ao optarem pelo regime da comunhão parcial. Não dá para esquecer que, em sede de direito sucessório, o sistema legal prioriza os vínculos de parentesco. Ainda assim, é escasso o número de quem assim pensa, mas as propostas de reforma desta norma legal trazem esta solução”<sup>78</sup>.

Ainda em defesa de sua posição no caso específico em questão, a jurista Maria Berenice Dias acrescenta:

"A postura passiva aguardando a mudança da lei nunca foi a atitude de quem lida com o Direito. Aliás, para cegamente aplicar a lei, bastaria colocar a toga no computador! A responsabilidade pelo resultado ético da atividade jurisdicional pertence aos operadores do Direito, que jamais se submeteram a ser a boca da lei".

(...)

"É necessário que os doutrinadores assumam a responsabilidade de mostrar o absurdo do texto legal despertando a consciência da necessidade de se interpretar a lei sob a ótica constitucional. A jurisprudência só cumprirá sua finalidade interpretativa a partir do trabalho dos juristas. Só assim haverá a possibilidade da edição de súmula ditando a melhor leitura de um texto legal. Aliás, esta é a função da doutrina: alertar os operadores do Direito das consequências que a singela aplicação de confuso texto legal pode ensejar. De todo descabido cruzar os braços e aguardar a alteração da lei”<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Pg. 252.

<sup>78</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pg. 161.

<sup>79</sup> DIAS, Maria Berenice. *O inc. I do art. 1.829 do CC: algumas interrogações*, visitado em agosto de 2010: [http://mariaberenice.com.br/uploads/5\\_-\\_o\\_inc\\_i\\_do\\_art.\\_1.829\\_do\\_cc\\_alguas\\_interroga%E7%F5es.pdf](http://mariaberenice.com.br/uploads/5_-_o_inc_i_do_art._1.829_do_cc_alguas_interroga%E7%F5es.pdf), pgs. 4 e 5.

## CONCLUSÃO

Tendo em vista que é dever do julgador apenas interpretar a norma, sempre buscando aplicar a vontade do legislador no sentido da sua elaboração, imperioso o entendimento de que a teoria que prega que o cônjuge herda apenas sobre o patrimônio comum do *de cujos* – por mais bem elaborada e benéfica no âmbito social que seja – deve ser afastada. Afinal, trata-se de legítima hipótese de criação de direito – repita-se aqui, mesmo que por mais bem elaborada que seja –, e não de interpretação da vontade do legislador, o que claramente inviabiliza a sua aplicação no ordenamento jurídico.

A teoria que entende que o direito de herança do cônjuge se estende a todo o acervo patrimonial tem como principal argumento o zelo de dispositivos do Código Civil, para que o sistema não se colapse em contradição. Entretanto, a aplicabilidade desta teoria gera tantos colapsos ao sistema – se não mais – quanto a sua não aplicabilidade geraria. Ademais, as proporções das desmesuras que se alcançam por meio de sua aplicação supera, em muito, todos os demais pontos negativos das outras duas hipóteses de incidência.

Sendo assim, inegável aceitar que a hipótese que mais se coaduna com a vontade do legislador originário, da mesma forma que tende a ser a menos gravosa na ampla maioria das situações, é – não por acaso – a interpretação acolhida pela numerosa maioria da doutrina contemporânea: a de que o direito de herança do cônjuge incide somente sobre o patrimônio exclusivo do *de cujos*.

Imperioso ressaltar, entretanto, que essa leitura deve se fazer sobre qual seria a *interpretação* mais adequada ao artigo 1.829 do Código Civil. Não se quer, com esse raciocínio, inferir que esta seria a solução mais adequada para legislar a respeito dos direitos do cônjuge. Ou seja, não se quer dizer, com isso, que essa seria a solução ideal para a resolução do problema na sociedade moderna. Muito pelo contrário.

Como orientam os mais recentes projetos legislativos a respeito da reforma do artigo 1.829<sup>80</sup>, assim como as recentes manifestações do Superior Tribunal de Justiça, a nova disposição da norma caminha em conjunto com a teoria que prega que o cônjuge deverá herdar somente sobre o patrimônio comum do *de cujos* – situação que, hoje, já ocorre no regime da união estável.

De fato, esta teoria é a que melhor encontra suporte nas relações sócio-parentais que hoje imperam em nossa comunidade. É ela, da mesma forma, a teoria que se mostra menos frustrante para os projetos que os nubentes modernos empreendem, assim como é a que mais resguarda os direitos que estes novos casais pretendem proteger diante da nova realidade social que se apresenta.

---

<sup>80</sup> Projeto de lei elaborado em 2007 e visitado em novembro de 2010, <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/444218.pdf>

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Águida Arruda; GROENINGA, Giselle Câmara. A concorrência sucessória e a ampliação dos conflitos familiares. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFam, v. 7, n. 29, abr.-maio 2005, p. 152-172.

CAHALI, Francisco José. *Coletânea Orientações Pioneiras - v. II - Família e Sucessões no Código Civil de 2002*, São Paulo: RT.

CAHALI, José Francisco. *Curso avançado de direito civil, volume 6: direito das sucessões* / Francisco José Cahali, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; [coordenação Everaldo Augusto Cambler], São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Câmara dos Deputados, visitada em novembro de 2010:  
<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/444218.pdf>.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito civil*. Questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. O Novo Código Civil – Sucessões – A Nova Ordem da Vocação Hereditária. IN: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça, n 57, out./dez. de 2003.

Conselho de Justiça Federal, visitado em outubro de 2010:  
<http://www.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união st vel. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 535-614.

DELGADO, Mário Luiz. "Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o código?", *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFam, ano 7, n. 29, abr./maio 2005, p.191-233.

DELGADO, Mário Luiz; FIGUEIRÊDO ALVES, Jones (coordenadores). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Editora Método, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Casar ou não casar?*, visitado em agosto de 2010: [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/casar\\_ou\\_n%E3o\\_casar\\_-\\_si%281%29.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/casar_ou_n%E3o_casar_-_si%281%29.pdf).

DIAS, Maria Berenice. *Concorrendo com o amor!*, visitado em agosto de 2010: [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4\\_-\\_concorrendo\\_com\\_o\\_amor\(1\).pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_concorrendo_com_o_amor(1).pdf).

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre família, sucessões e o novo Código Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Filhos, bens e amor não combinam!*, visitado em agosto de 2010: [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3\\_-\\_filhos\\_bens\\_e\\_amor\\_n%E3o\\_combinam.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_filhos_bens_e_amor_n%E3o_combinam.pdf).

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

DIAS, Maria Berenice. *O inc. I do art. 1.829 do CC: algumas interrogações*, visitado em agosto de 2010: [http://mariaberenice.com.br/uploads/5\\_-\\_o\\_inc\\_i\\_do\\_art.\\_1.829\\_do\\_cc\\_algumas\\_interroga%E7%F5es.pdf](http://mariaberenice.com.br/uploads/5_-_o_inc_i_do_art._1.829_do_cc_algumas_interroga%E7%F5es.pdf).

DIAS, Maria Berenice. *Ponto-e-vírgula*, visitado em agosto de 2010: [http://mariaberenice.com.br/uploads/1\\_-\\_ponto\\_e\\_v%E3o\\_v%C3%93rgula.pdf](http://mariaberenice.com.br/uploads/1_-_ponto_e_v%E3o_v%C3%93rgula.pdf).

DIAS, Maria Berenice. *Ponto final*, visitado em agosto de 2010: [http://mariaberenice.com.br/uploads/2\\_-\\_ponto\\_final.pdf](http://mariaberenice.com.br/uploads/2_-_ponto_final.pdf).

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 6: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Concorrência Sucessória à Luz dos Princípios Norteadores do CC/2002*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFam, v. 7, n. 29, abr.-maio 2005, p.11-25.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente, *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFam, ano 7, n. 29, abr./maio 2005, p. 88-126.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GOZZO, Débora. Nova ordem da vocação hereditária. In: GOZZO, Débora; ALVES, José Carlos Moreira; REALE, Miguel (coords.) *Principais controvérsias no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 73-98.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes; *Revista da Esmape*. Recife: v.9, n.20, 295-340, Tomo I, jul./dez. 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFam, n. 12, jan-fev-mar/2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; IN: NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.) *Revista de Direito Privado*. Vol. 21, Local São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; O sistema de vocação concorrente do cônjuge e/ou do companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos brasileiro e italiano. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFam, v. 7, n. 29, p. 45-87, abr./maio 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; Parte especial. Do direito das sucessões. Arts. 1.784 a 1.856. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenadores). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFam, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 21.

LUNARDI, Fabrício Castagna. A concorrência do cônjuge com os descendentes na sucessão legítima: em busca da melhor interpretação. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 29, abr-maio 2005, p. 88-127.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. Sucessão em torno do cônjuge herdeiro: a polêmica instalada sobre o assunto. *Revista Magister de Direito Civil e Processual*, v. 14, set.-out. 2006, p. 56-60.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Concorrência Sucessória e Conflito de Leis. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 29, abr-maio 2005, p.173-184.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2009.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NICOLAU, Gustavo Rene. Concorrência sucessória do convivente com descendência híbrida. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). *A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005/São Paulo: Escola Paulista de Direito, 2005.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFam, v.7, n. 29, p. 26-44, abr./maio 2005.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2009.

RABELLO, Fernanda de Souza. A herança do cônjuge sobrevivente e o novo Código Civil. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, a. XXVII, n. 86, jun. 2002, p. 111-115.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. O cônjuge no novo Código Civil. *O Estado de São Paulo*, São Paulo-SP, 12 abr. 2003, p. 2..

RODRIGUES, Lia Pallazzo. Direito sucessório do cônjuge sobrevivente. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (org.). *Direito de Família, diversidade e multidisciplinariedade*. Porto Alegre: IBDFam, 2007, p. 121-135.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. São Paulo: Forense, 1961, pg. 383.

SIMÃO, José Fernando. Sucessão legítima: o cônjuge como herdeiro necessário e a questão da concorrência. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). *A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, v. 2, p. 297-312.

Superior Tribunal de Justiça, visitado em novembro de 2010: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=3\\_98&tmp.texto=97004](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=3_98&tmp.texto=97004).

VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2003. v. 21, pg. 612.

VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; Pereira, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2004.