



**Pró-Reitoria de Graduação
Curso de Direito
Trabalho de Conclusão de Curso**

**A CONCORRÊNCIA DO CONJUGE COM OS HERDEIROS NA
HERANÇA DEIXADA PELO “*DE CUJUS*”, QUANDO CASADOS
NO REGIME DA PARCIAL COMUNHÃO DE BENS**

**Autor: Willian Klay Silva
Orientador: Prof.º Esp. José Avelarque de Góis**

**Brasília - DF
2012**

WILLIAN KLAY SILVA

**A CONCORRÊNCIA DO CONJUGE COM OS HERDEIROS NA HERANÇA
DEIXADA PELO “*DE CUJUS*”, QUANDO CASADOS NO REGIME DA PARCIAL
COMUNHÃO DE BENS**

Artigo Científico apresentado ao curso de graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^o Esp. José Avelarque de Góis

**Brasília
2012**

Quero agradecer primeiramente a DEUS, por ter me dado sabedoria para o desenvolvimento deste Artigo. Agradecer a minha esposa e minha família por terem me dado força nessa caminhada. E agradecer a meu orientador por ter me instruído na construção deste pensamento.

A CONCORRÊNCIA DO CONJUGE COM OS HERDEIROS NA HERANÇA DEIXADA PELO “DE CUJUS”, QUANDO CASADOS NO REGIME DA PARCIAL COMUNHÃO DE BENS

Autor: WILLIAN KLAY SILVA

Resumo: Trata-se de Artigo Científico no qual é abordado o tema do direito sucessório do cônjuge na concorrência com os herdeiros, quando aquele era casado no regime da comunhão parcial de bens e o “*de cujus*” deixou bens particulares. Desenvolvendo seu pensamento ele traz conceitos desde o casamento, explicando suas peculiaridades, regime de bens, sua importância no direito sucessório, indo até o direito sucessório do cônjuge, que com o passar dos anos até o Código Civil de 2002, vinha sendo alvo de diversas mudanças sempre buscando beneficiar o supérstite. Desta forma concentrou o trabalho para dirimir uma das maiores divergências do CC/02, acerca da sucessão do cônjuge na situação acima descrita. Para o autor, nessa hipótese o cônjuge herda em posição e igualdade com os herdeiros, participando da totalidade da herança, não recebendo quota inferior a $\frac{1}{4}$ do valor do espólio.

Palavras chave: Casamento. Família. Regime de Bens. Cônjuge. Sucessão. Herança. Concorrência. Herdeiros.

INTRODUÇÃO

No ramo do direito civil brasileiro, uma das maiores conquistas obtidas foi no campo sucessório em favor dos cônjuges, de maneira que desde o Código Civil de 1916, vinha sendo alvo de diversas mutações e críticas até o molde adotado pelo Código Civil de 2002, que colocou o sobrevivente em uma posição privilegiada na ordem sucessória.

Entretanto, essas evoluções no campo do direito sucessório do supérstite tem dado margem a divergentes interpretações, de modo que tem dividido a opinião entre a doutrina e a jurisprudência, sendo alvo de severas críticas.

Observando o acervo doutrinário e a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDFT, neste artigo científico iremos aprender sobre o que é casamento, suas peculiaridades, o porquê é a modalidade de família mais protegida por nossa Carta Magna e as evoluções trazidas pelo Código Civil de 2002, com principal foco no que tange ao direito sucessório do cônjuge, dirimindo uma das maiores dúvidas que se tem acerca da sucessão do supérstite, que se observa no tocante ao regime da comunhão parcial de bens, quando na partilha se tem bens particulares

1- O CASAMENTO

O casamento é um instituto antigo e de várias definições. Cada povo interpreta-o de certa maneira, podendo ser encontrada em diversas culturas uma forma de casamento. Silvio de Salvo Venosa (família:2012:24) diz que *“inúmeras são as definições que se tem acerca do casamento, instituto que permite divagações históricas, políticas e sociológica”*.

No Brasil, a doutrina apresenta algumas definições sobre o casamento. No pensamento de Washington de Barros Monteiro (1994:12), o casamento é *“a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem seus filhos”*.

Nesse sentido, conceitua Sílvio Rodrigues¹:

Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem de sua prole comum e se prestarem mútua assistência.

Carlos Roberto Gonçalves², de forma mais completa afirma:

Em suma o casamento é um contrato que se constitui pelo consentimento livre dos esposos, os quais, por efeito de sua vontade, estabelecem uma sociedade conjugal que, além de determinar o estado civil das pessoas, dá origem às relações de família, reguladas, nos pontos essenciais, por normas de ordem pública.

Nos termos da lei brasileira, o Art. 1.514 do Código Civil de 2002 (CC/02) dispõe que casamento é a manifestação de vontade, feita perante um juiz competente, de um homem e de uma mulher para constituir o vínculo conjugal.

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Com o casamento nasce a família, e mesmo que no direito brasileiro não seja necessário este instituto para constituição da entidade familiar, tem-se como a forma mais protegida pelo ordenamento jurídico. De acordo com o § 3º, do Art. 226 da Constituição Federal (CF/88), o Estado tem a obrigação de proteger a família e facilitar a conversão da união estável em casamento.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹ RODRIGUES, Sílvio. **DIREITO CIVIL** – Direito das Sucessões, 26ª ed. São Paulo: Saraiva, Vol. 7, 2007

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** – Direito de Família. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, VI vol., 2009, pág. 9.

Uma das consequências oriundas do casamento é o direito a sucessão - a partilha dos bens com o evento morte - objeto de nosso estudo, pois nem o cônjuge sobrevivente, nem os seus herdeiros ficarão desamparados pelo falecimento do “*de cuius*”.

1.1 A família matrimonial

Depois de preenchidos os requisitos legais, pelo casamento se constitui a família matrimonial. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves³, os elementos constitutivos da família matrimonial são a diversidade de sexos, manifestação de vontade e celebração na forma da lei, sendo o casamento considerado inexistente sem tais requisitos.

A diversidade de sexos é um requisito essencial para a constituição do casamento, caso contrário, se contraído entre pessoas do mesmo sexo não se tem casamento. Previsto no §5 do Art. 226 da CF/88 e no Art. 1.514 do CC/02, observa-se que só é possível o casamento entre pessoas de sexo oposto, já que para a lei brasileira ainda não existe a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A manifestação de vontade é uma condição “*sine qua non*” para a existência do matrimônio. A celebração do casamento civil, ou até mesmo no religioso, é realizada perante todos que estiverem presentes, sendo assinada na ata do casamento, expressando a vontade dos nubentes, caso contrário não será celebrado esse matrimônio.

A lei de registros públicos dispõe que o casamento só será válido se registrado por autoridade competente, ou seja, se obedecido à forma legal, observando os requisitos previstos no nosso ordenamento jurídico, sem os quais esse casamento será considerado nulo.

Dessa forma, só é possível a existência da família matrimonial se esta for oriunda de um casamento. Para outros tipos de famílias, em que pese à lei tê-las protegido de forma genérica, elas não gozam da mesma segurança jurídica quanto a que é formada pelo casamento.

O Código Civil de 1916 reconhecia como família apenas aquela oriunda do casamento, a qual era chefiada pelo homem, a família legítima. Não eram reconhecidas as uniões estáveis, as concubinárias, as famílias monoparentais, as uniões homoafetivas, as famílias formadas por irmãos ou até mesmo, no entendimento de Paulo Luiz Netto Lobo⁴, as famílias formadas por pessoas sem laços de sangue.

As famílias ilegítimas eram tidas como sociedades de fato, e não de direito de família. Eram consideradas negócios que a partes mantinham entre si, e no final das relações cada qual saía com que era seu na forma que haviam contribuído.

Com a Constituição Federal e o Código Civil de 2002, mudou-se bastante a concepção anterior, passando a serem reconhecidas outras entidades familiares, e não mais só aquela oriunda do casamento.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** – Direito de Família. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, VI vol., 2009, pág. 2 e 124.

⁴ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=128>>. Acesso em: 10 de mai. 2012.

A partir do paradigma estabelecido na Carta Magna, a família, antes considerada apenas aquela decorrente do casamento, passa a ser reconhecida de forma ampla, com a possibilidade de acolhimento de outras entidades, que recebam especial proteção do Estado, mesmo não sendo as modalidades de família previstas nos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do Art. 226 da CF/88.

Além dos requisitos essenciais, apontados pela doutrina, de forma unânime, Paulo Luiz Netto Lobo, de forma um tanto isolada, afirma que para ser uma família é necessário que se tenha três outros elementos⁵:

- a) **afetividade**, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família;
- b) **estabilidade**, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;
- c) **ostensibilidade**, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.” (sem grifos no original)

O interesse do Estado e dos cidadãos é que as famílias sejam formadas pelo casamento, prova disso é que no §3º do Art. 226 da CF/88, observa-se que a intenção do legislador é que se facilite a conversão de união estável em casamento, por esta ser a forma mais protegida do direito de família. Uma família oriunda do casamento é uma família forte, e quanto mais forte a família, mais forte é o Estado.

1.2 Regime de Bens

O casamento envolve uma relação entre os cônjuges que não se restringe apenas a uma questão de sentimento, sexualidade e intuito de se formar família. Implica em reflexos patrimoniais de modo que devem fazer frente as suas necessidades, suas obrigações perante terceiros, a quem caberá à administração dos bens e como serão divididos após a dissolução do vínculo conjugal. Essa relação patrimonial é o chamado regime de bens.

Silvio de Salvo Venosa⁶, se referindo aos regimes de bens no casamento nos ensina:

[...] Nessas relações, devem ser estabelecidas as formas de contribuição do marido e da mulher para o lar, a titularidade e a administração dos bens comuns e particulares e em que medida esse bens respondem por obrigações e perante terceiros. Portanto, “*regime de bens é o estatuto que regula as relações patrimoniais entre os cônjuges*”. (grifo do autor)

Carlos Roberto Gonçalves⁷ define:

Regime de bens é o conjunto de regras de disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a de ambos ou de

⁵ LOBO, passim.

⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil - Direito de Família**. 12ª Ed. São Paulo: Atlas, VI volume, 2012, Pág. 327.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, VI vol., 2009, pág. 396.

cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz comenta:

[...] O regime matrimonial de bens é o conjunto de normas aplicáveis, às relações e interesses econômicos resultantes do casamento, envolvendo questões sobre propriedade, fruição, administração e disponibilidade de bens de ambos os cônjuges ou de cada um deles, desde a celebração do matrimônio até sua dissolução.

Desta forma, se existe casamento, obrigatoriamente se tem um regime de bens, o qual é escolhido pelos cônjuges. Caso contrário, será aplicado o regime supletivo ou legal, que é o da comunhão parcial de bens.

1.2.1 Da variedade de regimes

O regime de bens regula como se dará a comunicação dos bens do casal. No nosso ordenamento jurídico os nubentes tem a liberdade de definir o que for melhor quanto aos seus bens, tendo a possibilidade de escolher quais serão comunicáveis e quais permanecerão como particular, dependendo do regime escolhido no momento que contraírem casamento.

O Código Civil de 2002 adotou cinco regimes de bens: o da comunhão parcial de bens, o da comunhão universal de bens, o da participação final nos aquestos, o da separação convencional de bens e o da separação obrigatória de bens, sendo o ultimo para casos específicos que a lei impõe sua adoção.

Além destes, relacionados no CC/02, é possível que as partes indiquem⁸ como se dará a comunicação de seus bens de forma livre, nos termos do Art. 1.639 do CC/02, desde que não atentem contra a dignidade de um dos cônjuges, pois, se não, aplicar-se-á o regime da comunhão parcial de bens.

1.2.2 Da obrigatoriedade do regime de bens

Uma das consequências do casamento é o regime de bens. Não existe casamento sem regime de bens, pois até mesmo no silêncio dos cônjuges automaticamente será adotado o regime da comunhão parcial de bens. Necessário se faz que os nubentes entrem em consenso, anteriormente ao casamento, e adote um regime que lhes aprouver. Venosa afirma que, *“desse modo, a existência de um regime de bens é necessária, não podendo o casamento subsistir sem ele”*.

a) Do pacto antenupcial

⁸ GONÇALVES, Família, 2009, p. 405.

Previsto no Art. 1.639 e 1.653 do CC/02, o pacto antenupcial nada mais é do que um contrato entre os nubentes, por meio de escritura pública lavrada em cartório, no qual o casal optará por um dos regimes de bens e irá dispor sobre os seus bens da forma que considerarem melhor, e sem ferir o direito de nenhum dos cônjuges.

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.

Carlos Roberto Gonçalves entende que os cônjuges são os “...*melhores juízes da opção que lhes convém no tocante as relações econômicas a vigorar durante o matrimônio*”. Nada mais justo do que o casal indicar como se dará a divisão e administração de seus bens.

Ademais, o pacto antenupcial é requisito essencial para que o casal possa escolher, com exceção do regime da comunhão universal ou comunhão parcial de bens, os demais regimes previstos no CC/02.

b) Do regime da separação obrigatória de bens

O regime da separação obrigatória de bens existe como meio de proteção a algumas pessoas em situações específicas. Previsto no Art. 1.641 do CC/02, o regime da separação obrigatória dos bens não permite a comunicação dos bens do casal, ficando cada cônjuge com a titularidade de seus bens, mesmo aqueles adquiridos durante o casamento, desde que não seja em caráter oneroso.

“Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

De acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a separação de bens prevista nesse artigo não é absoluta, pois, os bens adquiridos em caráter oneroso na constância do casamento serão divididos entre os cônjuges, mas não como bens de família, e sim como bens adquiridos em uma sociedade de fato.

CIVIL. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. AQUÊSTOS. ESFORÇO COMUM. COMUNHÃO. SÚMULA 377/STF. INCIDÊNCIA.

1. No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum dos cônjuges (art. 259 CC/1916).

2. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 442.629/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2003, DJ 15/09/2003, p. 324, REPDJ 17/11/2003, p. 332)

c) Do regime da comunhão parcial dos bens

O regime da comunhão parcial dos bens é o mais completo e justo regime de bens previsto no CC/02. Nele, todos os bens que cada cônjuge possuía antes de se casar continuam na titularidade exclusiva de cada um, sendo os bens adquiridos com esforço comum na constância do casamento de titularidade dos cônjuges. O regime da comunhão parcial de bens está previsto no Art. 1.658 a 1.666 do CC/02, e logo adiante iremos estudá-lo com atenção especial.

d) Do regime de comunhão universal de bens

No regime da comunhão universal de bens, na forma do Art. 1.667 do CC/02, todos os bens pertencentes ao casal, adquiridos antes ou depois do casamento, ressalvados os previstos no Art. 1.668 do mesmo diploma legal, se comunicam, tornando bens comuns de titularidade do casal, e não particular de cada um.

Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.

.....
Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade.

Neste regime, todo o acervo patrimonial adquirido, seja por bens presentes ou futuros, obtidos antes ou durante o casamento, podendo ser bens móveis ou imóveis, se misturam, sendo ambos os cônjuges administradores e com a obrigação de zelar pelo patrimônio, sob o risco de ser considerado um malversador, podendo dar ensejo a troca do regime e o afastamento da administração dos bens.

e) Do regime da participação final dos aquestos

Na forma do Art. 1.672 ao Art. 1.686 do CC/02, esse complicado regime implica a participação final dos bens que forem adquiridos na constância do casamento, muito parecido com a da comunhão parcial de bens. Esta modalidade é pouco adotada como regime de bens, por ser muito complicada a sua divisão e até mesmo o seu entendimento.

“Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe

cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.”

Silvio de Salvo Venosa⁹ diz:

Trata-se de um regime híbrido, no qual se aplicam regras da separação de bens quando da convivência e da comunhão de aquestos, quando do desfazimento da sociedade conjugal.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves define:

Trata-se de um regime híbrido, pois durante o casamento aplicam-se as regras da separação total e, após a sua dissolução, as da comunhão parcial.

Este regime atende aos interesses de casais mais estruturados¹⁰, onde tanto o marido quanto a mulher possuem bens antes do casamento, com profissões e interesses financeiros sobre eles e que, por esse motivo, não podem tornar estes bens comuns do casal, pois precisam dispor do seu patrimônio particular, o que é diferente da realidade da maioria dos brasileiros que só vem adquirir seus bens depois de casados.

f) Do regime da separação convencional de bens.

Nos termos do Art. 1.687 do CC/02, o regime da separação convencional de bens, importa na não comunicação dos bens do casal, adquiridos antes ou depois do casamento.

Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

Esse regime se caracteriza pela não comunicação de todos os frutos e aquisições de bens, móveis ou imóveis, ficando cada cônjuge na administração e titularidade de seus bens.

1.2.3 Do regime da comunhão parcial de bens

O regime da comunhão parcial dos bens é, a meu ver, considerado o mais justo e completo. Nele separam-se quais são os bens particulares de cada cônjuge, que via de regra, são os bens adquiridos antes do casamento, e quais se comunicará na constância do casamento. Descrito nos Arts. 1.658 ao 1.666 do CC/02, de forma bem clara o legislador institui as regras do regime de bens, indicando como se dará a comunicação.

⁹ VENOSA, Família, 2012, p. 347 e 348.

¹⁰ Ibid., p. 348.

Nesse regime se formam três acervos patrimoniais, os bens exclusivos do marido, os bens exclusivos da mulher e os bens adquiridos em caráter oneroso na constância do casamento, ficando cada um na titularidade e administração do que é seu e de ambos, sempre um com a autorização do outro, no controle e administração dos bens do casal.

No Art. 1.659 do CC/02, tem-se a relação de bens que não irão se comunicar, aqueles que constituirão o patrimônio exclusivo de cada cônjuge.

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

- I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
- II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
- III - as obrigações anteriores ao casamento;
- IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
- VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Necessário se faz dar especial atenção quanto ao inciso I e II do referido artigo, em relação aos bens sub-rogados¹¹ em lugar de outro. Trata-se de bens de caráter particular, em que seu titular exclusivo, irá dispor para adquirir outro bem.

Embora não esteja expresso na redação acima, essa sub-rogação se refere aos bens imóveis exclusivos, de modo que na escritura do novo bem seja colocado de forma expressa que se trata de um bem adquirido pela sub-rogação de outro.

Caso contrário, se o cônjuge não se atentar em deixar isso de forma expressa no contrato, será aplicado o disposto no Art. 1.662 do CC/02, que tacitamente considera o novo bem como sendo comum do casal.

Art. 1.662. No regime da comunhão parcial, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior.

Quanto aos demais bens previstos nos incisos do Art. 1.659 do CC/02, não há dúvidas quando ao seu caráter particular, ficando à disposição do cônjuge possuidor a administração para fazer o que quiser.

No Art. 1.660 do CC/02 indicam-se os bens que se comunicam, adquiridos em caráter oneroso na constância do casamento. Estes bens não ficam a livre disposição de um dos cônjuges para fazer o que quiser. Para que eles sejam alvo de algum contrato futuro, como uma venda, alienação ou comodato, um cônjuge sempre deverá ter a anuência do outro ou então esse contrato é nulo, conforme previsão do §2º do Art. 1.663 do CC/02.

Art. 1.660. Entram na comunhão:

- I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;
- II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

¹¹ VENOSA, Família, 2012, p. 339 a 341.

III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;
 IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;
 V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

.....

Art. 1.663. A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges.

(...)

§ 2º A anuência de ambos os cônjuges é necessária para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns.

A não observação das características dos bens comuns, a má administração e a falta de cuidado com os bens, podem ser considerados para se solicitar a troca do regime e tirar o direito de um dos cônjuges de administrar os bens do casal, conforme previsão do §3º do Art. 1.663 do CC/02. Administração compete a ambos os cônjuges, de forma convencionada, já que um só pode dispor do bem com autorização do outro, mas para o caso de um dos cônjuges ser um malversador, este perde o direito de administrar os bens do casal.

Art. 1.663. A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges.

[...]

§ 3º Em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges.

Por fim, conforme relatado antes, nos termos do Art. 1.665 e 1666 do CC/02, a administração dos bens particulares fica a cargo do cônjuge proprietário e as dívidas contraídas por este não obrigam ao outro cônjuge.

2 DO DIREITO SUCESSÓRIO DOS CÔNJUGES

O Código Civil de 2002 garantiu o direito à sucessão do cônjuge de forma mais ampla, permitindo a concorrência com os descendentes e ascendentes, e, na ausência desses, teve acesso a todo o acervo hereditário.

Maria Helena Diniz¹² comenta:

Protege-se, juridicamente, o consorte supérstite, deferindo-se-lhe a sucessão, se, ao tempo da morte do outro preenchendo os *requisitos gerais legais*, do art. 1.830, não estava separado extrajudicial e judicialmente nem de fato a mais de dois anos, salvo se comprovar ocorrendo a última hipótese, que a convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

2.1 A situação do cônjuge no Código Civil de 1916.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.295.

No direito brasileiro, o cônjuge supérstite só veio ter direito a herança a partir da Lei nº 1.839, de 1.907, chamada “Lei Feliciano Pena”. Nela o cônjuge passou a ser chamado em terceiro lugar na ordem sucessória, após os descendentes e os ascendentes.

Com a promulgação do Código Civil de 1916 (CC/16), se manteve a situação do cônjuge sobrevivente, permitindo-o ter direito a herança quando não houvesse descendentes ou ascendentes na linha sucessória, e quando não fossem separados legalmente.

Nesse sentido, leciona Silvio Rodrigues¹³:

Os descendentes e os ascendentes, no sistema daquele código, excluíam o cônjuge. E o desquite (mais tarde, separação judicial) e a anulação de casamento ilidiam o seu direito sucessório.

Foi um avanço na questão sucessória do cônjuge que passou a ter o direito de herdar os bens deixados pelo “*de cuius*”. Antes da citada lei, Feliciano Pena, o cônjuge só tinha direito a herança após os colaterais de décimo grau, ou seja, na prática nunca.

Apesar de ter sido um progresso, o CC/1916 ainda não protegia totalmente o sobrevivente, que muitas vezes ficava na miséria, abandonado a pobreza, pois quando havia descendentes e ascendentes, só recebia a meação, que em alguns casos, não era o suficiente.

Em 1962, a situação começou a mudar de forma expressiva. Com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada, a Lei nº 4.121, de 1962, o cônjuge passou ter o direito de concorrer com os herdeiros no usufruto de ¼ dos bens do “*de cuius*”, além do direito de habitação, caso o bem onde morasse, fosse o único dessa natureza a inventariar.

Essas foram regras que acompanharam uma tendência do direito internacional de proteção as mulheres, mas que abarcou o cônjuge sobrevivente independentemente do gênero.

2.2 O Código Civil de 2002 e a posição sucessória do cônjuge sobrevivente.

Este diploma legal, o Código Civil de 2002 (CC/02), legou uma vitória aos cônjuges no campo do direito sucessório. Havia tempo que se lutava para que o cônjuge fosse colocado na situação de herdeiro necessário.

Com a entrada em vigor do CC/02, o cônjuge passou a ser considerado herdeiro necessário em situação privilegiada, concorrendo em situação de igualdade com os descendentes, e, dependendo da situação, podendo ter acesso a quinhão não inferior a ¼ da herança e com os ascendentes, além do direito a meação e de habitação que já tinham por direito, à luz do código anterior.

Silvio de Salvo Venosa¹⁴ escreve:

¹³ RODRIGUES, Silvio. **DIREITO CIVIL** – Direito das Sucessões, 26ª ed. São Paulo: Saraiva, Vol. 7, 2007, p. 142.

¹⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **DIREITO CIVIL** – Direito das Sucessões. 12ª ed. São Paulo: Atlas, VII vol., 2012, p. 133.

A doutrina sempre defendeu a colocação do cônjuge como herdeiro necessário, posição que veio a ser conquistada com o Código de 2002, embora sob condições.

Nos termos do Art. 1.829 do CC/02, o cônjuge que antes era apenas o terceiro na ordem sucessória, agora passa a concorrer na herança como herdeiro de 1ª, 2ª ou 3ª classe. Dependendo do regime de bens em que eram casados, concorre com os descendentes e, independentemente do regime de bens adotado, concorrem com os ascendentes.

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

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

Contudo, o legislador colocou algumas condições para o cônjuge concorrer à herança. A primeira delas está prevista no Art. 1.830 do CC/02. O supérstite só terá direito a herança ou a concorrer na herança, quando não estiverem separados judicialmente, nem separados de fato por mais de dois anos, na época do falecimento, salvo se provar que a separação se deu por culpa exclusiva do “*de cujus*”, que tornou impossível a convivência do casal.

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

A segunda condição refere-se à concorrência com os descendentes. Conforme o inciso I, do Art. 1.829 do CC/02, o cônjuge só poderá concorrer quando o regime de bens em que eram casados não for o da comunhão universal, da separação obrigatória e o da comunhão parcial, sem patrimônio particular, situações em que o cônjuge terá direito apenas a meação. Em relação aos outros regimes de bens, adotando o ensinamento de Maria Helena Diniz¹⁵ o cônjuge irá concorrer na totalidade dos bens da herança.

[...] entendemos que o Art. 1.829. I, contém, ante a teoria da unidade sucessória, ou da herança de savigny, adotada pelo Art. 1.791 do Código Civil, tão-somente requisitos especiais legais para tal concorrência, pois o cônjuge-viúvo, que os preencher, terá sua quota, considerando-se todo acervo hereditário, e não apenas os bens particulares do falecido [...]

Além da participação na herança, o cônjuge também goza do direito de habitação, conforme nos ensina Maria Helena Diniz, “... *assim não ficará privado de moradia, nem desamparado*”, nos termos do Art. 1.831 do CC/02:

¹⁵ DINIZ, 2009, p. 1295.

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Essa previsão evita que ao tempo da morte de um dos cônjuges, e para o caso de possuírem apenas imóvel, esse não seja vendido pelos descendentes ou ascendentes com o fim de ser partilhado. Esse direito, na visão de Carlos Roberto Gonçalves¹⁶, estende-se até que o sobrevivente contraia novo casamento ou união estável, para que, só a partir daí, possa ser vendido e partilhado.

Desta forma, observa-se como tem evoluído o Direito das Sucessões no Estado brasileiro, com a proteção da família, primando por deixá-la mais forte, guardando os direitos dos cônjuges que muitas vezes ficavam abandonados, sem ter nenhum direito após a entrega da herança aos descendentes ou ascendentes.

3 DA CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE EM FACE DOS HERDEIROS NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

O legislador, ao definir como se dará a concorrência do cônjuge com os herdeiros, condicionou o direito daquele ao regime de bens que era casado. Entrementes, ao instituir como se daria a concorrência do cônjuge, quando casado no regime da comunhão parcial de bens, permitiu divergentes interpretações sobre em quais bens incidirá a partilha.

A redação do Art. 1.829 do CC/02 não deixou explícito em quais bens o cônjuge sobrevivente concorrerá, quando este for casado no regime de parcial comunhão de bens e o “*de cujus*” deixar bens particulares. Nesse íterim, diferentes interpretações na doutrina e jurisprudência, tem permitido divagações acerca do tema, sendo alvo de severas críticas, como exemplo a de Silvio de Salvo Venosa¹⁷:

... o Código Civil brasileiro de 2002 representa verdadeira tragédia, um desprestígio e um desrespeito para nosso meio jurídico e para a sociedade, tamanhas são as improbidades que desembocam em perplexidades interpretativas. Melhor seria que fosse, nesse aspecto, totalmente reescrito e que apagasse o que foi feito, como uma mancha na cultura nacional.

3.1 Hipóteses de concorrência do cônjuge sobrevivo com os herdeiros, quando casados no regime da comunhão parcial de bens.

Na forma da parte final do Art. 1.829 do CC/02, quando o legislador trata quais serão os casos em que o cônjuge não concorrerá na herança, tem-se que “... *se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares*”.

Nesses termos, caso o “*de cujus*” tenha deixado bens particulares, o sobrevivente tem o direito de concorrer na herança, mas caso aquele não tenha

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **DIREITO CIVIL BRASILEIRO** – Direito das Sucessões. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, VII vol., 2008, pág. 2 e 124 161 a 168.

¹⁷ VENOSA, Sucessões, 2012, p. 136

deixado bens particulares este só terá direito a meação, não podendo concorrer na herança.

3.1.1 Regime da comunhão parcial de bens sem bens particulares ou exclusivos

O legislador não deixou dúvidas ao dizer que o sobrevivente não concorrerá na herança quando o “de cujus” não deixar bens particulares. E isso é completamente lógico, pois em relação aos bens comuns, automaticamente metade de todos os bens já são do supérstite, assim a outra metade irá para os dependentes, já que no caso de só haver bens comuns, iguala-se o regime da comunhão parcial de bens ao da comunhão universal de bens.

Desta forma, na falta de bens particulares, Carlos Roberto Gonçalves¹⁸ leciona:

Entende o legislador que a confusão patrimonial já ocorrera desde a celebração da união nupcial, garantindo ao cônjuge sobrevivente, pela meação adquirida, a proteção necessária.

3.1.2 Regime da comunhão parcial de bens com bens particulares ou exclusivos

A grande divergência na doutrina, que tem sido alvo de críticas, é na interpretação de quais serão os bens que o sobrevivente irá concorrer quando o “*de cujus*” deixar particulares.

A dúvida se funda na interpretação do dispositivo, de modo que uma corrente doutrinária entende que o sobrevivente concorrerá na herança apenas em relação aos bens particulares do “*de cujus*”, e, de modo contrário, outra defende que a concorrência será sobre a totalidade do espólio, incluindo bens particulares e bens comuns.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz¹⁹ ensina:

[...] o cônjuge viúvo, que os preencher, terá sua quota, considerando-se todo acervo hereditário e não apenas os bens particulares do falecido, em razão do disposto nos arts. 1.791 e parágrafo único, 1.832, 1.845 e 1.846 do novo código civil.

Sintetizando esse pensamento, Alice de Souza Birchall²⁰ de forma sublime, escreve:

O cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão parcial de bens, herdará em concorrência com os descendentes, a totalidade da herança, desde que o falecido tenha deixado bens particulares. A justificativa dessa interpretação gramatical reflete-se na interpretação pela ‘mens legis’ porque o ‘caput’ do art. 1.829 trata da sucessão legítima e, então, refere-se a todo o patrimônio deixado como herança pelo falecido, ou seja, ativo, passivo, bens particulares e bens da meação.

¹⁸ GONÇALVES, Sucessões, 2008, p. 151

¹⁹ Diniz, 2009, p. 1.294.

²⁰ BIRCHALL, Alice de Souza. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 17, ed. Síntese, p. 115.

Essa corrente defende, de forma mais lógica, que o acervo hereditário não pode ser dividido, sendo um com a meação e outro com os bens particulares. A herança deve ser partilhada levando em conta todo acervo hereditário, concorrendo o cônjuge em tudo e não apenas em relação aos bens particulares.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves defende que o cônjuge não pode ser colocado em posição inferior aos descendentes na concorrência da herança. Inclusive, nos termos do Art. 1.829 do CC/02, o cônjuge herda em condição de igualdade com os descendentes, não recebendo quota inferior a $\frac{1}{4}$ da totalidade do espólio.

Com pensamento diverso, Silvio de Salvo Venosa²¹ afirma que o legislador visou proteger os descendentes, permitindo que o cônjuge só concorra na herança em relação aos bens particulares, pois em relação aos bens comuns o sobrevivente tem a meação garantida, e não seria justo que àqueles tenham direito apenas a uma pequena parcela da herança.

Nesta esteira, Euclides de Oliveira²² corrobora o pensamento de Venosa, lecionando:

Mais adequado e harmônico, portanto, entender que a concorrência hereditária do cônjuge com descendentes ocorre apenas quando, no casamento sob regime da comunhão parcial, houver bens particulares, porque sobre estes, então sim, é que incidirá o direito sucessório concorrente, da mesma forma que se dá no regime da separação convencional de bens.

Em que pese essa vertente adotada por Venosa e Euclides de Oliveira, esta não se mostra interessante, de modo que se o cônjuge for colocado em desvantagem em relação aos descendentes, estes podem sair profundamente prejudicados, correndo o risco até mesmo de inteiro desamparo.

Porém, se aplicarmos uma interpretação analógica²³ do Art. 1.790 do CC/02, que trata sobre a sucessão do companheiro, e o compararmos com o Art. 1.829 do mesmo diploma legal, vislumbra-se o direito do supérstite em participar do total da herança deixada, pois se a companheira tem direito a meação e concorre na totalidade da herança adquirida na constância da união estável, por que o cônjuge não poderia concorrer da mesma forma?

Não seria lógico que a nossa legislação, protetora do casamento, dê mais amparo a quem está vivendo em união estável, do que a quem contraiu o matrimônio. Não se revela justo que o cônjuge casado na comunhão parcial de bens não tenha direito a concorrer na totalidade da herança, prevalecendo o pensamento defendido por Silvio de Salvo Venosa.

Inclusive, a posição defendida por Maria Helena Diniz, tem sido base para o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal - TJDF. Na interpretação do Desembargador Dácio Vieira, Relator no Agravo de Instrumento nº 2004.00.2.009630-8, em face do silêncio do legislador o dispositivo não pode ser interpretado de forma que se tenha uma desvantagem para o cônjuge em relação à companheira, tendo aquele o direito a concorrer em igualdade com os descendentes sobre o total da herança.

²¹ VENOSA, Sucessões, 2012, p. 137 e 138.

²² OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de Herança**. São Paulo, Ed. Saraiva, 2005, pág. 108.

²³ Acórdão n. 244885, 20040020096308AGI, Relator DÁCIO VIEIRA, 5ª Turma Cível, julgado em 10/10/2005, DJ 25/05/2006.

CIVIL. SUCESSÃO. CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. BENS PARTICULARES DEIXADOS PELO AUTOR DA HERANÇA. PARTICIPAÇÃO COMO HERDEIRO NA SUCESSÃO LEGÍTIMA.

- O cônjuge supérstite casado no regime da comunhão parcial com o falecido, tendo este deixado bens particulares, além de sua meação, concorre com os descendentes, na sucessão legítima, participando da totalidade do acervo da herança, consoante a ordem de vocação hereditária estabelecida no artigo 1829, I do Código Civil de 2002. (Acórdão n. 244885, 20040020096308AGI, Relator DÁCIO VIEIRA, 5ª Turma Cível, julgado em 10/10/2005, DJ 25/05/2006 p. 151)

Assim, observa-se que a lei deve ser interpretada de forma a favorecer o cônjuge. Qual sentido haveria se em nossa legislação, que tem preferência pelo casamento, ordenando inclusive que a legislação facilite a conversão de outras relações familiares, não oriundas do casamento, em casamento, houvesse um diploma legal que beneficiasse o companheiro e deixasse o cônjuge em situação de desvantagem na herança?

Desse modo, tem-se que a concorrência do cônjuge com os herdeiros na herança do “*de cujus*”, quando casado sob o regime da comunhão parcial de bens, e este vier a deixar bens particulares, se dará sobre todo o espólio, concluindo que, resguardado o direito a meação, o cônjuge terá direito a concorrer em toda a herança e não apenas em relação aos bens particulares, em condição de igualdade, não recebendo quota inferior a $\frac{1}{4}$ da totalidade do espólio.

CONCLUSÃO

Nestes termos, conclui-se que a legislação de um país deve ser elaborada com intuito de se proteger a família. Uma nação com famílias fortes é uma nação forte, pois é formada por cidadãos instruídos que melhor cooperam para o seu crescimento.

Tomando como base todo o acervo doutrinário e jurisprudencial que deu força ao que foi estudado neste artigo, tem-se que o direito das sucessões exerce um papel de extrema importância no âmbito da família, sendo ele o protetor e motivador de sua continuidade, de modo que não é interessante que os cônjuges fiquem desamparados após a dissolução, pelo evento morte, de sua relação.

Para o supérstite, que agora passa a ser herdeiro concorrente a partir do 1º grau na ordem sucessória, que era casado sob o regime da comunhão parcial de bens, e o “*de cujus*” deixou patrimônio particular, o direito sucessório deve ser aplicado da melhor forma que se adeque a sua proteção, sendo este herdeiro em condição de igualdade com os descendentes e ascendentes, não podendo herdar quinhão inferior a $\frac{1}{4}$ do espólio, além da sua meação, quando for o caso.

Ainda, à luz da legislação pátria, não pode a companheira ser colocada em condição de melhor privilégio na sucessão do que o cônjuge, pois, como foi visto, a nossa Carta Magna melhor protege a família oriunda do casamento, devendo assim a regra sucessória ser interpretada sempre em favor do sobrevivente.

Sendo assim, o cônjuge que se encontra na situação descrita acima, tem o direito a concorrer na herança, em relação à totalidade dos bens do “*de cujus*”, inclusive os bens que eram comuns, e não apenas em relação aos bens

particulares, pois não é justo que os descendentes tenham vantagem em relação ao supérstite ou quem esteja vivendo em união estável seja amparada por um direito maior do que quem está casado, adotando o pensamento de que a lei sucessória, em relação ao cônjuge, deve ser interpretada na melhor forma que se adequa a situação destes.

COMPETITION WITH THE HEIRS OF SPOUSE IN LEGACY LEFT BY THE DECEASED, WHEN MARRIED IN THE SCHEME OF COMMUNION OF PARTIAL PROPERTY

Abstract: It is a scientific article in which it is addressed the issue of spousal inheritance rights in competition with the heirs, when he was married under a regime of partial community property and the deceased left private property. Developing concepts he brings his thought since the wedding, explaining its peculiarities, property system, its importance in inheritance law, inheritance law by going to the spouse, who over the years by the Brazilian Civil Code of 2002, had been the target of several changes always looking for the survivor benefit. Thus concentrated work to resolve a major divergence CC/02, about the succession of spouse in the situation described above. For the author, in this case the spouse inherits in equal position and the heirs, participating in the entire inheritance, not getting share of less than $\frac{1}{4}$ of the value of the estate.

Keywords: Marriage. Family. Goods Scheme. Spouse. Succession. Inheritance. Competition. Heirs.

REFERÊNCIAS

- BIRCHAL, Alice de Souza. **Revista Brasileira de Direito de Família**, nº 17, ed. Síntese, p. 115.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009;
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **DIREITO CIVIL BRASILEIRO – Direito de Família**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, VI vol., 2009;
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **DIREITO CIVIL BRASILEIRO – Direito das Sucessões**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, VII vol., 2008;
- LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=128>, acesso em 10 de mai. 2012;
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 31. ed., atual. São Paulo, SP: Saraiva, 1994-2001. 6 v.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL – Direito das Sucessões**. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, VI vol., 2007;
- RODRIGUES, Sílvio. **DIREITO CIVIL – Direito das Sucessões**, 26ª ed. São Paulo: Saraiva, Vol. 7, 2007;
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **DIREITO CIVIL: Direito de Família**. 12ª Ed. São Paulo: Atlas, VI volume, 2012;e

VENOSA, Silvio de Salvo. **DIREITO CIVIL – Direito das Sucessões**. 12^a ed. São Paulo: Atlas, VII vol., 2012, p. 133.

