

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

PATRÍCIA MARQUES DE OLIVEIRA SILVA

**ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA SUCESSÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE:
a repercussão de sua inclusão no rol de herdeiros necessários**

**Juiz de Fora
2010**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

PATRÍCIA MARQUES DE OLIVEIRA SILVA

**ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA SUCESSÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE:
a repercussão de sua inclusão no rol de herdeiros necessários**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF/MG como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel, sob a orientação do Professor Israel Carone Rachid.

**Juiz de Fora
2010**

PATRÍCIA MARQUES DE OLIVEIRA SILVA

**ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA SUCESSÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE:
a repercussão de sua inclusão no rol de herdeiros necessários**

Monografia de conclusão de curso,
apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora
como requisito à obtenção do título de
bacharel em Direito, sob a orientação do
Professor Israel Carone Rachid.

Aprovada em 26/11/2010

Prof.: Israel Carone Rachid

Prof.: Pedro do Carmo Baumgratz de Paula

Prof.(a): Flávia Lovisi Procópio de Souza

Dedico este trabalho ao meu avô Pedro e à minha mãe Eduiges, por me ensinarem, a cada dia, o significado de solidariedade e afeto.

Agradeço ao Mestre Israel pela incansável dedicação, pelo carinho, pela paciência e, principalmente, pela grandeza de sua bondade e sabedoria.

“A essência do bom casamento é o respeito recíproco pela personalidade, combinado com aquela profunda intimidade, física, mental e espiritual, que faz do amor sério entre o homem e a mulher a mais frutífera de todas as aventuras humanas.”

Bertrand Russel

RESUMO

O presente trabalho destina-se a uma análise da modificação introduzida no Direito das Sucessões com a vigência do Código Civil de 2002: a inserção do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário. Esta inovação, que rompeu com o modelo clássico de sucessão de pai para filho, vem acarretando diversos debates entre os estudiosos e aplicadores do direito, especialmente no que se refere à concorrência do cônjuge à sucessão com os descendentes, quando aquele for casado sob o regime da separação convencional de bens. Com essa finalidade, foram analisados o Projeto de Lei de nº 1792/2007, de autoria do Deputado Max Rosenmann, o voto condutor da Ministra Nancy Andrighi, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial de nº 992.749 – MS, em 23/03/2010, e o artigo da lavra de Celina de Sampaio Góes, Promotora de Justiça que atua em Vara de Família, contrapondo-os com a lei e a doutrina dominante.

Palavras-chave: Família; Sucessão; Separação Convencional de Bens; Herdeiros Necessários; Projeto de Lei nº1792/2007; Resp nº 992.749 – MS, j. em 23/03/2010.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O FUNDAMENTO DO DIREITO SUCESSÓRIO	12
2. O DIREITO SUCESSÓRIO NO BRASIL ANTES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	13
3. ASPECTOS GERAIS SOBRE A SUCESSÃO LEGÍTIMA E A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA	15
3.1. Os herdeiros necessários	16
4. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS REGIMES DE BENS	18
4.1. O regime da comunhão universal de bens	18
4.2. O regime da comunhão parcial de bens	18
4.3. O regime da separação de bens	19
4.4. O regime de participação final nos aquestos	20
5. UMA ANÁLISE DOS INCISOS II E III DO ARTIGO 1.829 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS ASCENDENTES E O CÔNJUGE COMO HERDEIRO EXCLUSIVO	22
6. UMA ANÁLISE DO INCISO I DO ARTIGO 1.829 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE COM OS DESCENDENTES	23
6.1. O quinhão do cônjuge sobrevivente	27
7. A REPERCUSSÃO DA INCLUSÃO DO CÔNJUGE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO QUANDO ESTE FOR CASADO NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS	29

7.1. O voto condutor da Ministra Nancy Andrighi, da 3ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial de nº 992.749 – MS, em 23/03/2010	29
7.2. O Projeto de Lei nº 1792/2007 – Autor: Deputado Max Rosenmann	33
7.3. Artigo escrito por Celina de Sampaio Góes, Promotora de Justiça que atua em Vara de Família: “Cônjuge casado no regime da separação de bens não concorre com os descendentes”	33
8. CONSIDERAÇÕES IMPORTANTES	35
8.1. Sobre Família	35
8.2. Sobre Casamento	37
9. A APLICABILIDADE DA SÚMULA 377 DO STF.....	38
CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

INTRODUÇÃO

Com a introdução do Código Civil de 2002 no ordenamento jurídico, o cônjuge sobrevivente foi elevado à condição de herdeiro necessário, situação que não figurava no Diploma de 1916 e que vem acarretando debates no âmbito da doutrina, dos Tribunais e, até mesmo, do Legislativo. A inserção do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário, no ordenamento, inovou em relação à visão clássica de sucessão, de pai para filho, para alguém que não tenha nenhum laço de sangue.

Para alguns, tal inserção é corolário da evolução do direito sucessório e, sobretudo, da consolidação de alguns princípios do Direito de Família, traduzidos nos laços de afetividade, em substituição aos laços simplesmente de sangue. A evolução do Direito de Família acabou modificando a ordem sucessória, privilegiando o fator comunitário em detrimento do fator exclusivo de identidade de sangue e ancestralidade.

Para outros, essa inovação representou um verdadeiro retrocesso, tendo em vista que atingiu os direitos adquiridos pela adoção de um regime de bens e a própria liberdade de pactos.

O debate se torna ainda mais acirrado com a disposição do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, que permite que o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens suceda o *de cuius* em concorrência com os descendentes.

Dessa forma, o objetivo deste trabalho, pautado na obra da autora Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, sobre a sucessão do cônjuge sobrevivente, cinge-se à análise dessa modificação introduzida pelo Código Civil de 2002, qual seja, a inserção do cônjuge no rol de herdeiros necessários, em especial do ponto em que o mesmo concorre com os descendentes quando casado no regime da separação convencional de bens. Foram analisados o julgado da Ministra Nancy Andriighi, no Recurso Especial nº 992.749 – MS, o Projeto de Lei nº 1.792/2007 de autoria do Deputado Max Rosenmann e o artigo do IBDFAM da Promotora Celina de Sampaio Góes, atuante em Vara de Família, que objetivam, em linhas gerais, a exclusão do cônjuge sobrevivente do rol de herdeiros necessários, quando casado no regime da separação convencional de bens.

Sendo assim, o problema central a ser avaliado é se a inserção do cônjuge como herdeiro necessário deve ser mitigada por uma interpretação sistemática do Código Civil de 2002, na qual a sucessão se vincule de maneira indissolúvel aos dispositivos que versem sobre o regime de bens, principalmente no que se refere ao regime da separação convencional.

Propõe-se a resposta prévia de que essa interpretação sistemática, da maneira que propõe a Douta Ministra do STJ Nancy Andrichi, não deve ser considerada correta, tendo em vista que, se o legislador elevou o cônjuge à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, mesmo que no regime da separação convencional de bens, esse tipo de interpretação dependeria de um substrato normativo muito mais sólido, o que é inexistente no Direito Positivo Brasileiro, observando-se tanto a Constituição Federal, como o Diploma Civil de 2002. Além disso, como se verá mais adiante, os argumentos utilizados pela Ministra, que possibilitariam essa interpretação, são extremamente falhos, carecendo, até mesmo, de uma base lógica.

O presente trabalho apresenta, no capítulo primeiro, ainda que de forma sucinta, o fundamento do Direito Sucessório no Brasil.

No segundo capítulo, trata do histórico do Direito Sucessório Pátrio.

O capítulo terceiro retrata a sucessão legítima e a ordem de vocação hereditária, já se ressaltando as inovações advindas com a introdução do Código Civil de 2002 no ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito à sucessão.

No capítulo quarto é feita uma breve consideração sobre o regime de bens, uma vez que este influencia, de maneira decisiva, na sucessão do cônjuge sobrevivente, quando este estiver concorrendo com os descendentes do *de cuius*.

No quinto capítulo há a análise dos incisos II e III do artigo 1.829 do Diploma Civil de 2002, quando o cônjuge concorre, na sucessão, com os ascendentes e quando é o herdeiro exclusivo.

No sexto capítulo é estudado o inciso I do artigo 1.829, do Código Civil de 2002, que versa sobre a concorrência do consorte sobrevivente com os descendentes, considerando que este é o ponto central da discussão, carecendo, portanto, de uma maior atenção.

No capítulo sétimo é analisada a repercussão da introdução do cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários, especificamente a interpretação do artigo 1.829, I do Código Civil de 2002, no voto condutor da Ministra Nancy Andrichi, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 992.749 – MS, em 23/03/2010, além do Projeto de Lei nº 1792/2007, de autoria do Deputado Max Rosenmann e do artigo escrito por Celina de Sampaio Góes, Promotora de Justiça atuante em Vara de Família.

No oitavo capítulo é destacada a importância da família e do casamento na sociedade contemporânea e, em seguida, é apresentada conclusão acerca dos posicionamentos acima elencados em face da doutrina majoritária e do que se contém em nosso Direito Positivo.

1. O FUNDAMENTO DO DIREITO SUCESSÓRIO

A palavra “sucessão” significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens, em decorrência do falecimento de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis* (GONÇALVES, 2010, p.19). O patrimônio é objeto de direito que não se extingue com a morte, uma vez que os sucessores subrogam-se nos direitos e obrigações sobre os bens do morto, excetuando-se as relações jurídicas não patrimoniais e as de caráter personalíssimo, que se extinguem com o falecimento.

A Constituição Federal, no seu artigo 5º, XXX, assegura o direito à herança no rol dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Entretanto, qual é o fundamento do direito sucessório?

É possível entender que este fundamento varia de acordo com o momento histórico, uma vez que tal direito remonta à Antiguidade, tendo como fundamento a religião. Para os gregos e os romanos, duas coisas sempre estavam intimamente vinculadas: o culto e a propriedade familiar. Assim, a sucessão, neste período, tem a finalidade de substituir o falecido na condução dos cultos domésticos pelo filho varão, pelo benefício da primogenitura. O que fazia o filho herdar não era a vontade do pai, mas a necessidade de continuar o culto aos antepassados. Por esse motivo, o filho não tinha o direito de renunciar à herança. A mulher não podia herdar, pois ela não realizava o culto aos antepassados. Ao se casar, passava a pertencer à família do marido e a adorar os seus membros. Mesmo na falta dos filhos varões, a sucessão passava aos colaterais, sempre na linha masculina e nunca às filhas.

Com o passar do tempo, gradativamente, vários hábitos foram sendo abandonados e a maior parte dos indivíduos passou a cultuar um único deus, ao qual não possui nenhum vínculo familiar. Contudo, a idéia de que a propriedade deve se perpetuar na família continuou arraigada.

Importantes modificações ocorreram, como a busca da igualdade entre os filhos, deixando-se de lado práticas discriminatórias em relação ao sexo, primogenitura e origem. O Direito das Sucessões, no século XXI, possibilitou o deferimento de privilégios ao cônjuge e ao companheiro, que é a pessoa escolhida para compartilhar a vida, o amor e o afeto do *de cuius* até o último momento de sua vida. Sendo assim, ainda que presumida, a sucessão atual está vinculada ao amor que o morto nutria em vida, em contraposição à religiosidade e ao temor pós-morte da antiguidade. Com essa nova perspectiva, o cônjuge sobrevivente foi inserido no rol dos herdeiros necessários.

2. O DIREITO SUCESSÓRIO NO BRASIL ANTES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002:

No Brasil Colônia vigoravam as Ordenações do Reino (Ordenações Afonsinas – 1446, Ordenações Manuelinas – 1512 e Ordenações Filipinas – 1603). Mesmo após a independência do Brasil, continuou-se a adotar o Ordenamento Português em virtude da falta de elaboração de uma legislação própria, já que o primeiro Código Civil Brasileiro foi o de 1916.

Somente no governo de Campos Sales (1898 – 1902), Clóvis Beviláqua, um dos maiores juristas de sua época, professor da Universidade de Recife, foi convidado para a elaboração do Projeto do Código Civil.

A Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, promulgou o primeiro Código Civil Brasileiro, que vigeu de 1º de janeiro de 1917 até 10 de janeiro de 2003.

Nesse contexto, a figura da mulher é de pouca expressão na sociedade, limitada ao papel de mãe e dona de casa. Mesmo que as leis começassem a ter como objetivo proteger a mulher, ainda eram muito machistas, pois o marido detinha o comando da família, padecendo a mulher casada de incapacidade relativa, sendo absurdamente equiparada aos pródigos e aos menores de idade. O marido era o patriarca, chefe da sociedade conjugal, tendo o poder de administrar exclusivamente os bens do casal e fixar o domicílio da família. A mulher era obrigada a adotar o nome do marido, precisava de sua autorização para trabalhar e os seus bens particulares também respondiam pelas dívidas de seu consorte.

Somente com a Lei 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) foi extirpada a incapacidade relativa da mulher casada e esta passou a não mais necessitar da autorização do marido para trabalhar.

Com o advento da Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), instituiu-se o divórcio no direito brasileiro, tornando-se facultativa a adoção do patronímico do marido pela mulher, como, também, tornou-se a comunhão parcial o regime legal de bens.

O Código Civil de 1916, no Capítulo XII – Dos Herdeiros Necessários – dispunha que a parte indisponível do patrimônio do *de cujus* somente preservaria o direito à legítima de descendentes e, na falta destes, de ascendentes. O cônjuge não estava inserido no rol dos herdeiros necessários, como foi posteriormente previsto, no Diploma de 2002, em seu artigo 1845. Assim dispõe o artigo 1.721 do Código Civil de 1916:

Art. 1.721: O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo disposto neste código (arts. 1603 a 1619 e 1723).

O cônjuge poderia ser igualmente excluído da sucessão como os colaterais, conforme o artigo 1.725 do Código Civil de 1916:

Art. 1.725: Para excluir da sucessão o cônjuge ou os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar.

Conforme observado, as exigências sociais tornaram imperiosa a introdução de diversas leis infraconstitucionais ao sistema, a fim de que este correspondesse da melhor forma às necessidades e aos anseios da sociedade e, assim, invalidasse diversas disposições injustas do Diploma Civil de 1916. Todavia, este precisava ser urgentemente reformulado, acarretando, tardiamente, a promulgação do Código Civil de 2002.

3. ASPECTOS GERAIS SOBRE A SUCESSÃO LEGÍTIMA E A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

A sucessão legítima é aquela que deriva da lei, diversamente da sucessão testamentária, que resulta, consoante permissão legal, de disposição de última vontade, que é o *testamento*. Ela ocorre quando o autor da herança tiver herdeiros que, de pleno direito, tenham direito a uma parte dos bens, quando o testador não dispuser por ato de última vontade de todos os seus bens, no que se refere à parte disponível de seu patrimônio, e quando o testamento caducar ou for declarado inválido. A sucessão se rege pela lei em vigor na data da morte do *de cujus*, apurando-se, nesse momento, quais são os legitimados a suceder.

A vocação hereditária é o chamamento abstrato dos herdeiros legítimos e testamentários para receber a herança ou legado. Sendo a sucessão *ab intestato*, serão convocados os herdeiros legítimos, obedecida a ordem de vocação hereditária.

Conforme ensina Francisco José Cahali:

A vocação hereditária representa a indicação, de forma abstrata, de pessoas sucessíveis; não a atribuição em si da herança a um sucessor, para a qual, além da previsão legal, há necessidade de conjugação de outros elementos, como a legitimação sucessória, sobrevivência, ainda que por um instante, do herdeiro indicado, e da aceitação da herança. Só com o preenchimento desses requisitos é que se dará a transmissão hereditária. Daí porque é adequado qualificar a vocação hereditária como chamamento virtual, outorgando às pessoas designadas um título, ou fundamento hereditário, que as habilite a apresentar quando reclamarem a herança, para a análise dos demais pressupostos indispensáveis à efetiva conversão do chamamento. (CAHALI, 2003, p. 165).

A lei é que determina a ordem em que serão chamados os herdeiros no artigo 1.829 do Código Civil de 2002:

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. 1640, 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”.

Todavia, a vocação hereditária, por si só, não dá direito ao recebimento da herança. O seu chamamento é considerado virtual, pois, para suceder, deverá o indivíduo apresentar, ainda, outros atributos: *existir* no momento da abertura da sucessão e *ser apto* ao recebimento

da herança, isto é, não ter sido dela excluído. Além disso, deverá aceitar a herança, mesmo que de forma tácita, já que lhe é concedido o direito de renunciá-la.

Percebe-se, então, que a base da sucessão não é somente o parentesco, como ocorria, mas também, a afeição e o elo conjugal, mediante a observância dos pressupostos acima mencionados.

Na sucessão legítima, os herdeiros são convocados segundo uma ordem legal, de forma que uma classe somente será chamada quando faltarem herdeiros da classe preferencial. A existência de herdeiros de uma classe exclui os da classe subsequente, ressalvada a situação do cônjuge que, com a inovação trazida pelo Código Civil de 2002, passou a concorrer com descendentes e ascendentes. É importante salientar os ensinamentos de Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi:

A existência de herdeiros da classe dos descendentes exclui da sucessão os herdeiros da classe ascendente: se deixa ascendente e colaterais, aquele herda o patrimônio inteiro e estes nada recebem. Por outro lado, se o cônjuge concorre com os colaterais, o primeiro recebe todo o patrimônio e os últimos nada. E mais, o cônjuge supérstite, além de concorrer com descendente e ascendente, só herdará a totalidade da herança na ausência de descendentes e ascendentes; e os colaterais, por sua vez, só herdarão se não existirem descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente. Logo, se houver herdeiro sucessível de uma classe considerada preferencial por razões especiais, ele será chamado à sucessão do autor da herança, deixando de fora os herdeiros de outra classe.

Ao estabelecer a ordem de vocação hereditária, a lei inspirou-se na vontade presumida do falecido, em deixar seus bens aos seus descendentes e, na falta destes, aos ascendentes e, em ambos os casos, em concorrência com o cônjuge; não havendo descendentes nem ascendentes, ao cônjuge supérstite; e, na falta de todas essas pessoas, aos seus colaterais. (DANELUZZI, 2008, p. 148)

A ordem de vocação hereditária não tem como base a relação de dependência econômica do *de cuius* com eventuais herdeiros, mas sim com sua vontade presumida. A ordem estabelecida no artigo 1.829 é taxativa, não se estendendo aos companheiros, às pessoas incapacitadas para o trabalho que estivessem sob o sustento do falecido e nem às pessoas jurídicas, que não podem ser consideradas herdeiras – salvo as pessoas jurídicas de direito público interno (que, na verdade, não são consideradas herdeiras, mas se tornarão as legítimas proprietárias dos bens se a herança for declarada vacante).

3.1. Os Herdeiros Necessários

Os herdeiros necessários são aqueles que não podem ser afastados da sucessão por simples disposição testamentária, salvo nos casos de indignidade ou deserdação, ao contrário

dos parentes colaterais, que também são herdeiros legítimos, mas podem ser afastados da sucessão, por não serem contemplados em disposição testamentária, ainda que na ausência dos herdeiros precedentes.

Estes herdeiros possuem o direito à parte indisponível dos bens do autor da herança, isto é, metade do patrimônio deste, que deve ficar reservado para aqueles. A legítima compreende, então, a metade de todos os bens do autor da herança, no momento da abertura da sucessão, deduzidas as dívidas e as despesas com o funeral.

De acordo com o artigo 1.845 do Código Civil de 2002, os herdeiros necessários não são mais somente os descendentes e ascendentes, mas também o cônjuge sobrevivente. Este também passou a ter direito à legítima, não sendo possível afastá-lo da sucessão por disposição de última vontade.

Faz-se mister ressaltar que o cônjuge pode ser afastado da sucessão por indignidade ou deserdação. Entretanto, os motivos que poderão ensejar esta última serão somente aqueles previstos no artigo 1.961 do Código de 2002, considerando que os artigos 1.962 e 1.963 elencam causas referentes à deserdação somente entre ascendentes e descendentes, não dispondo sobre cônjuges.

4. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS REGIMES DE BENS

Com a realização do matrimônio, surgem diversos direitos e obrigações entre os nubentes, inclusive em relação ao patrimônio de cada um deles. Esta última relação será específica para cada regime de bens, podendo, na maioria das vezes, ser de livre escolha do casal ou imposto pela lei, no caso da separação obrigatória, em situações taxativamente enumeradas.

As disposições patrimoniais são feitas em um pacto antenupcial. Este é um contrato solene, com forma prescrita em lei e só terá validade com a realização do casamento. Sendo nulo ou ineficaz, vigorará o regime da comunhão parcial de bens, que, com a vigência da Lei 6.515/77, tornou-se o regime legal e supletivo.

Como pressuposto ao direito patrimonial do cônjuge, antes de estabelecer a partilha da herança deixada pelo *de cujus* que era casado, é preciso preliminarmente compreender o regime de bens, tratado no Livro IV do Direito de Família (artigos 1.639 ao 1.688 do Código Civil de 2002). Somente após apurada e reservada a meação do cônjuge sobrevivente, será constituída a herança do *de cujus*.

4.1. O Regime da Comunhão Universal de Bens

Previsto no artigo 1.667 do Diploma Civil de 2002, este regime faz com que todos os bens móveis e imóveis, direitos e obrigações, bens presentes e futuros se comuniquem, formando uma massa de bens comuns, sem que se possa indicar, na constância do casamento, qual bem pertence a cada um dos cônjuges individualmente. Os cônjuges tornam-se meeiros em todos os bens do casal, mesmo que somente um deles os haja trazido e adquirido, salvo aqueles que a lei, no artigo 1668, estabelece como excluídos da comunhão. Era o regime legal vigente até o surgimento da Lei do Divórcio.

4.2. O Regime da Comunhão Parcial de Bens

Este regime de bens está previsto no artigo 1.658 do Código Civil de 2002. É considerando um regime misto, tendo em vista que se comunicam os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, salvo exceções expressamente previstas no artigo 1.659 da mesma lei e os bens adquiridos anteriormente serão separados em patrimônios distintos. À vista disso, segundo o disposto no artigo 1.665 do Código atual, a administração e a

disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em contrário. Da mesma forma, de acordo com o artigo 1.666, as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em seu benefício, não obrigam os bens comuns e nem os bens do outro cônjuge. Entretanto, os bens comuns responderão pelas dívidas contraídas no interesse do casal.

Será este o regime de bens que irá vigorar em caso de inexistência, ineficácia ou nulidade do pacto antenupcial ou ainda quando não houver obrigatoriedade do regime de separação.

4.3. O Regime da Separação de Bens:

O regime da separação de bens caracteriza-se pela distinção dos patrimônios dos cônjuges, que permanecem estanques, na propriedade, posse e administração de cada um, independentemente de terem sido adquiridos ou não na constância do casamento. De acordo com o artigo 1.687 do Código Civil de 2002, estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que poderá livremente aliená-los ou gravá-los de ônus real.

No regime da separação de bens, existem duas espécies. A primeira delas é a separação obrigatória, que é aquela que não é de livre escolha do casal, mas imposta pela lei na existência das condições previstas no artigo 1.641 do Código Civil, que são: quando os nubentes contraírem o matrimônio com a inobservância de uma das causas suspensivas; quando dependerem, para se casar, de suprimento judicial; quando pelo menos um dos nubentes contar com mais de 60 anos de idade.

Muitas críticas são destinadas a esse dispositivo do Código, por estabelecer restrições à liberdade de escolha do regime de bens às pessoas com capacidade plena para exercer os demais atos da vida civil.

Em decisão unânime, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais considerou válida a doação do cônjuge sexagenário à esposa desde que observada a legítima, em nome do princípio da livre disposição dos bens. Assim explicitou a Relatora Desembargadora Vanessa Verdolim¹:

(...) alargar o sentido da norma prevista no artigo 1.641, II, do Código Civil para proibir o sexagenário, maior e capaz, de dispor de seu patrimônio da maneira que melhor lhe aprouver, é um atentado contra a sua liberdade individual. A aplicação da proibição do cônjuge, já de tenra idade, fazer doação ao seu consorte jovem, deve

¹ TJ/MG – Ap. 1.0491.04.911594-3/001, Rel. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, DJ de 29.03.2005.

ser aplicada com rigor naquelas hipóteses onde se evidencia ao caso concreto que o nubente mais velho já não dispõe de condições para contrair matrimônio, deixando claro que este casamento tem o único objetivo de obtenção de vantagem material.

Muito interessante, também, é o posicionamento de Rolf Madaleno:

(...) curiosa interdição que não impede o sexagenário de decidir sobre o destino das riquezas de outras uniões se, por exemplo, sua profissão for de julgador, atuando como juiz, desembargador, ou ministro de corte superior, cuja profissão exerce até ser compulsoriamente aposentado aos setenta anos. (MADALENO, 2008, p. 552)

Tão absurdo é este dispositivo, que já existe Projeto de Lei (PL nº 6594/2009) – que está dependendo somente da sanção do Presidente da República - de autoria dos deputados Fernando Coruja e César Silvestri, com o objetivo de alterar o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil de 2002 para passar para setenta anos a idade mínima para a imposição do regime de separação obrigatória de bens. Referidos deputados fundamentam esse projeto de lei, alegando que a motivação lesiva para se contrair o matrimônio, isto é, quando um dos nubentes visa obter vantagem material, pode ocorrer em qualquer idade, não formando os sexagenários um grupo hipossuficiente ou com menos condições de se defender das vicissitudes da vida em comparação aos demais grupos capazes. Prova disso é que a idade constitucional para a aposentadoria compulsória se dá aos setenta anos, o que possibilitaria a estranha situação de um julgador poder decidir sobre o destino material de outras uniões, sem poder decidir sobre a sua própria.

Há, também, o regime da separação convencional de bens, que é de livre escolha do casal e deve ser estipulado por pacto antenupcial. Todavia, a separação de bens não impede o dever de ambos os nubentes de contribuírem para as despesas do casal, na medida de suas possibilidades, ressalvando-se a possibilidade de estipulação em contrário no pacto antenupcial.

4.4. Regime da Participação Final nos Aquestos

Neste regime, cada cônjuge possui patrimônio próprio, composto pelos bens que o cônjuge possuía antes de se casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento – artigos 1.672 e 1.673 do Código Civil – 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.

A administração dos bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá alienar livremente, em se tratando de bens móveis. Os bens imóveis somente poderão ser alienados, sem a vênua conjugal, se isso estiver previsto no pacto antenupcial. As dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros.

Assim, podemos observar que se trata de um regime híbrido, no qual os bens particulares são incomunicáveis durante o casamento, mas se tornam comuns – se adquiridos durante o casamento e a título oneroso – no momento da dissolução da sociedade conjugal.

5. UMA ANÁLISE DOS INCISOS II E III DO ARTIGO 1.829 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS ASCENDENTES E O CÔNJUGE COMO HERDEIRO EXCLUSIVO

Na ausência de descendentes, a sucessão será deferida aos ascendentes do *de cujus* em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

Ao contrário do que ocorre quando da concorrência com os descendentes, nesse caso, o cônjuge herda, independentemente do regime de bens que vincula o matrimônio. Herda, até mesmo, no caso da separação obrigatória de bens. Não se pode esquecer, todavia, que deve preencher os requisitos do artigo 1.830 do Código, que será aplicável em qualquer situação.

De acordo com o artigo 1.836 do Diploma Civil, na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas. Segundo o artigo 1.837, se existirem os dois ascendentes em primeiro grau, caberá ao cônjuge somente 1/3 da herança; havendo apenas um ascendente em primeiro grau, ou se maior for o grau, por exemplo, se somente existirem os avós do *de cujus*, e não mais os pais, o cônjuge herdará metade da herança.

Em relação à sucessão do cônjuge como herdeiro exclusivo, o artigo 1.838 do Código atribui a totalidade da herança ao cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens, na ausência de ascendentes e descendentes.

Na ausência de descendentes, ascendentes e cônjuge, a sucessão será atribuída aos colaterais. Estes, entretanto, por não estarem inseridos no rol dos herdeiros necessários, podem ser excluídos da sucessão por simples disposição de última vontade, na qual, todos os bens do *de cujus* sejam destinados a uma terceira pessoa, conforme disposto no artigo 1.850 do Código Civil de 2002.

Por fim, de acordo com a disposição do artigo 1.844 do Código, não havendo nenhum parente sucessível, ou tendo eles renunciado à herança, esta será devolvida ao Município ou ao Distrito Federal, dependendo das circunscrições em que esteja localizada, ou à União, quando situada em território federal.

6. UMA ANÁLISE DO INCISO I DO ARTIGO 1.829 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE COM OS DESCENDENTES

A análise deste inciso foi deixada para este momento, tendo em vista que se encontra nele o objeto de análise mais minuciosa deste trabalho, o “ponto nevrálgico” a ser discutido, por estar acarretando diversos debates nos âmbitos doutrinários, legislativos e jurisdicionais.

Conforme disposto na letra da lei (artigo 1829, *caput* e inciso I do Código Civil de 2002):

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).

Assim, com a morte do autor da herança, serão chamados à sucessão, em primeiro lugar, os descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, se o *de cuius* era casado. Os descendentes constituem-se pelos filhos, netos, bisnetos etc., sucedendo sem limitação de grau, sem distinção de sexo ou idade, uma vez que não mais prevalecem privilégios de varonia ou primogenitura. Sendo os herdeiros da mesma classe, os de grau mais próximo preferem aos mais remotos, ou seja, os filhos preferem aos netos e estes aos bisnetos etc., conforme expressamente disposto no artigo 1.833 da Lei Civil de 2002. Os descendentes de graus diversos somente poderão herdar através do direito de representação, nos casos de herdeiro pré-morto ou indigno.

O artigo 1.611, *caput*, do Código Civil de 1916 dispunha que somente em falta de descendentes e ascendentes seria deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal, ou seja, se o casal não estava separado judicialmente ou divorciado.

Dessa forma, mesmo que o casal estivesse separado de fato e cada qual vivendo em concubinato com terceiro, um herdaria do outro se o falecido não deixasse testamento nem herdeiros necessários, que, na época, eram limitados aos descendentes e ascendentes. Isso poderia ser evitado com a elaboração de testamento, mediante o qual o cônjuge afastasse o outro, do qual se encontrava separado de fato, bastando contemplar terceiro com a totalidade dos bens hereditandos.

Entretanto, como já exposto em linhas precedentes deste trabalho, o Código Civil de 2002 alterou, sobremaneira, esse panorama, inserindo o cônjuge no rol dos herdeiros necessários, concorrendo com os descendentes e ascendentes, e não mais sendo excluído por essas classes.

Na concorrência com os descendentes, o cônjuge herdará dependendo do regime de bens adotado no casamento.

Além disso, o artigo 1.830 do Diploma Civil de 2002 estabelece que o direito sucessório do cônjuge sobrevivente somente será reconhecido 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 tornou impossível sem culpa do sobrevivente.

O artigo anterior vem sofrendo diversas críticas, principalmente no que se refere à segunda parte, qual seja, a de rediscutir ou discutir a culpa do cônjuge sobrevivente, em situações muitas das vezes já sedimentadas, mas que, em se tratando de patrimônio, virão “à baila” com um grande problema, que é a ausência do outro cônjuge, já falecido, para contestar ou confirmar os fatos alegados. A culpa em sede sucessória é muito questionada, tendo em vista que no próprio Direito de Família vem perdendo força, quando da dissolução da sociedade conjugal e não sendo admitida em sede de divórcio.

A separação judicial só pode ser reconhecida, para efeitos no direito sucessório, com a homologação do consentimento de ambos os cônjuges, tratando-se de separação consensual, ou com o trânsito em julgado da sentença que decreta a dissolução da sociedade conjugal, quando for o caso de separação litigiosa. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira:

(...) pendente de homologação, ou de trânsito em julgado o decreto judicial, a dissolução da sociedade conjugal é superada e absolvida (*‘rectius’*: absorvida) pela morte, cujos efeitos, por mais amplos, prevalecem. Dentre eles, o direito à herança. (Pereira, 2006, p.72)

É importante observar que essa afirmação somente é válida para os casos em que a separação judicial em curso não for precedida de separação de fato por mais de dois anos.

Pela leitura do inciso I do artigo 1.829, transcrito acima, é possível observar que, nos casos dos regimes da comunhão universal de bens, da separação obrigatória e da comunhão parcial, quando inexistirem bens particulares, o cônjuge não poderá participar da sucessão. Esta será destinada somente aos descendentes. Sendo assim, e por exclusão lógica, a concorrência do cônjuge será possível quando casado no regime da separação convencional,

no da participação final dos aquestos e na comunhão parcial, quando existirem bens particulares do *de cuius*.

De acordo com Giselda Maria Fernandes Hironaka:

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 sempre que não for obrigatória a separação completa dos bens. (HIRONAKA, 2006, p.220)

A exclusão dos direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente, no caso de união sob o regime da comunhão universal ou da comunhão parcial, inexistindo bens particulares, é justificada considerando que o consorte terá direito à meação, assegurando-se, assim, o objetivo da norma que é fornecer ao consorte sobrevivente condições materiais de prosseguir com a manutenção de sua sobrevivência sem o auxílio do *de cuius*. Sendo assim, direito de herança e direito de meação se excluem mutuamente. Isso explica a distinção no tratamento sucessório conferida aos casados no regime da comunhão parcial com ou sem bens particulares.

A meação é um direito próprio do cônjuge, pertence a cada um dos nubentes independentemente do evento morte, pois se trata de direito preexistente. Cada cônjuge é titular de uma quota parte daqueles bens que, enquanto estiverem casados, não podem ser identificados, mas quando extinto o matrimônio pelo fim da sociedade conjugal (separação judicial) ou o fim do vínculo (divórcio, anulação, nulidade ou a morte de um dos consortes), finda-se o regime e ocorre a partilha dos bens pela metade. Sendo assim, a meação nada tem a ver com a sucessão dos bens do morto, mas deriva do regime de bens, direito patrimonial resguardado dos cônjuges. Falecendo um dos consortes, o sobrevivente retira a sua meação e a partilha será feita sobre a meação do falecido, bem como sobre os bens particulares, caso existam.

Também com essa finalidade foi criada a norma do artigo 1.611, §2º do Código Civil de 1916 e ainda em vigor no artigo 1.831 do Código de 2002, em que se assegura o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, sem prejuízo do que lhe caiba na herança, ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

No entanto, as posições doutrinárias não são pacíficas. A maior parte da doutrina, no que se refere à sucessão quando o casamento for contraído com o regime da comunhão parcial

de bens, entende que o quinhão do cônjuge incide somente sobre a porção dos bens particulares, conforme as palavras de Eduardo de Oliveira Leite:

E nem poderia ser diversa a postura legislativa, já que, nos casos arrolados (regime das comunhão universal e parcial de bens) não há que se falar em concorrência do cônjuge sobrevivente, uma vez que já é meeiro (em decorrência do regime da comunhão), estando economicamente amparado. Nem justo seria que, além da meação concorrem com aquela classe de herdeiros. Tal *bis in idem* fica negado peremptoriamente pela sistemática abraçada pelo legislador nacional. (LEITE, 2004, p. 218).

Já no caso do regime da separação obrigatória de bens, por expressa imposição legal, o patrimônio dos consortes são separados, não existindo a possibilidade de direitos sucessórios em relação aos bens de cada um.

Neste caso, impende observar a Súmula 377 do STF, *in verbis*: “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

O objetivo desta súmula foi atenuar o rigor da norma do parágrafo único do art. 258 do Código Civil de 1916, repetida no artigo 1.641 do Código de 2002. Assim, a princípio, o cônjuge sobrevivente não estaria desamparado, se não possuísse bens próprios a lhe assegurar a subsistência, considerando que teria direito à meação dos bens adquiridos na constância do casamento, observando o STF que, de uma forma ou de outra, o outro cônjuge estaria auxiliando, fornecendo meios, para que referidos bens fossem adquiridos.

Uma parte da doutrina entendia que, para a comunicação desses bens, necessário seria o esforço comum de ambos os cônjuges para se adquirir o bem, o qual deveria ser claramente demonstrado. Todavia, o entendimento mais assente dispensa tal verificação, o que parece mais acertado, tendo em vista que a expressão “esforço comum” não está claramente explicitada no texto da súmula. Na vida do casal, esse esforço comum é sempre presumido.

No entanto, é possível observar que o desamparo do cônjuge sobrevivente pode ocorrer se nenhum bem for adquirido na constância do casamento e ele não possuir bens próprios. Neste caso, não terá direito a nada, nem à meação e nem à sucessão, o que pode tornar a regra do artigo 1.829, I do Código extremamente injusta. Já que a inserção do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário tem como fundamento a vontade presumida do *de cuius*, que é beneficiar e amparar a pessoa com quem escolheu partilhar a vida, a mesma será, nesse caso, totalmente suprimida. A injustiça se torna ainda maior quando, por exemplo, o casal convive por décadas juntos, seja quando o casamento ocorre através de suprimento judicial ou quando um dos nubentes contar com mais de 60 anos de idade.

6.1. O Quinhão do Cônjuge Sobrevivente

Dispõe o artigo 1.832 do Código Civil de 2002:

Art. 1.832: Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer.

A priori, o cônjuge concorre com os descendentes em igualdade de condições, isto é, sucede por cabeça. Porém, a quota do cônjuge nunca poderá ser inferior à quarta parte, quando suceder com descendentes comuns. Dessa forma, se o cônjuge concorrer com até três descendentes a quota será igual a todos, acima desse número de descendentes a sua quota mínima ficaria reservada, enquanto os $\frac{3}{4}$ remanescentes serão divididos pelo número de descendentes.

Se, todavia, o cônjuge sobrevivo não for ascendente daqueles com quem concorrer, não lhe será assegurada a reserva da quarta parte da herança, dividindo-se, entre cônjuge e herdeiros exclusivos do *de cuius*, por quotas iguais.

A lei é omissa quando a concorrência ocorrer com descendentes exclusivos e comuns. Para Francisco José Cahali:

(...) sendo a prole só do falecido, a participação é uma; mas se o sobrevivente for ascendente dos herdeiros com quem concorrer, está abrangida a situação híbrida, devendo, pois, ser reservada a sua parcela mínima de $\frac{1}{4}$ da herança, pois não fala a lei em ascendentes de todos os herdeiros com quem disputar, ou único ascendente dos sucessores. (CAHALI, 2003, p. 216)

Outros se posicionam de forma contrária, interpretando de forma restritiva o disposto no artigo 1.832, como Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

A regra do artigo 1.832 do CC mantém, implicitamente, o critério da igualdade da divisão da herança caso concorra na sucessão legítima do falecido o cônjuge sobrevivente e os filhos somente do autor da sucessão (não comuns), independentemente do número de filhos. Da mesma forma, a despeito da lacuna da lei, deve ser adotada a mesma solução para o caso em que o falecido deixou cônjuge sobrevivente, filhos do casal e filhos próprios do falecido. (GAMA, 2003, p. 145)

As posições adotadas consideram respectivamente as seguintes soluções: considerar todos os descendentes como filhos exclusivos do autor, retirando a reserva de quarta parte da

herança para o cônjuge ou considerar todos os descendentes como filhos do cônjuge, o que lhe daria o direito à reserva da quarta parte.

7. A REPERCUSSÃO DA INCLUSÃO DO CÔNJUGE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO QUANDO ESTE FOR CASADO NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

Depois de todas essas considerações, devemos passar à análise do posicionamento que rechaça a determinação do artigo 1.829, I do Código Civil de 2002, de incluir o cônjuge como sucessor em concorrência com os descendentes, quando aquele for casado no regime da separação convencional de bens.

7.1. O voto condutor da Ministra Nancy Andrichi, da 3ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial de nº 992.749 – MS, em 23/03/2010, retratado na ementa a seguir transcrita:

RECURSO ESPECIAL Nº 992.749 - MS (2007/0229597-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : **GUSTAVO ALVES DE SOUZA E OUTROS**
ADVOGADOS : **PAULO BENEDITO NETO COSTA JUNIOR E OUTRO(S)**
OSMAR TOGNOLO
RECORRIDO : **PAULA ROSA DE SOUZA**
ADVOGADO : **JORGE AUGUSTO BERTIN E OUTRO(S)**

EMENTA

Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência.

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

- Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a

partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02.

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

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

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

- Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos.

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

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

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

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

concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.

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

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

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

Recurso especial provido.

Pedido cautelar incidental julgado prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2009(data do julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

A eminente Ministra faz uma interpretação do artigo 1.829, I do Código Civil, especificamente do ponto em que tal dispositivo permite a concorrência do cônjuge sobrevivente, casado pelo regime da separação convencional de bens – celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública, com os descendentes à sucessão do *de cujus*.

Ela entende ser impositiva uma análise sistemática do dispositivo, harmonizando-o com os demais que enfeixam a temática, levando-se em consideração, precipuamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se espraia no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada, da autorresponsabilidade, da confiança legítima, da qual “brota” a boa-fé.

Para ela, o termo “separação obrigatória”, incluído no artigo 1.829, I do Código, é gênero, do qual derivam duas espécies: a separação legal, que decorre de lei, e a separação convencional, que decorre da vontade das partes. Não remanesce para o cônjuge casado mediante esse regime o direito à meação e, segundo sua interpretação, também não há que se falar em direito à herança. O regime de bens estipulado deve prevalecer na vida e na morte. Sendo assim, ela conclui que o cônjuge sobrevivente não pode ser considerado herdeiro necessário. Para a Ministra, entendimento contrário a este suscitaria uma antinomia entre os artigos 1.829, I e o artigo 1.687 do Código de 2002, que regula o regime da separação de bens.

No caso concreto em julgamento, o relacionamento do casal durou apenas dez meses; quando foi celebrado, o autor da herança já possuía todo o seu patrimônio e sofria de doença incapacitante; e, ainda, foi de mútuo consentimento dos cônjuges a escolha do regime da separação convencional de bens, pactuado através de escritura pública, sendo incomunicáveis todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, bem como seus frutos e rendimentos.

Para a respeitável Ministra, o Direito das Sucessões não pode limitar a liberdade de pactuação quanto ao regime de bens, considerando que o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”. No caso em tela, os nubentes não optaram pela alteração do regime de bens, não houve doação de bens de um cônjuge para o outro e nem mesmo o cônjuge sobrevivente foi beneficiado em testamento, pelo que a Douta Julgadora entende que este não deve ser alçado à condição de herdeiro necessário.

Salienta, ainda, que o princípio da boa-fé deve ser invocado como exigência de lealdade e honestidade entre as partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após declinar solenemente de um direito, não pode se esquivar de sua vontade, expressamente consagrada

em escritura pública. A autonomia privada deve ser preservada pelo fato de que terceiros, nem mesmo o Estado, podem interferir na vida do casal.

7.2 O Projeto de Lei de Nº 1792 de 2007 – Autor: Deputado Max Rosenmann

Em consonância com o julgado acima mencionado, referido projeto de lei, que tem como autor o Deputado Max Rosenmann e relator o Deputado Valtenir Pereira, visa excluir o cônjuge sobrevivente, casado pelo regime da separação convencional de bens, do rol de herdeiros necessários do artigo 1.829, I do Código Civil de 2002.

Argumenta o aludido parlamentar que referido inciso privilegia exageradamente o consorte sobrevivente em detrimento da prole, como, por exemplo, no caso de um pai divorciado que adquire um imóvel para deixar para o filho quando falecer. Pela leitura do dispositivo em tela, o filho teria que concorrer com o novo cônjuge, casado no regime da separação de bens, na sucessão, o que para ele fere o regime da separação convencional de bens, retirando-lhe toda a sua característica.

7.3. Artigo escrito por Celina de Sampaio Góes, Promotora de Justiça que atua em Vara de Família: “Cônjuge casado no regime da separação de bens não concorre com os descendentes”

Segundo a articulista, o artigo 1.829 do Código merece uma correta interpretação, que se distancia da interpretação literal do dispositivo que não exclui o cônjuge sobrevivente de concorrer com os descendentes na sucessão, quando casado no regime da separação convencional de bens. Referido dispositivo somente poderá ser corretamente interpretado se analisado no contexto das regras relativas à questão examinada e não de forma isolada.

Cita o Professor Miguel Reale, quando este criticou o referido artigo no Jornal Estado de São Paulo:

Nessa ordem de idéias, duas são as hipóteses de separação obrigatória: uma delas é a prevista no parágrafo único do art. 1.641, abrangendo vários casos; a outra resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens. A obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão "separação obrigatória" aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1.641. Essa minha conclusão ainda mais se impõe ao verificarmos que – se o cônjuge casado no regime de separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança – estaríamos ferindo substancialmente o disposto no art. 1.687, sem o qual desapareceria todo o regime de separação de bens em razão do conflito

inadmissível entre esse artigo e o de n. 1.828, I [na realidade, art. 1829, I], fato que jamais poderá ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática. (O Estado de São Paulo: São Paulo, 12 de abril de 2003, p.2).

Dessa forma, segundo o autor, a separação obrigatória abrangeria tanto a separação legal como a convencional, o que não permitiria a concorrência do consorte sobrevivente, casado no regime da separação convencional de bens, com os descendentes. Se os consortes pactuaram a separação convencional de bens no matrimônio, provavelmente não gostariam que o cônjuge supérstite fosse seu herdeiro em concorrência com os descendentes, caso contrário, poderiam ter feito doações em vida ao consorte ou poderiam beneficiá-lo em testamento.

8. CONSIDERAÇÕES IMPORTANTES:

8.1. Sobre Família

A família não é imutável, não é um fenômeno estático, pois depende do contexto histórico, político e social que está sendo analisado. Também será influenciada por valores morais ou religiosos e pela maior ou menor proteção estatal a ela destinada em determinado momento.

Assinala o doutrinador Paulo Nader:

família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum. (NADER, 2009, p.3)

Para Caio Mário da Silva Pereira, em senso estrito:

família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos. Aí se exerce a autoridade paterna e materna, participação na criação e educação, orientação para a vida profissional, disciplina do espírito, aquisição dos bons ou maus hábitos influentes na projeção social do indivíduo. Aí se pratica e desenvolve em mais alto grau o princípio da solidariedade e cooperação recíproca. (PEREIRA, 2009, p.23)

Podemos, ainda, destacar o posicionamento adotado por Rodrigo da Cunha Pereira (1997, p. 24) ao identificar a base cultural da família, afirmando ser ela “uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem entretanto estarem ligados biologicamente”. (...) “Um indivíduo pode ocupar um lugar de pai sem ser o pai biológico”.

A estruturação da família está intimamente ligada ao avanço da sociedade, rompendo com tradições impostas e não está vinculada, tão somente, às questões biológicas. A família corresponde a algo maior, fundada na realização e felicidade de cada um dos seus membros.

Funda-se “a família pós-moderna, em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles”. (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p.5).

O ilustre doutrinador Guilherme Calmon Nogueira da Gama fala sobre a evolução da família:

(...) diante das transformações operadas no curso do Século XX nos valores culturais, econômicos, políticos e sociais, logicamente a família não poderia deixar de ter recebido os impactantes reflexos das mudanças. No sistema jurídico brasileiro, em particular, a Constituição Federal de 1988 provocou vital remodelação dos vínculos jurídicos diante dos valores e dos princípios fundamentais alçados ao ápice do ordenamento jurídico e, logicamente, que numa mudança de perfil do Direito das Sucessões, a sucessão legítima recepcionou inúmeros valores e princípios como os da dignidade da pessoa humana dos integrantes da família, da igualdade substancial entre homens e mulheres, da especial proteção das famílias, do pluralismo dos modelos familiares, da cidadania e da democracia no âmbito das relações intersubjetivas – notadamente entre os próprios familiares. (GAMA, 2003, p. 12)

A ordem jurídica reconhece e protege a família, considerando que a mesma é a base da sociedade, devendo, por esse motivo, merecer especial proteção do Estado (artigo 226, caput, da Constituição Federal). Assim, no novo cenário de Constitucionalização do Direito Civil, encontra-se especificamente o Direito das Famílias, nos artigos 226 a 230 da Constituição de 1.988, sendo que estas normas foram erigidas à categoria das cláusulas pétreas.

Hodiernamente, já podemos falar de “família socioafetiva”, em que seus membros não se ligam apenas por meio de um fator biológico, mas, sobretudo, por meio do afeto. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e amor, uma vez que os pais exercem o poder familiar no interesse de seus filhos, mais como um dever do que como um direito. Assim, a família deve centrar-se, primordialmente, na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social. Nesse ponto, podemos destacar a necessidade de se considerar como família outros tipos de uniões além daquelas provenientes do casamento. O nosso ordenamento jurídico deu um grande passo, em consonância com a realidade, ao reconhecer como entidade familiar a união estável, conforme determinado na Constituição Federal. Entretanto, ainda é bastante retrógrado por não reconhecer como família a união entre pessoas do mesmo sexo, o que perpetua, sobremaneira, a marginalização desses casais e dificulta a concretização de direitos que também lhes são inerentes, como qualquer outro ser humano. A discriminação de pessoas em virtude de sua opção sexual, não obstante ser extremamente injusta, ainda permeia o nosso ordenamento jurídico.

A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir o *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal, no inc. III do art. 1º, consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, a igualdade formal e material de todos perante a lei.

Desconsiderando-se esses grandes problemas do nosso sistema jurídico, já que não são o objetivo deste trabalho, temos que o nosso Diploma Civil tem como modelo de família aquele fundado na comunhão plena de vida (artigo 1.511 do Código Civil de 2002), de modo

que seja estruturada com base no afeto e na realização pessoal de seus membros, refletindo sua união material e espiritual no desenvolvimento da personalidade dos seus membros e no objetivo primordial de felicidade, já que se configura como o núcleo básico e essencial de qualquer sociedade.

O Direito Sucessório está baseado não só no direito de propriedade, mas também, no Direito de Família, que merece especial proteção do Estado, conforme disposto no artigo 226 da Constituição Federal, tendo como intuito proteger e perpetuar a família. O Direito das Famílias é o mais humano dos direitos, tendo em vista que é no seio familiar que a pessoa humana desenvolve a sua personalidade e os seus atributos personalíssimos.

8.2. Sobre Casamento

Sem ter a finalidade de conceituar o casamento, podemos entendê-lo como o vínculo jurídico entre homem e mulher, gerando para estes direitos e deveres recíprocos, tais como a fidelidade, assistência, respeito, entre outros.

São complexas e múltiplas as finalidades do casamento. Tradicionalmente, a finalidade do casamento é a procriação, com o intuito de se perpetuar a espécie. Entretanto, não é possível entender que esta é uma finalidade essencial do casamento, pois muitas pessoas se casam e optam por não ter filhos ou são impedidas, por diversos fatores, como a idade e a saúde, por exemplo, de terem filhos.

Na verdade, a finalidade do casamento é satisfazer uma necessidade natural do ser humano de ter assistência e afeto de outro. A comunhão plena de vida, a satisfação do amor recíproco e o afeto formam o sustentáculo da subsistência do casamento.

Não obstante as diversas fontes de felicidade pessoal, a formação da família através do casamento continua sendo objetivo de grande parte das pessoas. O sonho de encontrar aquele que será a sua metade, seu companheiro para os momentos de alegria, o suporte para os dias difíceis, é alimentado por todos. O sucesso profissional, financeiro e religioso, muitas vezes, não apaga a necessidade de encontrar um companheiro para partilhar essas conquistas. As estatísticas mostram que, apesar das facilidades das uniões informais, o número de casamentos vem crescendo. Como visto, após uma longa evolução dos fundamentos que levaram pessoas a contrair matrimônio, atualmente, o objetivo da conservação matrimonial é dar e receber amor. É o vínculo afetivo o maior sustentáculo da manutenção do casamento.

9. A APLICABILIDADE DA SÚMULA 377 DO STF

Dispõe a súmula 377 do STF: “*No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.*”

Esta súmula foi criada ainda na vigência do Código Civil de 1916, em virtude das disposições contidas nos artigos 258 e 259:

Art. 258: “Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial.

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens do casamento:

I – Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuído no art. 183, XI a XVI (art. 216).

II – do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos;

III – do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos art. 394 e 395, embora case, nos termos do art. 183, XI, com o consentimento do tutor.

IV – de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, XI, 384, III, 426, I, e 453).

Art. 259: Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”

Em razão do disposto no artigo 259 acima transcrito, aqueles que se casassem pelo regime da separação de bens e não excluíssem, expressamente, em pacto antenupcial, a comunhão dos aquestos, teriam a comunicação dos bens adquiridos de forma onerosa na constância do casamento. Nesse contexto, foi editada a Súmula 377 do STF, que tinha como finalidade atenuar o rigor da norma do artigo 258 do Código de 1916, que não dá possibilidade de escolha quanto ao regime de bens aos nubentes inseridos em um dos casos dos incisos I a IV deste artigo. A Súmula 377 do STF teve a finalidade de impor a comunicação de bens adquiridos na constância do casamento, o que poderia ser afastado, mediante expressa cláusula no pacto antenupcial, no caso do regime da separação convencional de bens, mas não no caso da separação obrigatória.

Com a vigência do Código Civil de 2002, o artigo 259 do código anterior foi revogado, não havendo nenhum artigo correspondente a ele no diploma atual. Dessa forma, é possível entender que a separação convencional de bens é, agora, absoluta, independentemente de haver cláusula no pacto antenupcial que exclua a comunhão dos aquestos. Mesmo os bens adquiridos a título oneroso durante o casamento, não se comunicam.

Os doutrinadores, então, passaram a discutir sobre a aplicação da Súmula 377 do STF quando da entrada em vigor do Código Civil de 2002.

Há uma orientação minoritária no sentido de afastar a vigência desta súmula, considerando que “se o teor do art. 259 do Código Civil de 1916 não foi repetido no novo Código, parece que a Súmula 377 do STF já não tem razão de ser”, conforme diz CHINELATO *apud* SILVA PEREIRA (2009, p. 200).

Em outra linha, segue a maior parte da doutrina, como Gustavo Tepedino:

Tratando-se do regime da separação de bens, os aquestos provenientes do esforço comum devem se comunicar, em exegese que se afeiçoa à evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa, estando sumulada pelo Supremo Tribunal Federal.

E completa:

(...) se a *ratio* da construção jurisprudencial traduz inegavelmente, preocupação com a prevalência do Princípio da Solidariedade, há que se vincular a incidência do Enunciado às hipóteses em que a imposição do regime patrimonial perdure e seja merecedora de tutela. Assim, em relação aos incisos I e III, o Enunciado deve prevalecer enquanto persistirem os impedimentos legais. (TEPEDINO, 2008, p.117)

Não obstante os diversos entendimentos sejam relevantes para o debate, certo é que a Súmula 377 do STF continua ainda sendo aplicada em julgados recentes, uma vez que não foi revogada, e de forma reiterada, conforme é possível se extrair dos seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial nº 646.259 – RS de 22/06/2010; Agravo nº 1.119.556 – PR de 15/06/2010.

O Tribunal Superior, assim, continua mantendo o posicionamento no sentido de atenuar o rigor da norma do artigo 1.641 do Código Civil de 2002, que determina, para os casos disposto nos seus incisos, a obrigatoriedade do regime da separação de bens, o que se coaduna com o Princípio da Solidariedade.

CONCLUSÃO

Após a análise de todos os pontos relevantes à questão, é possível retornar ao problema de se saber se a concorrência, na sucessão, do cônjuge casado no regime da separação convencional de bens, com os descendentes, pode ser mitigada pela interpretação sistemática do artigo 1.829, I do Código Civil de 2002, conforme proposto pela Ministra do STJ.

Conforme já antecipado na introdução deste trabalho, o entendimento da Ministra Nancy Andriahi deve ser rechaçado, uma vez que os argumentos utilizados pela mesma, para se possibilitar uma interpretação sistemática do dispositivo em questão, carecem de substrato normativo sólido e de coerência, como se passará a expor.

Muito embora seja respeitável o voto da Ministra do STJ Nancy Andriahi no Recurso Especial de número 992.749 – MS (2007/0229597-9), certo é que o artigo 1.829, I do Código Civil de 2002, não exclui o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação convencional de bens da sucessão. Muito pelo contrário, considerando que, de acordo com o artigo 1.845 do mesmo Diploma, ele foi inserido no rol dos herdeiros necessários. Sendo assim, não é possível o entendimento de que deve ser excluído da sucessão mediante a pactuação daquele regime de bens. Uma restrição dessa natureza não pode ser imposta através de uma interpretação, mas tem que estar determinada de forma taxativa, expressa, no dispositivo, o que não ocorreu, pelo que o julgamento da eminente Ministra pode ser considerado ilegal, por afrontar diretamente dispositivo de lei.

E mais, com todo o respeito que merece o posicionamento da Ministra, bem como do doutrinador Miguel Reale, é forçoso em demasia entender que a separação obrigatória, citada no artigo 1.829, I do Código, abrange a separação legal e a convencional de bens. O termo separação obrigatória sempre foi utilizado para designar a separação legal de bens, aquela que não pode ser livremente pactuada pelos nubentes. Sendo assim, o argumento utilizado não é válido por afrontar diretamente um termo já consolidado e costumeiramente usado para designar somente a separação de bens imposta pela lei. Conforme mesmo dispõe o artigo 1.641 do Código Civil de 2002 – artigo que se encontra nas disposições gerais sobre o regime de bens: “É obrigatório o regime de bens no casamento”, quando elenca tão somente as situações em que a lei obriga que os nubentes se casem por esse regime, que são: quando os nubentes contraem o matrimônio com a inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; quando um dos nubentes possuir idade acima de 60 anos; no caso de nubentes

que dependerem do suprimento judicial para se casar. A palavra “obrigatório” só ocorre nos casos específicos do artigo 1.641, não sendo utilizada, em nenhum outro momento, o que torna como único entendimento possível que referido termo somente se refere à separação legal, quando não há, para os nubentes, a possibilidade de escolha do regime de bens que vinculará o casamento.

Além disso, por mero raciocínio lógico, a palavra obrigatório – em que não se abre a possibilidade de escolha - se contrapõe, diretamente, à palavra convencional – em que se infere a possibilidade de manifestação da vontade. Dessa forma, a afirmação de que a separação convencional e legal são espécies do gênero separação obrigatória será fatalmente desconsiderada. Não há a mais ínfima possibilidade de algo que possa ser pactuado derivar de outro em que não há essa possibilidade de escolha. Um regime de bens não pode ser convencional e obrigatório ao mesmo tempo, “convencional” e “obrigatório” são termos antagônicos.

Vale ainda ressaltar que a vigência da Súmula 377 do STF, conforme demonstrado no capítulo anterior, se contrapõe ao julgado da Ministra Nancy Andrighi, também já transcrito em linhas precedentes, considerando que esta confunde a expressão “separação obrigatória” com a separação convencional. A Súmula 377 do STF foi editada para reger as separações legais, comumente designadas, também, como obrigatórias, dispondo que se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento quando o matrimônio ocorrer sob esse regime.

No caso da separação convencional de bens, entende-se que há uma separação absoluta dos patrimônios, não sendo possível, nem mesmo, que se comuniquem os bens adquiridos na constância do casamento.

Sendo assim, ao ignorar por completo a aplicabilidade da Súmula 377 do STF, a Douta Ministra do STJ deixou de observar que os termos separação obrigatória e legal são utilizados para designar a mesma situação, e que não se confundem com a separação convencional de bens, uma vez que as consequências da separação obrigatória ou legal serão diversas das consequências da separação convencional: na primeira, pela imposição da Súmula 377, haverá a comunicação dos aquestos e, na segunda, a separação será absoluta, não ocorrendo qualquer tipo de comunicação dos bens, seja em que momento for da vida dos nubentes.

Há que se observar, ainda, que o artigo 1.790 do Código Civil de 2002, que estabelece a sucessão do companheiro, não condiciona a participação do companheiro, na sucessão, ao regime de bens:

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

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

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

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança;

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

O referido dispositivo sofre com as mais diversas injustiças que pode provocar, como uma possível desigualdade quanto ao recebimento da herança entre os filhos comuns e os exclusivos do autor da herança, se coexistirem; a possível destinação de uma grande parcela da herança (dois terços) a um parente sucessível afastado, por exemplo, um primo, em detrimento do companheiro, que receberá somente um terço; a sucessão somente dos bens adquiridos na constância da união estável e de forma onerosa; e o próprio erro na localização do dispositivo, que se encontra nas “Disposições Gerais” do Livro das Sucessões, não sendo, todavia, o propósito deste trabalho criticar esse dispositivo.

O que importa é perceber que, na sucessão do companheiro, independentemente do regime de bens escolhido para reger a união, o sobrevivente participará da sucessão se existirem bens adquiridos onerosamente durante a união. A partir disso, é possível se extrair a conclusão de que, se for considerado o entendimento da ministra Nancy Andrighi no julgado do Recurso Especial de nº 992.749 – MS, o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens estará em posição desprivilegiada em face do companheiro, o que poderia acarretar, até mesmo, um maior desinteresse em celebrar o casamento, considerando que, pelo menos neste ponto, a união estável é mais favorável do que o matrimônio. Essa solução afronta diretamente o objetivo que consta na Carta Magna de converter uniões estáveis em casamento, conforme disposto no artigo 226, §3º: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento” e também o disposto no artigo 1.726 do Código Civil: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”.

Muito embora a própria Constituição Federal de 1988 reconheça a união estável como entidade familiar – o que ocorreu tardiamente, considerando que é um fato social -, claro está que privilegia o casamento em face da união estável, por facilitar a sua conversão naquele e, pela própria legislação, como um todo, não igualar os direitos entre cônjuge e companheiro,

criando, na maior parte das vezes, mais benefícios para aquele que se encontra casado, do que para aquele que mantém união estável. O entendimento da Ministra do STJ afronta diretamente esse objetivo constitucional.

Não é possível deixar de dizer que o regime de bens veio facilitar a vida do casal no caso de uma eventual separação. Quando estipulado em comum acordo o regime da separação convencional de bens, este facilita sobremaneira a dissolução do casamento, uma vez que não haverá discussão sobre qual bem ficará para cada cônjuge ou se um ou ambos terão que deixar o imóvel para uma alienação e posterior rateamento dos valores percebidos.

No entanto, quando a dissolução do casamento não ocorre, é possível entender que ambos os cônjuges compartilham de uma vida satisfatória – pelo menos é o que se espera. Se continuam casados, é porque a comunhão de vida entre eles continua sendo a melhor forma de se viver.

Dessa forma, questões patrimoniais, apesar de importantes, não serão mais prioridade, mas sim a solidariedade, a compreensão e o carinho mútuos, coisas que não podem ser valoradas monetariamente. E, quando um dos cônjuges falece, o outro, que sobrevive, certamente ficará desamparado no que concerne a essa companhia, a esse afeto. Por esse motivo, o legislador entendeu que a vontade do autor da herança, já que até o último minuto de sua vida compartilhava de tudo com o seu cônjuge, era que o sobrevivente continuasse com a sua vida da forma mais semelhante a que tinha antes deste falecimento, o que foi consubstanciado no artigo 1.829, I do Código civil de 2002, ao permitir que o cônjuge sobrevivente, casado no regime da separação convencional de bens, concorra com os descendentes na sucessão, ao permitir que o cônjuge seja também um herdeiro necessário. Não há como entender que um indivíduo que viveu, por escolha própria, com outra pessoa, até o momento de sua morte, queira que a mesma passe a sofrer com privações materiais, tendo em vista que já sofrerá de maneira inexorável pela perda de seu cônjuge. Este só pode querer que o outro viva da melhor maneira possível e não fique desamparado.

Nesse passo, o legislador passou, então, a reconhecer maior importância à conjugalidade, à afetividade, à vida em comum mantida pelo casal até o último momento da vida. Na verdade, pode-se pensar, até mesmo, que o cônjuge é o único herdeiro legítimo e necessário do autor da herança, pois foi a única pessoa que ele teve o poder de escolher para fazer parte de sua vida. Os descendentes e ascendentes, pelo contrário, não podem ser escolhidos.

Da mesma forma que os descendentes e ascendentes, presume-se que o autor da herança queira proteger, amparar o cônjuge, pessoa com quem escolheu partilhar e construir uma vida. Por esse motivo, nada mais justo do que considerar o consorte sobrevivente como um herdeiro necessário, mesmo que tenha se casado pelo regime da separação convencional de bens.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil de 1916**. São Paulo, Saraiva: 2000.

_____. **Código Civil de 2002**. São Paulo, Saraiva: 2009.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo, Saraiva: 2009.

_____. Congresso Nacional. Projeto de Lei 1792/2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=363211>. Acesso em: 02 de agosto de 2010.

_____. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Vade Mecum Compacto, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp: 992.749 – MS. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=5015618&sReg=200702295979&sData=20100205&sTipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 02 de agosto de 2010.

CAHALI, Francisco José. **Curso Avançado de Direito Civil, Direito das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v.6.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil – Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2003.

GÓES, Celina de Sampaio. **Sucessão: Cônjuge Casado no Regime da Separação de Bens não concorre com os descendentes**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=313>>. Acesso em: 20 de setembro de 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil, do Direito das Sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 21.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v.5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v.5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v.6.

TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre o regime de bens no Código Civil**. São Paulo: Revista do Advogado nº 28, 2008.