



UCAM – UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES
ATAME PÓS-GRADUAÇÃO E CURSOS

SARAH ALVES MARTINS

**DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE DE
ACORDO COM O REGIME DE BENS**

Goiânia

2015

SARAH ALVES MARTINS

**DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE DE
ACORDO COM O REGIME DE BENS**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso de
pós-graduação “lato sensu” em Direito
Civil e Processo Civil.

Goiânia

2015

SARAH ALVES MARTINS

DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE DE ACORDO COM O REGIME DE BENS

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação "lato sensu" em Direito Civil e Processo Civil.

Aprovada em: ____ / ____ / ____

Goiânia

2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por poder concluir mais essa etapa com saúde e paz.

Agradeço aos meus pais, pelo apoio oferecido para realizar mais um curso de grande importância para minha vida profissional.

RESUMO

O presente trabalho analisou os preceitos do direito das sucessões e do direito de família a fim de demonstrar a importância de se relacioná-los para a correta aplicação da ordem de vocação hereditária. Isso porque, entendeu-se que há incongruência na norma que prevê a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com descendentes, principalmente dos casados sob o regime da separação convencional, uma vez que não reflete a incomunicabilidade de bens pactuada pelas partes. Para tanto, pontuou-se as principais características que marcaram a evolução do direito sucessório, destacando-se também os tipos de regime de bens e as características de cada um. Além disso, utilizou-se de posições de renomados autores para fundamentar que embora o diploma civil tenha optado por colocar o cônjuge sobrevivente na condição de herdeiro necessário, deveria ter respeitado o que foi pactuado entre os cônjuges no momento da realização do pacto antenupcial no que tange à destinação do patrimônio. Em seguida, destacou-se as decisões dos tribunais que envolvem a discussão sobre o direito de herança dos casados sob o regime da separação convencional, com o intuito de demonstrar a divergência não apenas doutrinária, mas dos tribunais. Por fim, defendeu-se a imediata alteração do atual diploma civil para corrigir a contradição existente no artigo 1.829, do Código Civil, em razão da necessidade de se preservar o princípio da igualdade entre os cônjuges e da autonomia dos mesmos.

Palavras-chave: Direito sucessório. Direito de família. Ordem de vocação hereditária. Concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente. Regime de separação convencional de bens.

ABSTRACT

This study examined the precepts of the law of succession and family law in order to demonstrate the importance of relating them to the correct application of heredity order. This because it was understood that there is inconsistency in the rule providing for the succession of the competition surviving spouse with descendants, especially the married by the regime of conventional separation as it does not reflect the separation of property agreed by the parties. Moreover, were pointed up the main features that marked the evolution of inheritance law, also highlighting the types of property regime and the characteristics of each. In addition, it was used by renowned authors to support positions that although the civil law has chosen to put the surviving spouse in the necessary condition heir, should have followed what was agreed between the spouses at the time of the prenuptial agreement in regarding the allocation of assets. Then were highlighted court decisions involving the discussion of the right of inheritance of married by the conventional separation regime, in order to demonstrate the divergence not only doctrinal, but of the courts. Finally, it was defended the immediate change of the current civil law to correct the contradiction in Article 1829 of the Civil Code, because of the need to preserve the principle of equality between spouses and autonomy of them.

Keywords: Succession Law. Family law. Order of heredity. Competition succession of the surviving spouse. Regime of conventional separation of property.

Lista de Abreviaturas e Siglas

Art. – Artigo

CC – Código Civil

N. - Número

REsp – Recurso Especial

TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal

TJGO – Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE DE ACORDO COM O REGIME DE BENS E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL	11
2. REGIME DE BENS E OS DIREITOS PATRIMONIAIS CONFERIDOS A CADA ESPÉCIE.....	18
3. DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A CONTRADIÇÃO EXISTENTE EM RELAÇÃO AO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL.....	27
4. ENTENDIMENTOS A RESPEITO DO TEMA.....	34
4.1. Código Civil de 2002 x Decisões dos Tribunais	34
4.2. Jurisprudências do STJ.....	36
4.3. Elucidação do tema e importância da Segurança Jurídica	43
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

INTRODUÇÃO

Atualmente, mesmo diante de núcleos familiares atípicos, o casamento ainda tem papel relevante na sociedade e, conseqüentemente, reflete em diversas questões jurídicas, como as relacionadas ao direito sucessório.

Dentre elas, destaca-se a inovação do Código Civil de 2002 que elevou o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário e previu, inclusive, a concorrência sucessória do mesmo com descendentes e ascendentes, gerando muitas discussões.

Isso porque, além de colocar o cônjuge sobrevivente em um patamar muito elevado, referida novidade trouxe algumas incongruências ao se relacionar o direito sucessório com o direito de família, uma vez que ao estabelecer as regras para a ordem de vocação hereditária, o legislador não considerou corretamente as características e os efeitos patrimoniais de cada regime de bens.

Assim, contraditoriamente, as novas disposições colocaram os descendentes na primeira classe, concorrendo com o cônjuge sobrevivente, a depender do tipo de regime de bens; os ascendentes na segunda classe, também concorrendo com o cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens; o cônjuge sobrevivente na terceira classe; e os colaterais na última.

Com relação à concorrência sucessória do cônjuge supérstite com os descendentes, estabeleceu o legislador que haveria a exclusão em três hipóteses – na comunhão universal, na separação obrigatória e na comunhão parcial, em caso do *de cuius* não ter deixado bens particulares.

Ocorre, porém, que tal previsão fez surgir a discussão sobre qual foi o critério utilizado pelo legislador para determinar que somente esses tipos não ensejariam a concorrência sucessória, enquanto que os demais sim, identificando-se aí o equívoco.

Nesse sentido, destaca-se o regime da separação convencional, que embora preveja a incomunicabilidade de bens, dá direito ao cônjuge sobrevivente de

concorrer com descendentes, ascendentes e, ainda, de herdar na terceira classe da ordem de vocação hereditária, nos termos do diploma civil, que não prevê esse regime como uma das exceções.

Em razão disso, percebe-se a importância de se analisar a presente problemática, uma vez que a opção do cônjuge por determinado regime de bens influencia no seu direito de herança quando em concorrência com descendentes, não é levado em consideração quando em concorrência com ascendentes e nem quando o mesmo é chamado a suceder na terceira classe, não espelhando, assim, em determinadas situações, a autonomia da vontade dos nubentes que pactuaram, em vida, a destinação de seus patrimônios.

Assim, com o intuito de realizar uma profunda análise sobre o tema, será necessário detalhar a evolução do direito sucessório, os efeitos patrimoniais de cada regime de bens, a contradição existente em relação ao regime da separação convencional e as decisões dos tribunais relacionadas para, então, elucidar a discussão.

Com relação à evolução do direito sucessório, verifica-se que a cultura de cada época foi traçando suas características, relacionadas principalmente à família e à propriedade, até chegar aos dias de hoje. Isso porque, os primeiros indícios do direito sucessório apareceram com a consolidação da família que, com o intuito de dar continuidade ao culto doméstico, passou a acumular propriedade. Com o decorrer dos anos, a transmissibilidade que era essencialmente extrapatrimonial, transformou-se em patrimonial com características peculiares, o que será pontuado em capítulo específico, destacando-se o Código Civil de 1916 e as significativas mudanças para o novo diploma civil.

Em se tratando dos regimes de bens, destaca-se que o atual diploma civil prevê cinco tipos, quais sejam, o da comunhão parcial, o da comunhão universal, o da participação final nos aquestos, o da separação convencional e o da separação obrigatória, em que cada um prevê regras específicas de destinação do patrimônio, que serão analisadas com o intuito de compreender os efeitos patrimoniais para posterior comparação com o direito sucessório do cônjuge sobrevivente.

A respeito da contradição existente em relação ao regime da separação convencional, destaca-se que respectiva discussão se deu em razão da colocação do cônjuge supérstite na condição de herdeiro necessário, concorrendo inclusive com descendentes e ascendentes, o que será pormenorizado no decorrer do trabalho.

Isso porque, além de ser tema das doutrinas dos mais renomados autores, é também matéria de discussão dos tribunais, que não pacificam se reconhecem as disposições das normas de direito sucessório ou se levam em consideração a autonomia da vontade do casal para analisar o direito sucessório do cônjuge sobrevivente de acordo com o regime de bens escolhido, gerando uma insegurança jurídica.

Por esta razão, verifica-se a necessidade da análise dos fundamentos trazidos pelos tribunais, bem como dos artigos do Código Civil relacionados ao tema, a fim de se alcançar a melhor interpretação referente à contradição destacada, recuperando-se assim, a segurança jurídica, o que se fará por meio do método dedutivo, com a utilização da pesquisa bibliográfica como método auxiliar, destacando a Constituição Federal, as doutrinas cíveis e as jurisprudências relacionadas ao tema.

1. O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE DE ACORDO COM O REGIME DE BENS E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

Os primeiros indícios do direito sucessório surgiram após a consolidação da família, em que o homem deixou de ser nômade e passou a acumular patrimônio. Assim, os bens que anteriormente eram comuns, passaram a pertencer a pessoas específicas, surgindo então a propriedade privada. (DIAS, 2011, p. 27)

Destaca-se que o primeiro fundamento da sucessão foi de origem religiosa, em que a sucessão se dava “exclusivamente pela tomada do lugar do *de cuius* na condução do culto doméstico pelo herdeiro”. Ressalta-se, porém, que o mesmo não recebia os bens em transmissão, vez que não pertenciam ao morto, mas a toda a família, capitaneada pelo homem mais velho. (HIRONAKA, 2004, p. 2-3)

É o que se extrai da obra de Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 5):

Antes, pois, de ser econômico, o fundamento da sucessão por causa de morte foi religioso: os bens transmitiam-se do defunto ao herdeiro como instrumento propiciatório aos deuses domésticos, e bem assim como meio de continuar na descendência a religião dos antepassados. A unidade da família e a autoridade do seu chefe concorrem, de um lado, na transmissão de pleno direito e, de outro, na criação do testamento. [...]

Assim, a aquisição da propriedade fora do culto era exceção. Em razão disso, o testamento e a adoção sempre foram muito importantes em Roma e nos demais povos antigos, vez que, segundo acreditavam, se não houvesse sucessor, tal fato traria infelicidade aos mortos e extinguiria o lar. (VENOSA, 2014a, p. 2-3)

Dentro desse contexto, ressalta-se a característica sucessão na linha masculina e a predominância da sucessão testamentária, como consequência da necessidade, no direito romano, da continuidade do culto familiar – “A propriedade e o culto familiar caminhavam juntos. A propriedade continuava após a morte, em razão da continuidade do culto”. (VENOSA, 2014a, p. 3)

Nesse sentido, destaca-se que a partir do direito romano é que o conhecimento da evolução histórica do direito das sucessões torna-se mais visível, destacando-se a Lei das XII Tábuas, que previa a possibilidade de disposição dos bens do *pater familias* em testamento, sendo que, não havendo disposição testamentária, seguia-se à sucessão aos herdeiros. (GONÇALVES, 2010, p. 21)

Quando a propriedade passa a ser individual, todavia, o fundamento da sucessão conduz para a necessidade de continuidade patrimonial, em que a noção de sucessão universal se torna mais clara no direito romano – a sucessão por testamento não podia conviver com a sucessão por força da lei – ou era nomeado por testamento, ou a lei quem indicava o herdeiro. Nesse contexto, o herdeiro que recebia o patrimônio inteiro do *de cuius* para assumir a sua propriedade, poderia propor ações na defesa dos bens. (VENOSA, 2014a, p. 4)

Assim, diferentemente do conceito de sucessão dos tempos mais remotos, desenvolveu-se outro sentido, ligado à continuação da vida e, conseqüentemente, à continuidade patrimonial, em que a conservação e transferência hereditária passaram a interessar, ao mesmo tempo, ao indivíduo e à sociedade. (PEREIRA, 2006, p. 5-6)

Se anteriormente a visão que se tinha da sucessão *causa mortis* era essencialmente extrapatrimonial, passa-se a ser vista sob o ponto de vista material, em que o direito das sucessões deriva da ideia de propriedade. (VENOSA, 2014a, p. 4-5)

Percebe-se então que, no decorrer das tendências sociais, políticas e econômicas de cada época, surgiram-se distintos institutos do direito de família e do direito de propriedade, que foram formando a base do direito atual. (PEREIRA, 2006, p. 6)

Nesse sentido, um exemplo a ser mencionado corresponde ao direito à liberdade de testar que, ao longo do tempo, sofreu restrições e se transformou até chegar ao modelo atual previsto no país. Conforme pode se extrair da obra de Sílvio Salvo Venosa (2014a, p. 167-168), no Direito Romano, eram admitidos os totais poderes do *pater familias*, que possuía plena liberdade de testar, o que passou a ser restringido com os anos, a partir da proibição do *de cuius* dispor de todo o

patrimônio, que diferenciou a porção disponível da indisponível, ligada ao direito dos herdeiros necessários e chamada de legítima, em benefício dos mesmos.

Como influência ao ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se também o princípio da *saisine*, que passou a integrar as normas brasileiras no artigo 978, da Consolidação das Leis Cíveis, de Teixeira de Freitas e, posteriormente, no artigo 1.572, do Código Civil de 1916, ao prever que “aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. (GONÇALVES, 2010, p. 23)

Nesse sentido, vale destacar:

Como na maioria dos países que adotam o sistema francês de codificação, no Brasil, o Código Civil de 1916 assentou a doutrina da transmissão imediata da posse e propriedade, cuja origem histórica, todos sabemos, está na Idade Média, quando se praticou e passou a ser desenvolvida a posse dos bens pelo senhor por morte do servo (...). É este mesmo *droit de saisine*, com a transmissão imediata e direta da posse e da propriedade aos herdeiros, que prevaleceu também no Código Civil de 2002. (PEREIRA, 2004, vi)

Além disso, legislação anterior ao Código Civil de 1916 foi influenciada pela codificação francesa do início do século XIX, que previu linha de vocação hereditária formada pelos descendentes, ascendentes, colaterais até o 10º grau, e só posteriormente o cônjuge supérstite e, por fim, o fisco. (GONÇALVES, 2010, p. 23)

Com relação ao cônjuge supérstite, vale destacar ainda alguns aspectos históricos, por meio das considerações de VENOSA (2014a, p. 137):

No Direito Romano, não havia propriamente sucessão do cônjuge, já que a transmissão se efetuava pela linha masculina. Apenas na última fase do Direito Romano, já com Justiniano, é que se permitiu à mulher suceder nos bens do marido, estabelecendo-se uma possibilidade de usufruto, concorrendo com filhos.

No direito anterior ao Código de 1916, a cônjuge sobrevivente estava colocado em quarto grau na escala hereditária, após os colaterais de décimo grau. Tornava-se praticamente inviável a sucessão do viúvo ou viúva. Apenas em 1907, com a chamada “Lei Feliciano Pena”, Lei nº 1.839, é que o supérstite passou a herdar em terceiro lugar.

Posteriormente, de acordo com a referida linha de vocação hereditária, “a Lei n. 1.839, de 1907, inverteu a posição do cônjuge sobrevivente com os

colaterais, limitando o direito destes ao 6º grau – limite mantido no Código de 1916”, o que também foi alterado em 1946 para reduzir ao 4º grau, conforme depois estipulado no Código Civil de 2002. (GONÇALVES, 2010, p. 24)

Nesse período, o Código Civil de 1916 “reconhecia como família exclusivamente a constituída através do casamento, que era indissolúvel”, além de que “vedava quaisquer direitos aos integrantes de relações extramatrimoniais”. (DIAS, 2011, p. 28)

Percebe-se assim que o ordenamento jurídico brasileiro, por muitos anos, barrou qualquer conceito que ameaçasse a integridade da família e do patrimônio familiar.

Ocorre que, embora respectivo tratamento discriminatório tenha sido excluído pela Constituição de 1988, que trouxe o direito de herança como garantia fundamental (artigo 5º, XXX) e assegurou a paridade de direitos entre todos os filhos, havidos ou não do casamento, bem como pela adoção (artigo 227, §6º), somente em 2002 foi promulgado o novo código civil.

Destaca-se, porém, com relação ao direito sucessório, que o novo código civil não acompanhou a evolução da sociedade, vez que praticamente copiou o anterior – deixou de alterar o que realmente era necessário, para introduzir algumas mudanças incompatíveis com a realidade social, como a criação da concorrência sucessória, elevando-se o cônjuge a condição de herdeiro necessário e conferindo ao mesmo o direito de concorrência. (DIAS, 2011, p. 29)

O Código Civil de 1916 previa, em seu artigo 1.611, que somente na falta de descendentes e ascendentes seria deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, desde que, ao tempo da morte do outro, não estivesse dissolvida a sociedade conjugal (separado judicialmente ou divorciado). (GONÇALVES, 2010, p. 168)

Além disso, destaca-se que se o cônjuge não tivesse casado sob o regime da comunhão universal, mas sob o regime da separação ou da comunhão parcial, sua participação em concorrência com os descendentes ou ascendentes do *de cuius* não se dava com relação à propriedade dos bens, mas se criava o direito real sobre coisa alheia, qual seja, o *usufruto vidual* – se concorresse com descendentes, teria direito de usufruto sobre um quarto dos bens do falecido e, se

concorresse com ascendentes, sobre a metade dos bens – o que gerava grande embaraço aos herdeiros. Assim, amplamente criticado pelos doutrinadores e excluído pelo novo código civil, o instituto garantia certo amparo ao cônjuge sobrevivente casado sob os respectivos regimes, que não sucederiam o falecido na qualidade de herdeiro. (TARTUCE e SIMÃO, 2012, p. 5)

Ocorre que o novo código civil alterou significativamente a ordem de vocação hereditária para incluir o cônjuge como herdeiro necessário, passando a concorrer com os descendentes e ascendentes e não mais sendo excluído por essas classes. (GONÇALVES, 2010, p. 169)

Como bem pontuam José Eduardo Loureiro e Francisco Eduardo Loureiro na obra *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo* (2008, p. 668), das alterações mais relevantes, mormente no capítulo da ordem de vocação hereditária, destaca-se o direito sucessório do cônjuge supérstite, conforme o texto a seguir:

[...] As alterações em tal ponto – como veremos – foram significativas, mudando radicalmente o panorama existente no Código de 1916. Uma pálida noção dessas mudanças, adiante examinadas com vagar: (a) o cônjuge passa a ser herdeiro necessário, escapando do seu alijamento da sucessão por testamento; [...] (b) o cônjuge e o companheiro passam a receber sua herança em propriedade, em substituição ao usufruto viual, que desapareceu no novo Código Civil; (c) o cônjuge herda em concorrência com ascendentes e descendentes [...].

Em razão dessa transição, o Código Civil de 2002 previu em seu artigo 2.041 que as novas regras relativas à ordem de vocação hereditária não se aplicariam à sucessão aberta antes de sua vigência, devendo prevalecer o previsto no Código Civil de 1916. (CÓDIGO CIVIL).

Dessa maneira, se a pessoa tivesse falecido até o dia 10 de janeiro de 2003, sua sucessão seria regida pelo antigo código, que não elevava o cônjuge a condição de herdeiro necessário. (TARTUCE e SIMÃO, 2012, p. 4)

Destaca-se, porém, que mesmo com a alteração trazida pelo novo diploma civil, houve julgamento contrário à respectiva regra, prevalecendo-se o princípio da autonomia da vontade, em que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.111.095, de 01 de outubro de 2009, decidiu não considerar a proteção à legítima de um cônjuge sobrevivente, casado sob o

regime da separação de bens, para transferir, conforme testamento, a totalidade do patrimônio do “de cujus” a um sobrinho. (TARTUCE e SIMÃO, 2012, p. 5)

Percebe-se que embora casados sob a vigência do código civil anterior, a morte de um dos cônjuges se deu na vigência do novo código civil, o que, de acordo com as novas disposições legais, deveria ter sido decidido de maneira diversa. Ocorre que desde a transição para o Código Civil de 2002 as divergências sobre o tema já vieram à tona, demonstrando o grande equívoco do novo diploma civil.

Nesse sentido, vale ressaltar as considerações de Rodrigo da Cunha Pereira (2004, viii), na apresentação da obra Direito das Sucessões e o novo Código Civil:

A maior modificação no Livro das Sucessões, que talvez seja a grande modificação de todo o Código Civil, é a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário e concorrente na sucessão legítima. Essa mudança altera toda uma lógica e sequência do patrimônio e da propriedade privada. O cônjuge, agora herdeiro necessário, concorre, isto é, divide a herança com os descendentes e ascendentes (art. 1829). Essa disposição do ordenamento jurídico brasileiro é uma intromissão excessiva na vida privada e na liberdade dos sujeitos. [...]

Destaca-se, ainda, que o artigo 1.829 do novo Código Civil trouxe algumas exclusões da concorrência com os descendentes, mas sem mencionar a hipótese do cônjuge no regime da separação convencional, demonstrando-se a incongruência diante da qualidade do respectivo regime da incomunicabilidade por autonomia das partes.

Dentro desse contexto, Mauro Antonini (2012, p. 2198) dispõe:

Polêmicas na concorrência entre descendentes e cônjuge: em relação à ordem de vocação hereditária, a questão que tem suscitado as maiores dificuldades interpretativas, sem dúvida, é a da concorrência do cônjuge com os descendentes, na dependência da modalidade de regime de bens do casamento. As dificuldades residem no fato de que o inciso I não contempla todas as possibilidades e não releva, à primeira vista, claro critério norteador. O inciso principia por estabelecer a concorrência entre descendentes e cônjuge sobrevivente [...], para, em seguida, prever três exceções ao concurso. [...] (**grifo do autor**)

Pois bem, o mesmo autor entende que o legislador previu a concorrência e, em seguida, estipulou exceções, com o intuito de proteger o cônjuge sobrevivente que, não possuindo o direito à meação, terá direito de herança. (ANTONINI, 2012, p. 2198-2199)

Percebe-se assim que o Código Civil de 2002 desconsiderou a autonomia da vontade dos cônjuges para impor a divisão do patrimônio de maneira diversa da pactuada pelo casal em caso de morte, reconhecendo o regime de bens apenas para dissolução do casamento pelo divórcio. (DIAS, 2011, p. 30)

Verifica-se, portanto, que embora alguns paradigmas tenham sido quebrados ao longo dos anos para a inserção de novos entendimentos, como a regulamentação do direito de sucessão entre companheiros pelas Leis n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e n. 9.278, de 10 de maio de 1996, e a atribuição ao filho portador de deficiência incapacitado para o trabalho o direito real de habitação pela Lei n. 10.050, de 14 de novembro de 2000, há regras que surgiram com o Código Civil de 2002 que refletiram o caráter conservador do ordenamento jurídico civil brasileiro, contrário aos princípios da autonomia da vontade e da igualdade entre os cônjuges.

2. REGIME DE BENS E OS DIREITOS PATRIMONIAIS CONFERIDOS A CADA ESPÉCIE

O casamento estabelece uma comunhão de vida que se estende, de acordo com cada regime de bens adotado, aos bens de propriedade dos cônjuges. (COELHO, 2009, p. 64)

A partir do matrimônio surgem os direitos e as obrigações em relação à pessoa e aos bens patrimoniais dos cônjuges. Em razão disso, a escolha pelo regime matrimonial de bens tem papel importantíssimo, pois dita o “conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento”. (DINIZ, 2011, p. 169)

Conforme destaca Carlos Roberto Gonçalves:

Regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal. (GONÇALVES, 2011, p. 437)

O ordenamento jurídico brasileiro adota, como regra geral, a liberdade de escolha do regime de bens pelos cônjuges, de acordo com os tipos previstos no diploma civil. Para tanto, dentro do Título “Direito Patrimonial”, traz o subtítulo “Do Regime de Bens entre os Cônjuges” para tratar das regras gerais, comuns a todos os nubentes, e das especificações de cada regime. (CÓDIGO CIVIL 2002)

Com relação às disposições gerais, estabelecidas do artigo 1.639 ao 1.652, destaca-se que preveem possibilidades e restrições que devem ser observadas antes ou durante o casamento, como a possibilidade de alteração de regime de bens, desde que respeitados os requisitos necessários (art. 1.639, §2º); a obrigatoriedade de optar pelo regime da separação de bens nos casos previstos no diploma civil (art. 1641); e a liberdade de qualquer um dos cônjuges para praticar alguns atos livremente (art. 1642) ou sem a necessidade de autorização do outro (art. 1.643). (CÓDIGO CIVIL 2002)

Assim, embora todos os dispositivos sejam fundamentais para a correta aplicação dos princípios do direito de família, cabe aqui destacar somente algumas peculiaridades previstas em alguns artigos, relacionadas ao presente trabalho.

Pois bem, em se tratando dos capítulos posteriores, é necessário destacar que o Código Civil de 2002 prevê os regimes da comunhão parcial (artigo 1.658 a 1.666); da comunhão universal (artigo 1.667 a 1.671); da participação final dos aquestos (artigo 1.672 a 1.686); e da separação de bens (artigo 1.687 a 1.688) como opções. (CÓDIGO CIVIL 2002)

Ressalta-se assim, como um dos princípios basilares, o da autonomia da vontade dos cônjuges, que se traduz conforme as considerações de VENOSA (2014b, p. 346):

Vigora, portanto, no sistema de 1916 e no de 2002, salvo as situações de separação obrigatória, plena liberdade para os interessados na elaboração da escritura antenupcial, que somente encontra obstáculos em normas de ordem pública. Desse modo, os nubentes podem não só adotar um dos regimes descritos na lei, assim como mesclá-los entre si. [...] podem estipular que o regime será o da separação completa de bens, mas que determinado bem móvel ou imóvel será comum etc. [...]

Dentro desse contexto é que o diploma civil prevê, ainda, a possibilidade de mesclar os tipos previstos, criando-se um regime misto, de acordo com o artigo 1.655, bem como a possibilidade de alterar o regime de bens, já mencionada, desde que preenchidos os requisitos, quais sejam, requerimento de ambos os cônjuges, mediante autorização judicial, com razões relevantes e ressalvados os direitos de terceiros. (GONÇALVES, 2011, p. 440 e 446)

Nesse sentido, vale destacar também o princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges, que se traduz, por exemplo, nos efeitos comuns entre os cônjuges, em qualquer regime de bens, como a desnecessidade de consentimento ou autorização do outro para prática de “atos de gestão da vida econômica de cada um”, bem como com relação “às iniciativas de desfazimento de atos realizados pelo outro, quando seu consentimento era necessário”. Assim, até mesmo o regime da comunhão universal dispensa a manifestação conjunta quando se tratar de atos dessa natureza. (LÔBO, 2011, p. 328)

Em seguida, com relação aos regimes de bens previstos no diploma civil, em primeiro lugar, ressalta-se o regime da comunhão parcial, que corresponde ao regime legal do ordenamento jurídico brasileiro, pois prevalece se os consortes não fizerem pacto antenupcial ou se o mesmo for nulo ou ineficaz, e que se caracteriza por estabelecer a separação quanto ao passado e comunhão quanto ao futuro. (GONÇALVES, 2011, p. 469)

Assim, destaca-se que para a escolha do regime da comunhão parcial, basta o registro da declaração feita pelos nubentes nos autos do processo de habilitação, enquanto que nos outros regimes, é necessário formalizar a escolha, por escritura pública, mediante pacto antenupcial - “instrumento de formalização da vontade convergente dos contraentes relacionada aos aspectos patrimoniais de suas relações como casados”. (COELHO, 2009, p. 89)

Percebe-se então que o pacto antenupcial é reflexo da preservação do princípio da ampla liberdade dos cônjuges, que deve ser registrado no Registro de Imóveis do domicílio conjugal para que tenha efeitos perante terceiros, nos termos do artigo 1.657. (CÓDIGO CIVIL)

Pois bem, retomada a análise do regime da comunhão parcial, destaca-se que, em regra, há comunicabilidade dos bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento, permanecendo como patrimônio pessoal e exclusivo de cada um os adquiridos por causa anterior ou recebidos a título gratuito a qualquer tempo. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 345)

Nesse sentido, conforme os incisos I e II, do artigo 1.660, do referido diploma, mesmo que um bem tenha sido registrado no nome de um só dos cônjuges, se adquirido após o matrimônio, aos dois pertencerá, da mesma maneira que se adquirido por fato eventual, com ou sem concurso de trabalho, como o prêmio da loteria. (COELHO, 2009, p. 78)

Com relação ao patrimônio pessoal e exclusivo dos casados no regime da comunhão parcial, destaca-se os artigos 1.659 e 1.661 do Código Civil que dispuseram sobre os bens excluídos da comunhão, “*in verbis*”:

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.

Art. 1.661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

Em seguida, o mesmo diploma tratou da presunção de aquisição na constância do casamento dos bens móveis e dispôs como responsabilidade de qualquer um a administração do patrimônio comum. (CÓDIGO CIVIL 2002)

Já em se tratando do regime de comunhão universal, que corresponde a regime convencional, devendo ser estipulado em pacto antenupcial, há tendência à unicidade patrimonial, uma vez que, salvo as exceções legais, ocorre a fusão do patrimônio anterior dos cônjuges e, assim, a comunicabilidade dos bens havidos a título gratuito ou oneroso no curso do casamento, conforme o artigo 1.667, do Código Civil. Destaca-se assim que embora a regra seja da comunhão, esta não é absoluta, conforme as exclusões previstas no artigo 1.668, do Código Civil. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 362 e 363)

Nesse sentido, vale destacar as considerações de Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 77):

Na comunhão universal, todos os bens, anteriores ou posteriores ao casamento, passam ao patrimônio comum.

Excetua-se da comunicação unicamente alguns bens expressamente relacionados pela lei, como os gravados com a cláusula de inalienabilidade ou de incomunicabilidade, os proventos do trabalho pessoal, direitos autorais e outros.

Desta maneira, verifica-se que a comunhão universal não é absoluta, uma vez que “[...] Ainda que residuais, há relações patrimoniais ativas e passivas

que não integram a comunhão, permanecendo na titularidade exclusiva de cada cônjuge. [...]”. (LÔBO, 2011, p. 352)

Há também o regime da participação final nos aquestos, previsto do artigo 1.672 ao 1.686, do Código Civil, e que corresponde a um regime híbrido, uma vez que durante o casamento são aplicadas as regras da separação total e, após sua dissolução, as da comunhão parcial. (GONÇALVES, 2011, p. 487)

Este regime se diferencia do da comunhão parcial em razão de que, neste, a comunicação do patrimônio é imediata, durante o casamento, enquanto que na participação final dos aquestos a comunhão ocorre apenas no fim do casamento, analisando a participação de forma contábil. “Assim, o direito não é sobre o acervo do outro, mas sobre o eventual saldo após a compensação dos acréscimos patrimoniais de cada um”. (DIAS, 2011, p. 238)

Acredita-se, porém, que corresponde a um regime que afasta os nubentes em razão da complexidade da apuração contábil, que é exigida tanto para a identificação dos aquestos, quanto para a análise da valorização. (GONÇALVES, 2011, p. 490)

Nesse sentido, VENOSA (2014b, p. 366-367) dispõe:

É muito provável que esse regime não se adapte ao gosto de nossa sociedade. Por si só verifica-se que se trata de estrutura complexa, disciplinada por nada menos do que 15 artigos, com inúmeras particularidades. [...] Não bastasse isso, embora não seja dado ao jurista raciocinar sobre fraudes, esse regime ficará sujeito a vicissitudes e abrirá campo vasto ao cônjuge de má-fé. [...]

Em relação ao regime da separação convencional de bens, reflexo da autonomia da vontade dos nubentes, destaca-se a incomunicabilidade dos bens como principal característica, uma vez que o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges. (GONÇALVES, 2011, p. 491)

Dentro desse contexto, esclarecem GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2012, p. 371):

O regime de separação convencional de bens é de simples compreensão e guarda íntima conexão com o princípio da autonomia privada.

Em campo diametralmente oposto ao da comunhão universal de bens, com tal regime, os cônjuges pretendem, por meio da vontade

manifestada no pacto antenupcial, resguardar a exclusividade e a administração do seu patrimônio pessoal, anterior ou posterior ao matrimônio, conforme veremos a seguir.

O pensamento segundo o qual amor não se confunde com patrimônio encontra aqui o seu amparo jurídico.

É o exercício da autonomia da vontade que permite, no caso, haver total divisão dos bens de cada cônjuge, sem prejuízo do reconhecimento da formação de uma família.

A respeito, vale destacar também as considerações de Paulo Lôbo (2011, p. 355):

O regime de separação absoluta é o melhor corresponde ao princípio da igualdade dos gêneros, como tendência das sociedades ocidentais. A crescente inserção da mulher no mercado de trabalho e na vida econômica torna dispensável a motivação subjacente de sua proteção, que se encontra nos regimes de comunhão parcial e universal. Enquanto vigorou o modelo legal de família patriarcal, o regime de separação era injusto para a mulher; no modelo igualitário de família, é o mais justo e o que melhor respeita a dignidade e a liberdade de cada cônjuge. Em virtude de sua simplicidade e da ausência de interesses patrimoniais superpostos, o regime reduz sensivelmente o *quantum* de litigiosidade ou conflituosidade que os demais propiciam.

Assim, conforme destacam Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal, é possível pontuar como características fundamentais do respectivo regime: “i) a administração particular dos bens por cada consorte; ii) a liberdade de disposição patrimonial; iii) a responsabilidade patrimonial individual pelas dívidas e obrigações assumidas.” (CHAVES e ROSENVALD, 2012, p. 388)

Vale mencionar, ainda, que o artigo 1.688 prevê a obrigatoriedade de ambos os cônjuges, casados sob o regime da separação de bens, contribuírem para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial, o que é também aplicável aos demais regimes, nos termos do princípio constitucional da isonomia, que prevê a igualdade entre homens e mulheres. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 1915)

Ressalta-se também que o regime da separação poderá provir de convenção, conforme já exposto, ou por imposição legal, chamado de regime da separação obrigatória que, conforme previsão do artigo 1.641, do Código Civil, será imposto às pessoas que contraírem o casamento com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; à pessoa maior de 70 (setenta) anos; e aos que dependerem de suprimento judicial para casar. (CÓDIGO CIVIL 2002)

Sobre este regime, cabe mencionar a aplicação da Súmula 377, do Supremo Tribunal Federal, que prevê que os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam no regime da separação legal de bens, o que o difere do regime da separação convencional, conforme as considerações de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves (2012, p. 387):

É, sem dúvida, o mais simplificado de todos os regimes patrimoniais, por não apresentar pontos de comunhão, afastando as controvérsias naturais de uma liquidação de bens comuns. No regime da separação convencional não existe bens comuns, estabelecendo, pois, uma verdadeira *separação absoluta de bens*. No ponto, inclusive, ele se difere da *separação obrigatória* ou *legal*, submetida ao art. 1.641 do Código de 2002. Nesta (separação obrigatória), por conta da incidência da Súmula 377 da Suprema Corte, haverá comunhão dos aquestos (bens adquiridos onerosamente na constância do casamento), deixando claro que a separação não é total. Naquela (separação convencional), inexistem bens comuns, permitindo que seja, de fato, denominada *separação absoluta* ou *total*. [...]

Ainda, ao tratar sobre os regimes de bens, vale destacar que o direito à herança, reconhecido ao cônjuge supérstite, não se confunde com o direito à meação. Assim, mesmo que ambos sejam reflexos do tipo de regime escolhido, “a meação, em regra, já tem o cônjuge direito em vida do outro, na vigência da sociedade conjugal, não lhe advindo, portanto, *sucessionis causa*”. (PEREIRA, 2006, p. 134-135)

Assim, com relação à meação, havendo o desfazimento da sociedade conjugal com a morte, da mesma maneira que em qualquer outra sociedade, os bens comuns devem ser divididos, o que se fará de acordo com o regime de bens do casamento. (VENOSA, 2014a, p. 138)

Nesse sentido, o texto a seguir:

[...] A existência do direito à meação e sua extensão depende do regime de bens do casamento. Somente no regime de separação de bens (CC 1.658 e 1688) o cônjuge não recebe meação, pois não existem bens comuns. Nos demais regimes, o viúvo faz jus à metade dos bens a título de meação. No regime da comunhão universal (CC 1.667 a 1.671), a meação corresponde à metade de todos os bens que compõem o acervo hereditário. Em se tratando de comunhão parcial (CC 1.658 e 1.666), a meação incide sobre o patrimônio amealhado durante o período da vida em comum. No regime de participação final nos aquestos (CC 1.672 a 1686), a meação é calculada sobre os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento. Não integram a meação os bens próprios, isto é, os adquiridos por cada um exclusivamente em seu nome, mas é feita a compensação de valores no fim do casamento. No inconstitucional regime da separação

obrigatória (CC 1.641), a lei nega o direito à meação. Porém, a súmula do STF alterou o regime para o da comunhão parcial, preservando o direito à metade do acervo comum. (DIAS, 2011, p. 137)

Diante disso, após o falecimento de uma pessoa casada, “há que se separar do patrimônio comum [...] o que pertence ao cônjuge sobrevivente, não porque seu esposo morreu, mas porque aquela porção ideal do patrimônio já lhe pertencia”. (VENOSA, 2014a, p. 138)

Percebe-se assim que embora haja distinção entre o direito à meação e o direito de herança, sendo necessário o entendimento dessa diferenciação para a correta aplicação dos institutos do direito de família e do direito das sucessões, há uma estrita relação entre os mesmos, o que pôde ser verificado pela análise dos tipos previstos de regime de bens e que deve ser respeitada a partir de disposições compatíveis no diploma civil.

3. DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A CONTRADIÇÃO EXISTENTE EM RELAÇÃO AO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL

Primeiramente, é importante destacar que o direito sucessório tem assento constitucional, conforme estabelece o artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal, que consagra o direito à herança como direito fundamental, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXX - é garantido o direito de herança;

A partir desse amparo constitucional, o diploma civil regula o direito das sucessões para tratar sobre a destinação do patrimônio da pessoa física após a sua morte, sendo sua matéria, assim, a transmissão *causa mortis*. (COELHO, 2009, p. 227)

Como se sabe, suceder significa substituir, “tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos”, a qual pode se dar a substituição do titular de um direito por ato entre vivos ou por ato *causa mortis*, sendo esta última o objeto do direito hereditário. (VENOSA, 2014a, p. 1)

Assim, o Código Civil de 2002 disciplina a matéria em quatro títulos, trazendo suas regras específicas, bem como novidades quanto ao código anterior, de 1916. Das quatro partes em que está dividido – sucessão em geral, sucessão legítima, sucessão testamentária e inventário e partilha – destaca-se as duas primeiras, vez que os dispositivos da “sucessão em geral” tratam a respeito das normas sobre sucessão legítima e testamentária e os da “sucessão legítima” traçam as regras sobre a transmissão da herança em virtude da lei, de acordo com a ordem de vocação hereditária. (CÓDIGO CIVIL)

Nesse sentido, ressalta-se que há duas espécies de sucessão, quais sejam, a legítima e a testamentária. A primeira, objeto de análise, recebe esta denominação por decorrer da lei, enquanto que a segunda se remete a um ato de última vontade do falecido. (TARTUCE e SIMÃO, 2012, p. 115)

Pois bem, ao tratar sobre sucessão legítima no novo diploma civil, verifica-se que o cônjuge foi elevado à condição de herdeiro necessário, resguardando-lhe a designação diretamente pela lei, sem necessidade da manifestação de vontade do autor da herança (ANTONINI, 2012, p. 2198), de acordo com o texto de Maria Berenice Dias (2011, p. 62):

Sob a égide do Código Civil anterior o cônjuge integrava a ordem de vocação hereditária (CC/1916 1.603 III). Ocupava o terceiro lugar, depois dos descendentes e ascendentes, mas não era herdeiro necessário (CC/1916 1.721). Como era herdeiro facultativo, podia ser excluído da sucessão.

Agora ocupa o mesmo terceiro lugar, mas foi elevado à condição de herdeiro necessário (CC 1.845). Com isso, a parte disponível do patrimônio da pessoa casada foi reduzida à metade. Quando do falecimento de um dos cônjuges, na ausência de descendentes e ascendentes, a herança obrigatoriamente é transmitida ao sobrevivente. Herda a integralidade do patrimônio, independente do regime de bens. [...]

Além de referida inovação, o novo diploma civil estabeleceu a concorrência sucessória, na qual o cônjuge passou a concorrer com descendentes e ascendentes, conforme explica Sílvio Salvo Venosa (2014a, p. 142):

Como já apontamos, o cônjuge está colocado em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, recolhendo a herança integralmente, quando não houver descendentes ou ascendentes do *de cuius*. No entanto, foi atribuída posição mais favorável ao cônjuge no atual Código porque, além de ser herdeiro necessário, poderá ser ele herdeiro concorrente, em propriedade, dependendo do regime de bens, com os descendentes e com os ascendentes, na forma do art. 1.829, I e II.

Também discorre sobre o assunto Maria Berenice Dias (2011, p. 62-63):

Os benefícios do viúvo vão além da condição de herdeiro necessário. Foi elevado à condição de herdeiro concorrente, participando da ordem sucessória juntamente com os descendentes e ascendentes. É o que passou a se chamar de concorrência sucessória. Caso o falecido tenha descendentes, o direito do ex-cônjuge sobre fração da herança depende do

regime de bens do casamento (CC 1.829 I). Quando os herdeiros forem os ascendentes, o direito de concorrência existe sempre, independente do regime de bens (CC 1.836).

Tais inovações, no entanto, geraram algumas controvérsias, uma vez que o direito sucessório se sobrepôs à autonomia da vontade das partes ao elevar o cônjuge à condição de herdeiro necessário concorrente com descendentes e ascendentes. Isso porque o direito de família prevê que ao se casarem, os cônjuges podem optar por determinado regime de bens ou, não o fazendo, prevalece-se o regime da comunhão parcial, em que os direitos patrimoniais são estabelecidos a partir daí.

Conforme estabelece Sílvio Salvo Venosa (2014a, p. 5), “o direito não possui compartimentos estanques. O direito é um só, interpenetra-se.” Assim, a ligação do direito das sucessões com o direito de família é muito estrita.

Nesse sentido, destaca-se que “O primeiro pressuposto que deve ser vencido, quando da abertura de uma sucessão, para que se possa proceder à correta vocação dos herdeiros consiste em perquirir qual o estado civil do autor da herança”. (HIRONAKA, 2004, p. 91)

Assim, o direito sucessório do cônjuge deveria estar relacionado ao regime de bens escolhido pelo casal, mas o Código Civil de 2002 o considerou apenas em algumas situações e até mesmo o descartou em outras, como previsto no artigo 1829, que estabeleceu em quais tipos o cônjuge supérstite não terá direito de concorrer com os descendentes, bem como que o mesmo concorrerá com ascendentes, independentemente do regime de bens:

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

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. (grifo)

Diante do inciso I do respectivo dispositivo, verifica-se que o diploma legal previu a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes, mas excetuou a regra com relação aos regimes da comunhão universal, da separação obrigatória de bens e da comunhão parcial em caso do autor da herança não ter deixado bens particulares, sem, no entanto, destacar o regime da separação convencional.

Pois bem, ao se analisar o critério escolhido pelo legislador para tal disposição, não há como especificar outra razão senão a de tentar proteger o cônjuge sobrevivente, o que não é congruente com a realidade na qual o próprio diploma civil está inserido.

Isso porque, conforme é possível extrair dos tipos de regime de bens previstos, da possibilidade de mesclá-los na elaboração do pacto antenupcial e até mesmo da possibilidade de alteração do regime, desde que respeitados os requisitos necessários, cada regime destacado apresenta suas características distintas, a fim de que os nubentes possam escolher o que melhor se encaixa aos interesses dos mesmos.

Como exemplo, verifica-se que uma das exceções está inserida no campo do regime da comunhão parcial, em caso do *de cujus* não ter deixado bens particulares, uma vez que já terá sido feita a meação. No entanto, contrariamente aos preceitos do direito de família, havendo bens particulares, o diploma civil estabelece a concorrência com descendentes, conforme destaca HIRONAKA (2003, p. 22):

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, necessário, concorrente de *primeira classe*, uma quota parte dos *bens exclusivos* do cônjuge falecido, sempre que não for obrigatória a separação completa dos bens.

Ocorre que, como já mencionado, ao optar por este regime, os nubentes decidem que somente os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento se comunicarão, ainda ressalvadas as exceções. Desta forma,

decidem que os bens particulares não se comunicarão, uma vez que, se assim desejassem, poderiam ter escolhido o regime da comunhão universal.

Além desse exemplo, retoma-se o fato do regime da separação convencional não ter sido citado como exceção no retro inciso para demonstrar mais uma incongruência do dispositivo, que previu o direito de herança ao cônjuge sobrevivente mesmo após o mesmo ter firmado pacto de incomunicabilidade de bens com o *de cujus*.

Destaca-se também que o artigo mencionado traz, nos incisos II e III, mais incongruências, pois coloca o cônjuge sobrevivente em concorrência com ascendentes, independentemente do regime de bens e, ainda, traz o cônjuge sobrevivente na terceira classe, herdando todo o patrimônio reservado à legítima, o que ficou estipulado em razão de sua inserção na classe dos herdeiros necessários, de acordo com as considerações de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2003, p. 20):

O cônjuge sobrevivo encontra-se, por força desta listagem preferencial de chamamento a herdar, em terceiro lugar, mas posiciona-se favorecido também nas duas primeiras e antecedentes classes, já que o novel legislador dispôs que ele *concorre* com aqueles primeiro chamados a herdar, isto é os descendentes e os ascendentes.

Percebe-se assim o equívoco do legislador ao tentar colocar o cônjuge num patamar elevado, enquadrando-o como herdeiro necessário no novo diploma, principalmente por contraditar as disposições previstas no restante do ordenamento civil, que respeita os princípios da igualdade entre os cônjuges e da autonomia dos mesmos, conforme destaca Rodrigo da Cunha Pereira (2004, viii):

[...] A inserção do cônjuge como herdeiro necessário é resquício de uma época de desigualdade entre os gêneros e tem o sentido de dar proteção ao cônjuge economicamente mais fraco. Ora, isso vai na contramão da história. Primeiro, porque essa proteção contraria o princípio da igualdade e não faz mais sentido, uma vez que a mulher, considerada historicamente o cônjuge mais fraco, já não ocupa mais esse lugar. Segundo, porque as responsabilidades e os compromissos na relação conjugal são diferentes da relação paterno-filial, esta sim, autorizadora da herança necessária. (...)

A respeito do tema, VENOSA (2014a, p. 142) faz o seguinte comentário:

Em matéria de direito hereditário do cônjuge e também do companheiro, o Código Civil brasileiro de 2002 representa verdadeira tragédia, um desprestígio e um desrespeito para nosso meio jurídico e para a sociedade, tamanhas as impropriedades que desembocam em perplexidades interpretativas. Melhor seria que fosse, nesse aspecto, totalmente reescrito e que se apagasse o que foi feito, como uma mancha na cultura jurídica nacional. É incrível que pessoas presumivelmente cultas como os legisladores pudessem praticar tamanhas falhas estruturais no texto legal. Mas o mal está feito e a lei está vigente. Que a apliquem de forma mais justa possível nossos tribunais!

Pois bem, fundamentada a interpretação de que o legislador cometeu um grande erro ao colocar o cônjuge supérstite na condição de herdeiro necessário, cabe retomar a análise do artigo 1.829 e, principalmente do seu inciso I, para analisar especificamente o equívoco de dar ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da separação convencional, o direito de herança.

Como já mencionado, o legislador estabeleceu critérios contraditórios para determinar o direito de herança, concluindo-se de maneira diversa para regimes de bens semelhantes.

Demonstra-se essa contradição, por exemplo, em relação aos regimes de separação de bens, que embora sejam distintos, já que o da obrigatória decorre da lei e o da convencional da vontade das partes, assemelham-se no fato de serem alicerçados no mesmo instituto da incomunicabilidade do patrimônio, mas que, mesmo assim, resultam em direitos sucessórios distintos, uma vez que o da separação obrigatória exclui a concorrência do cônjuge com os descendentes, enquanto que o da separação convencional nada estabelece o diploma a respeito. Nesse sentido, destaca-se:

Mas há outra incongruência da lei, que diz com o regime da separação convencional eleito pelo par por meio de pacto antenupcial. Entre as exceções ao direito de concorrência, a lei esqueceu de citar este regime de bens (CC 1.829 I). Deste modo acabaria o cônjuge sobrevivente brindado com parte dos bens do falecido, ainda que não tenha sido este o desejo do casal. Sob o fundamento de não haver direito de meação a tendência era assegurar ao viúvo o direito de concorrência. No entanto, quando o casal firmou o pacto antenupcial, elegendo o regime da separação de bens, é porque queriam afastar qualquer efeito patrimonial do casamento. Desrespeitar a expressa manifestação de quem tem a

disponibilidade sobre seus bens fere de morte o princípio do respeito à autonomia da vontade. (DIAS, 2011, p. 165 e 166)

Assim, frisa-se que no intuito de proteger o cônjuge, o Código Civil de 2002 sobrepôs seu direito sucessório à autonomia da vontade do casal, colocando-o em concorrência com descendentes e ascendentes, bem como em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, independentemente do regime de bens escolhido, agindo, porém, de maneira equivocada.

Isso porque, como em relação ao regime de separação convencional de bens, mesmo que o legislador tenha tido a boa intenção de proteger o cônjuge sobrevivente da hipótese de ficar sem patrimônio algum com a viuvez, é inadmissível que respectiva previsão “tenha força o suficiente para desconstruir os efeitos de um pacto feito por livre e espontânea vontade entre duas pessoas maiores e em pleno uso de suas faculdades mentais”. (FIORIN, 2012, p. 102)

É o entendimento Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 377):

Nesse cenário nebuloso, portanto, em que verificamos o descompasso existente entre a norma de direito de família (que prevê, na separação convencional, a opção por uma incomunicabilidade patrimonial) e a norma sucessória (que admite, após a morte do autor da herança, que fora casado em separação convencional, o direito de a sua viúva concorrer com os descendentes), o conhecido direito a legítima, por seu turno, culmina por reforçar a nossa visão crítica a respeito do sistema.

[...]

Poderia, talvez, o legislador resguardar a necessidade da preservação da legítima apenas enquanto os herdeiros fossem menores ou caso padecessem de alguma causa de incapacidade, situações que justificariam a restrição à faculdade de disposição do autor da herança.

Mas estender a proteção patrimonial a pessoas maiores e capazes é, no nosso entendimento, a subversão do razoável.

Conforme já exposto, a opção pelo regime da separação convencional depende de convenção das partes, por meio de pacto antenupcial, o que deveria ser respeitado inclusive após a morte. Não faz sentido o Código Civil de 2002 dar o direito de participar da herança ao cônjuge que pactuou com o de *cujus* a incomunicabilidade patrimonial, conforme destacam Nelson Rosendal e Cristiano Chaves (2012, p. 389):

É certo – e isso não se põe em dúvida – que, elegendo o regime separatório, os noivos estão interessados em promover um completo isolamento patrimonial, afastando toda e qualquer comunhão de patrimônios. Todavia, em dispositivo (art. 1829) de discutível razoabilidade (por afrontar a própria autonomia privada), o Código Civil de 2002 atribuiu a quem é casado no regime de separação convencional de bens o direito de participar da herança do outro, seja concorrendo com os descendentes, seja concorrendo com os ascendentes. Dessa forma, mesmo quando os noivos escolhem, expressamente, a separação absoluta de bens, o legislador atribui direito patrimonial ao cônjuge, garantindo-lhe uma participação na sucessão dos bens daquele que morreu.

Nesse sentido, vale ressaltar também as considerações de Fabrício Dani de Boeckel e Karin Regina Rick Rosa (2012, p. 102):

Admitir que o cônjuge supérstite, que foi casado pelo regime da separação de bens com o *de cujus*, receba herança, competindo com os descendentes do morto, representa um desvirtuamento nas regras patrimoniais do matrimônio que, em vida, o *de cujus* e seu consorte voluntariamente haviam estipulado. [...]

Assim, mesmo que diploma civil tenha optado por proteger o cônjuge supérstite ao colocá-lo na condição de herdeiro necessário, prevendo sua concorrência com descendentes e ascendentes e o colocando em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, não resultou na melhor decisão, mormente pela equivocada aplicação do instituto da separação convencional de bens, uma vez que contrariou a autonomia da vontade dos que optam por respectivo regime, sendo necessária a alteração desse cenário, que reflete em discussões doutrinárias, nos tribunais e insegurança jurídica aos envolvidos.

4. ENTENDIMENTOS A RESPEITO DO TEMA

4.1. Código Civil de 2002 x Decisões dos Tribunais

Conforme já destacado, o Código Civil de 2002 prevê a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com descendentes e ascendentes, mesmo em se tratando de relação conjugal regida pelo regime da separação convencional de bens.

Respectiva disposição, porém, recebe inúmeras críticas, o que pode ser evidenciado nas doutrinas cíveis, que confrontam as regras do diploma civil com a prevalência da autonomia da vontade do casal – divergência que reflete nas decisões dos tribunais.

Pois bem, com relação à posição adotada no presente estudo, extrai-se as jurisprudências a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. ARTIGO 1829, I, DO CÓDIGO CIVIL. CÔNJUGE SOBREVIVENTE CASADO NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. PATRIMÔNIO PARTICULAR. AUSÊNCIA DE DIREITO SUCESSÓRIO. 1 - A regra do artigo 1.829, I, do Código Civil de 02, deve ser interpretada à luz dos princípios da eticidade, boa-fé e operabilidade. Prevalendo, assim, a autonomia da vontade na fixação do regime matrimonial em vida, também deve-se mantê-lo post mortem. 2 - Segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o cônjuge casado no regime da separação obrigatória de bens (gênero do qual são espécies os regimes da separação legal e convencional) não possui direito sucessório sobre os bens do de cujus, sob pena de antinomia entre os artigos 1.829, I, e 1.687, ambos do Código Civil. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO. (TJGO. Agravo de Instrumento n. 219665-75.2012.8.09.0000, Relator Fausto Moreira Diniz, 6ª Câmara Cível. Julgado em 02/10/2012. DJe 1164 de 11/10/2012)

INVENTÁRIO - CASAMENTO - SEGUNDAS NÚPCIAS - PACTO ANTENUPCIAL - REGIME - SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS - PARTICIPAÇÃO DA VIÚVA COMO HERDEIRA NECESSÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - Viúva casada com o 'de cujus' pelo regime da separação de bens, não é herdeira necessária em concorrência com os descendentes. Decisão mantida. Agravo a que se nega provimento. (TJSP. Agravo de Instrumento n. 2241759420118260000 SP 0224175-94.2011.8.26.0000, Relator Percival Nogueira, 6ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 20/10/2011. DJe 26/10/2011)

INVENTÁRIO - Separação de bens convencional - Pretendida habilitação da viúva como herdeira necessária - Teor do art. 1.829, I, do Código Civil que, embora fale na separação obrigatória de bens, estende-se também aos que se casaram em regime de separação convencional - Interpretação extensiva que leva em conta a vontade ao tempo da celebração de que não se constituísse patrimônio comum - Possibilidade, contudo, que o cônjuge sobrevivente herde, caso não existam ascendentes ou descendentes do inventariado, a teor do art. 1.838 do Código Civil, mas que a respeito não há informação nos autos - Decisão mantida - Recurso desprovido. (TJSP. Agravo de Instrumento n. 20380030520148260000 SP 2038003-05.2014.8.26.0000, Relator Mendes Pereira, 7ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 05/11/2014. Data de Publicação: 05/11/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. TESTAMENTO. REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS VOLUNTÁRIO. HERDEIRO. LEGATÁRIO. PEDIDO DE COMPLEMENTAÇÃO DE HERANÇA. I - O CÔNJUGE CASADO SOB O REGIME VOLUNTÁRIO DA SEPARAÇÃO DE BENS NÃO É HERDEIRO NECESSÁRIO, E, POR ISSO, NÃO TEM DIREITO À LEGÍTIMA. II - ANALISANDO AS DISPOSIÇÕES DE ÚLTIMA VONTADE, VERIFICA-SE QUE O AGRAVANTE FOI CONSTITUÍDO LEGATÁRIO, POR ISSO POSSUI DIREITO APENAS AOS BENS QUE, NO TESTAMENTO, LHE FORAM DESTINADOS DE FORMA INDIVIDUALIZADA. IMPROCEDE PEDIDO DE COMPLEMENTAÇÃO DE HERANÇA. III - AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (TJDF. AGI n. 20140020046604 DF 0004689-33.2014.8.07.0000, Relatora Vera Andrighi, 6ª Turma Cível. Julgado em 14/05/2014. DJe 03/06/2014)

Ambas as jurisprudências se pautam na existência da escritura de pacto antenupcial, no casamento por liberalidade própria dos nubentes, que decidem se unir sob o regime de separação de bens, ou seja, que embora pudesse escolher qualquer outro regime, seja o da comunhão parcial, seja o da comunhão universal, o casal opta pelo regime da separação de bens com o intuito de não construir patrimônio comum em razão da celebração de casamento.

Além disso, destacam que não há como admitir que, em decorrência da morte de um dos cônjuges, ao fim do casamento seja alterada a vontade do casal, demonstrada por meio do regime pactuado em vida.

E, por fim, ressaltam a impossibilidade de equiparar o cônjuge sobrevivente do regime de separação convencional de bens à condição de herdeiro necessário para a concorrência sucessória, mormente pela colisão entre os artigos 1.829, I e 1.687 do Código Civil, uma vez que o segundo dispositivo prevê a administração exclusiva de cada um dos cônjuges casados sob o regime da separação de bens.

Em contrapartida, com o intuito de demonstrar a divergência de entendimento sobre o tema, destaca-se alguns julgados pautados no diploma civil,

em favor da condição do cônjuge sobrevivente de herdeiro necessário e do direito à concorrência sucessória com descendentes, sob o argumento do artigo 1.829, I, tratar apenas de exclusões relacionadas a outros regimes de bens:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - INCLUSÃO DA VIÚVA DO DE CUJUS NO INVENTÁRIO - CASAMENTO CELEBRADO SOB O REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS HERDEIRA NECESSÁRIA - INCIDÊNCIA DO ARTIGO 1829, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL - O REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS QUE AFASTA O CÔNJUGE SOBREVIVENTE DA SUCESSÃO É O OBRIGATÓRIO. DECISÃO MANTIDA RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP. Agravo de Instrumento n. 20454106220148260000 SP 2045410-62.2014.8.26.0000, Relator Erickson Gavazza Marques, 5ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 26/11/2014. DJe 28/11/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - DIREITOS SUCESSÓRIOS - CÔNJUGE SOBREVIVENTE - REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS - ARTIGOS 1.829, INCISO I E 1.845, AMBOS DO CC/02 - INTERPRETAÇÃO - CÔNJUGE COMO HERDEIRO LEGÍTIMO E NECESSÁRIO, EM CONCORRÊNCIA COM OS HERDEIROS DO AUTOR DA HERANÇA - HABILITAÇÃO NO INVENTÁRIO - NECESSIDADE. A mais adequada interpretação, no que respeita à separação convencional de bens, é aquela que entende ter o cônjuge direitos sucessórios em concorrência com os herdeiros do autor da herança, sendo essa, de resto, a interpretação literal e lógica do próprio dispositivo. Soma-se a isso o fato de que o direito à meação não se confunde com o direito à sucessão. (TJMG. Agravo de Instrumento n. 10701130091625001 MG, Relator Geraldo Augusto, 1ª Câmara Cível. Julgado em 03/12/2013. DJe 12/12/2013)

Percebe-se que os entendimentos divergentes sobre o tema estão presentes em diversos tribunais de justiça do país, o que alcançou também o Superior Tribunal de Justiça que, ao invés de solucionar a problemática existente, trouxe mais insegurança jurídica sobre o tema, o demonstra ainda mais a necessidade de uniformização, conforme será demonstrado no próximo tópico.

4.2 Jurisprudências do STJ

Diante da controvérsia apresentada, o Superior Tribunal de Justiça julgou caso específico relacionado ao tema, com fundamentação distinta da do Código Civil, para excluir o direito do cônjuge de concorrência sucessória com descendentes. É o entendimento da Relatora Ministra Nancy Andrighi:

Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjugue 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 insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal – é a seguinte: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos.

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

- Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações.
- Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.
- Haveria, 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. (STJ. Recurso Especial n. 992.749/MS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma. Julgado em 01.12.2009. DJe 05.02.2010)

Conforme se verifica da ementa do julgado, entende-se que o STJ decidiu de maneira correta, com o intuito de corrigir o erro do diploma civil de elevar o direito sucessório do cônjuge a um patamar tão elevado que desrespeitou os próprios preceitos do direito de família.

Ocorre porém que, embora o STJ tenha julgado de acordo com o entendimento correto, tal decisão foi pautada em fundamentos não robustos, caracterizando insegurança jurídica sobre o tema.

Ao trazer à tona a tese de Miguel Reale, a Relatora defendeu que ambas as hipóteses de separação de bens são obrigatórias, em que na convencional “os nubentes se obrigam por meio de pacto antenupcial contrato solene lavrado por escritura pública”, enquanto que na legal “a obrigação é imposta

por meio de previsão legal” e, por isso, a exclusão do artigo 1.829, I, engloba o regime de separação convencional de bens.

Embora seja verdade que considerar o cônjuge sobrevivente herdeiro necessário suscita antinomia entre os artigos 1.829, I, e 1687, do Código Civil, não cabe aqui colocar a separação obrigatória como gênero, na qual são espécies a legal e a convencional.

A necessidade de se alterar o entendimento previsto no diploma civil não pode ensejar insegurança jurídica, o que é criticado no texto a seguir:

É bem verdade que, nesse ponto, o Superior Tribunal de Justiça, em recente acórdão, tentou contornar o absurdo dessa concorrência de direito sucessório da(o) viúva(o) que fora casada(o) em separação convencional, sob o argumento de que *o regime da separação obrigatória seria um gênero que abrangeria também o da separação convencional* e que, por isso, dada a exclusão do direito daquele casado no regime obrigatório, a mesma ressalva incidiria em face daqueles que optaram, mediante pacto antenupcial, pelo regime convencional.

[...]

Trata-se de uma argumentação, *data vênia*, completamente descabida.

Não tem sentido considerar-se “obrigatório” o regime da separação convencional – aquele em que a separação de bens é livremente escolhida -, pelo simples fato de se tratar de um regime de bens previsto por lei.

[...]

Em síntese: a separação convencional é, sem sombra de dúvidas, um regime de bens completamente diferente do da separação obrigatória e com este não pode ser confundido.

[...]

Ora, se a norma contida no inc. I do art. 1.829 é infeliz – dada a contradição acima apontada -, busquemos outros caminhos hermenêuticos para permitir a sua aplicação possível, mas não utilizemos um argumento deste teor, por conta da sua completa impossibilidade jurídica. (GAGLIANO e FILHO, 2012, p. 377)

Em contrapartida, a fim de demonstrar a controvérsia sobre o tema, destaca-se ainda que mais recentemente o STJ julgou em sentido diverso da decisão anterior, para considerar o direito sucessório do cônjuge sobrevivente com casamento regido sobre o regime da separação convencional, conforme ementa:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. INVENTÁRIO E PARTILHA. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. PACTO ANTENUPCIAL POR ESCRITURA PÚBLICA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. CONCORRÊNCIA NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA COM

DESCENDENTES. CONDIÇÃO DE HERDEIRO. RECONHECIMENTO. EXEGESE DO ART. 1.829, I, DO CC/02. AVANÇO NO CAMPO SUCESSÓRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL.

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

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

3. O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial.

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

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

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

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

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

9. Recurso especial não provido.

(STJ. Recurso Especial n. 1472945/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, 3ª Turma. Julgado em 23/10/2014. DJe 19/11/2014)

Ao manter a decisão de primeira instância, verifica-se que o relator decidiu de acordo com as disposições sucessórias do Código Civil, afastando a alegação de pacificação da matéria pelo STJ em razão do julgamento anterior já mencionado (REsp n. 992.7249/MS).

Ocorre que os fundamentos utilizados por este último julgado, que reconheceu o direito de herança ao cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional, vão contra os preceitos defendidos no decorrer do presente trabalho e serão refutados a seguir, nos termos dos princípios da igualdade entre os cônjuges e da autonomia dos mesmos.

Conforme se pode extrair da ementa, o respectivo julgado considerou, primeiramente, que o diploma civil agiu de maneira correta ao colocar o cônjuge sobrevivente na condição de herdeiro necessário, com o intuito de lhe garantir o mínimo necessário para uma sobrevivência digna, mesmo que casado sob o regime de separação convencional e independentemente do período de duração do casamento, considerando tal fato um grande avanço no campo sucessório, nos termos do princípio da vedação ao retrocesso social.

Ocorre porém que a realidade atual prescinde de respectiva proteção. Com o mesmo entendimento trazido por renomados autores no decorrer do trabalho, a sociedade dos dias de hoje não reflete mais a desigualdade entre os cônjuges, principalmente entre homens e mulheres maiores e capazes que optam por celebrar um casamento sob o regime da separação convencional. Vale mencionar ainda que a opção por respectivo regime não impede o casal, por livre e espontânea vontade, de adquirir bens conjuntamente por meio de contrato, ou até mesmo de haver doação de bens de um para o outro, respeitando-se assim a autonomia da vontade do casal.

Além disso, o julgado ressaltou que o pacto antenupcial trata de questões como a incomunicabilidade de bens e seu modo de administração no curso do casamento, o que não produz efeitos após a morte, já que não existe ultratividade do regime patrimonial que faça com que a intransmissibilidade patrimonial perpetue *post mortem*, ou seja, que a sociedade conjugal cessa com a morte de um dos cônjuges e que, a partir daí, incidem as regras próprias do direito sucessório, que tem como fato gerador a morte de um dos cônjuges e não, conforme o direito de família, a vida em comum - situações distintas que não permitem tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade.

É incabível, entretanto, considerar que a vontade dos nubentes consolidada na escolha de determinado regime de bens não deve se estender ao direito sucessório. Se assim o fosse, não caberia ao próprio dispositivo que trata

sobre a concorrência sucessória com descendentes (artigo 1.829, I) relacionar o direito de herança dos cônjuges aos tipos de regimes de bens. Destaca-se ainda que o diploma civil prevê a sucessão testamentária, que corresponde a um ato de última vontade do *de cujus* que produz efeitos após a morte.

Assim, o que se verifica é a tentativa, equivocada, de se separar os institutos do direito sucessório do direito de família para conseguir fundamentar a decisão errônea do legislador de ter elevado a proteção do cônjuge supérstite a um patamar excessivo, fora da realidade, em contraposição com os princípios constitucionais aqui mencionados.

Fundamentou também, o relator, que a previsão legal de concorrência sucessória na separação convencional, principalmente por não ter sido arrolada como uma das exceções, corresponde à norma de ordem pública, não podendo ter convenção em sentido contrário, e que não pode o intérprete restringir onde não há norma excepcionando, sob pena de violação da Teoria da Separação dos Poderes.

Destaca-se, porém, de acordo com as considerações aqui expostas, que o que se busca não é restringir determinado direito, mas interpretar as regras de direito sucessório de maneira correta, mais próxima da sociedade a que é direcionada e de acordo com as demais regras do ordenamento jurídico civil, a fim de solucionar um equívoco do legislador.

Nesse sentido, entende-se pela legitimidade da intervenção do Poder Judiciário que, diante de norma causadora de discussões doutrinárias e nos tribunais, busca alcançar a melhor interpretação até que se resolva o erro de maneira mais segura, ou seja, por meio de alteração legislativa, o que se defende neste trabalho.

Por fim, o julgado destacou que o referido regime, por ter sido escolhido livremente pelos nubentes, nos termos do princípio da autonomia da vontade, não se confunde com a separação obrigatória, discordando-se da classificação da separação convencional como espécie da obrigatória e que, conforme assegurado ao cônjuge sobrevivente casado sob o regime da comunhão parcial o direito de herança dos bens particulares do *de cujus*, tem direito também o casado sob o regime da separação convencional, vez que composto apenas por acervo particular.

Pois bem, não há dúvida que o regime da separação convencional não é espécie do da separação obrigatória e muito menos com esse se confunde. Ocorre, porém, que ambos são pautados no instituto da incomunicabilidade de bens e, por tal razão, os dois deveriam ensejar o mesmo resultado no direito sucessório, qual seja, não dar direito de herança ao cônjuge sobrevivente, sendo um em razão de vontade das partes e o outro por imposição legal.

Ainda, com relação à comparação feita pelo relator do regime da separação convencional com o da comunhão parcial, destaca-se que não corresponde a fundamento para que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional tenha o direito de herança para concorrer com descendentes. Isso porque, embora não seja objeto deste estudo, entende-se que não há razão para o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão parcial, concorrer com os descendentes em caso do *de cuius* ter deixado bens particulares, pois se assim desejassem, teriam optado pelo regime da comunhão universal, confirmando-se a incongruência do legislador, que desconsiderou a autonomia dos nubentes em mais uma situação.

Percebe-se assim que o julgado mais recente do STJ não trouxe fundamentações robustas para justificar as regras incongruentes do direito sucessório, uma vez que para defender a validade da condição de herdeiro necessário do cônjuge supérstite casado sob o regime da separação convencional, bem como sua concorrência com descendentes, pautou-se em princípios como o do mínimo existencial, da vedação ao retrocesso social e da especificidade, inaplicáveis no caso em questão, pelos mesmos motivos apresentados no decorrer do trabalho.

4.3. Elucidação do tema e importância da Segurança Jurídica

Ao se analisar o tema, verifica-se que a divergência doutrinária alcançou os tribunais e, por falta de uma posição consolidada a respeito e de uma legislação coerente, instaurou-se uma insegurança jurídica sobre o tema.

Isso porque, embora se defenda pela interpretação dos tribunais de que a autonomia de um casal que opta pelo regime da separação convencional de bens deve prevalecer e se estender ao direito de herança, percebe-se a

necessidade de alteração do diploma civil para a manutenção da segurança jurídica, indispensável para a aplicação correta do direito.

Conforme esclarecem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2014, p. 2092):

[...] De fato, a solução do CC 1829 I não se coaduna com a finalidade institucional do regime jurídico da separação de bens no casamento. Manifestações da doutrina e do público em geral evidenciam, entretanto, que a vontade da lei não corresponderia à vontade geral com relação, principalmente, à condição de herdeiro dos casados sob o regime da separação *convencional* de bens. **Destarte, fazemos sugestão para que a norma possa ser reformada, no sentido de excluir-se do CC 1829 I a expressão “obrigatória”,** bem como a remissão equivocada ao CC 1640 par.ún. Com isso, não concorreria com o herdeiro descendente do morto o casado sob o regime da separação de bens, em qualquer de suas duas modalidades (separação obrigatória e separação convencional). [...] (grifo)

Assim, de acordo com a sugestão dada por estes renomados autores, entende-se que o Código Civil deve ser alterado para retomar a congruência antes havida entre as regras de direito de família e direito sucessório, com o intuito de se respeitar a autonomia da vontade dos nubentes.

CONCLUSÃO

O novo diploma civil optou por elevar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário. Para tanto, desconsiderou a autonomia da vontade do casal de escolher a destinação do patrimônio por meio de determinado regime de bens para estabelecer a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com descendentes, a depender do regime de bens, bem como com ascendentes, independentemente do regime de bens, e para incluí-lo na terceira classe da ordem de vocação hereditária, o que fez de maneira equivocada.

Isso porque, além de utilizar um critério desproporcional, colocando o cônjuge sobrevivente em um patamar muito elevado para a realidade atual, o novo diploma civil relacionou o direito sucessório com o direito de família de modo incongruente, ao estabelecer, na concorrência sucessória com descendentes, os tipos em que estaria excluída a concorrência, sem considerar corretamente os efeitos patrimoniais de cada regime de bens.

Assim, entre as hipóteses excluídas, o legislador destacou a comunhão universal, a separação obrigatória e a comunhão parcial, em caso do *de cujus* não ter deixado bens particulares, sem, no entanto, ressaltar a separação convencional.

Ocorre, porém, que embora o Código Civil preveja que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional tenha direito de concorrer com descendentes, não se conclui que respectiva disposição esteja de acordo com os princípios constitucionais relacionados e os preceitos do direito de família e do direito das sucessões, uma vez que há incongruência no fato de uma pessoa que optou pela incomunicabilidade de bens, ter direito de herança sob os bens deixados pelo *de cujus*.

Em razão disso, decidiu-se estudar a referida contradição, mormente pelo fato de cada regime de bens influenciar distinta e contraditoriamente no direito de herança do cônjuge sobrevivente, sem espelhar, em determinadas situações, a autonomia da vontade dos nubentes que pactuaram, em vida, a destinação de seus patrimônios.

Nesse sentido, para melhor elucidação do tema, buscou-se analisar a evolução do direito das sucessões, os tipos de regimes de bens e seus respectivos efeitos patrimoniais, o entendimento dos renomados doutrinadores sobre a contradição do artigo 1.829, do diploma civil, e as decisões dos tribunais e do STJ sobre a problemática em questão.

Assim, em relação à evolução do direito sucessório, destacou-se que o direito sucessório surgiu com a consolidação da família e a necessidade de dar continuidade patrimonial para a realização do culto doméstico. A partir daí, suas características foram se formando de acordo com as tendências de cada época – o que anteriormente se caracterizava pela essência extrapatrimonial, passou a ser visto sob o ponto de vista material, patrimonial.

Ocorre, porém, que entre as principais características que marcaram o direito sucessório, não havia tido, antes do novo diploma civil, uma previsão de proteção ao cônjuge sobrevivente em um patamar tão elevado. Mesmo quando ainda havia uma desigualdade marcante entre homens e mulheres, realidade distante da atual, a autonomia da vontade do casal tinha papel mais relevante no direito sucessório.

Percebeu-se, assim, que mesmo com a evolução e a inserção de novos entendimentos, o atual diploma civil trouxe regras pautadas em um caráter conservador, contrárias aos princípios da autonomia da vontade e da igualdade entre os cônjuges.

Pois bem, em se tratando dos regimes de bens, pontuou-se cada tipo com o intuito de se demonstrar, a partir de suas características peculiares, a prevalência da liberdade de escolha do casal e a necessidade de se estendê-la para o direito de herança.

Em seguida, pautando-se nos entendimentos de renomados autores cíveis, construiu-se a fundamentação de que o diploma civil agiu equivocadamente ao elevar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, principalmente por ter o colocado em concorrência sucessória com descendentes por meio de critérios contraditórios e descabidos, destacando-se o regime de separação convencional de bens.

Por fim, fez-se a análise das decisões dos tribunais sobre o direito de herança do cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens com o intuito de demonstrar a divergência sobre o tema e a atual insegurança jurídica e, assim, reforçar a necessidade de elucidação do tema.

Isso porque, demonstradas as razões que fundamentaram a conclusão de que o atual diploma civil não aplicou da melhor maneira o instituto da separação convencional de bens ao dispor sobre o direito de herança do cônjuge sobrevivente, é imprescindível a imediata alteração das regras de direito sucessório relacionadas ao tema para adequação do diploma civil aos preceitos constitucionais que abarcam o direito de família e o direito sucessório, como única saída para pôr fim às discussões doutrinárias e dos tribunais e, oferecer assim, a merecida segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTONINI, Mauro. Sucessões – Arts. 1784 a 2.027. *In*: PELUSO, Cezar. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. 6 ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2012. p. 2133-2362.

BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 03/11/2014 às 10:20.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 03/11/2014 às 10:30.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03/11/2014 às 10:30.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 992.749/MS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma. Julgado em 01.12.2009, DJe 05.02.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 30/10/2014 às 11:00.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.472.945/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, 3ª Turma. Julgado em 23/10/2014. DJe 19/11/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 30/11/2014 às 09:00.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. AGI: 20140020046604 DF 0004689-33.2014.8.07.0000, Relator Vera Andrighi, 6ª Turma Cível. Julgado em 14/05/2014. DJe 03/06/2014. Disponível em: Acesso em:

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Agravo de Instrumento n. 219665-75.2012.8.09.0000, Relator Fausto Moreira Diniz, 6ª Câmara Cível. Julgado em 02/10/2012. DJe 1164 de 11/10/2012. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-atosjudiciais>>. Acesso em: 20/11/2014 às 11:00.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 10701130091625001 MG, Relator Geraldo Augusto, 1ª Câmara Cível. Julgado em 03/12/2013. DJe 12/12/2013. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 20/11/2014 às 11:00.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2241759420118260000 SP 0224175-94.2011.8.26.0000, Relator Percival Nogueira, 6ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 20/10/2011. DJe 26/10/2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 30/11/2014 às 11:30.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n.: 20380030520148260000 SP 2038003-05.2014.8.26.0000, Relator Mendes Pereira, 7ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 05/11/2014. DJe 05/11/2014. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 30/11/2014 às 11:30.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 20454106220148260000 SP 2045410-62.2014.8.26.0000, Relator Erickson Gavazza Marques, 5ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 26/11/2014. DJe 28/11/2014. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 30/11/2014 às 11:30.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Família – Arts. 1.511 a 1.783. *In*: PELUSO, Cezar. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. 6 ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2012. p. 1619-2132.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família; sucessões**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 4 ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 6.

FILHO, Rodolfo Pampolha; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

FIORIN, Fernanda Siqueira. Reflexos do regime de bens do casamento e da autonomia da vontade no direito das sucessões. *In*: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick (Organ.). **Direito de família: em perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 97-107.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7.

_____. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes. Palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, em 26 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_giselda_concorrencia.pdf>. Acesso em: 20/11/2014, às 11:00.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOUREIRO, José Eduardo; LOUREIRO, Francisco Eduardo. Alguns aspectos da ordem da vocação hereditária no novo Código Civil. *In*: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 667-717.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. 11 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 6.

TARTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito das sucessões**. 5 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2012. v. 6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 7. (a)

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 6. (b)