

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Amanda Assumpção Frias

A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE COM OS
DESCENDENTES DO AUTOR DA HERANÇA E O REGIME DA SEPARAÇÃO DE
BENS CONVENCIONAL

Belo Horizonte

2014

Amanda Assumpção Frias

A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE COM OS
DESCENDENTES DO AUTOR DA HERANÇA E O REGIME DA SEPARAÇÃO DE
BENS CONVENCIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Fernando José Armando Ribeiro

Coorientador: Prof. Walsir Edson Rodrigues Júnior

Belo Horizonte

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F897c Frias, Amanda Assumpção
A concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança e o regime da separação de bens convencional / Amanda Assumpção Frias. Belo Horizonte, 2014.
106f.

Orientador: Fernando José Armando Ribeiro
Coorientador: Walsir Edson Rodrigues Júnior
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Herança e sucessão. 2. Regime de bens. I. Ribeiro, Fernando José Armando. II. Rodrigues Júnior, Walsir Edson. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.6

Amanda Assumpção Frias

A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE COM OS
DESCENDENTES DO AUTOR DA HERANÇA E O REGIME DA SEPARAÇÃO DE
BENS CONVENCIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais, como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Fernando José Armando Ribeiro (Orientador) – PUC Minas

Prof. Walsir Edson Rodrigues Júnior (Coorientador) – PUC Minas

Prof.^a Luciana Costa Poli

Prof.^a Maria Goreth Macedo Valadares

Belo Horizonte, 17 de março de 2014.

*Ao meu pai,
por sempre torcer pelo meu sucesso.
Minha eterna gratidão.*

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, que sempre estiveram ao meu lado durante este empreendimento.

Ao Fábio, pelo incentivo e companheirismo durante esta longa jornada. Obrigada pelas caronas, pelas críticas, pelas idas e vindas à PUC Minas em busca de material bibliográfico, pelas palavras de apoio em momentos tristes e por nunca me deixar desistir, mesmo sabendo que a batalha seria longa.

Ao meu orientador, Professor Doutor Fernando Armando, pela atenção que tornou possível a realização deste trabalho.

Ao meu coorientador, Professor Doutor Walsir Edson Rodrigues Júnior, pela atenção e orientação que começou antes mesmo do início do presente trabalho. Sem a sua ajuda a realização deste trabalho seria impossível.

À amiga Eliane, que há muito tempo me incentiva a seguir a vida acadêmica e que nunca desistiu de me ajudar.

À amiga Marcela pela ajuda com as traduções do espanhol para o português.

À amiga Simone pelos apontamentos realizados no presente trabalho e que apesar da distância sempre se fez presente nesta caminhada.

À amiga Andrea por ter contribuído com a correção do presente trabalho e por sempre ter me dado forças.

À amiga Fernanda pela ajuda dentro e fora da sala de aula ao longo do Mestrado, em especial pela elaboração do “abstract”.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, em especial à Professora Taísa Maria Macena de Lima por todo ensinamento e carinho, e à Professora Maria de Fátima Freire de Sá pelas aulas ministradas e pela grande iniciativa de coordenar uma obra contendo artigos de seus alunos do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas.

À todos aqueles que sempre torceram pelo meu crescimento pessoal e profissional.

RESUMO

Esta dissertação realizou um estudo a partir da análise da doutrina e da jurisprudência acerca da possibilidade da concorrência sucessória (em propriedade) do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança que era casado no regime da separação de bens convencional, inovação esta trazida pelo Código Civil de 2002. Assim, foi analisado o conceito de sucessão, trazendo desse modo a evolução sofrida no Direito Sucessório, em especial, no Direito Romano, no Direito Português e por fim no Direito Brasileiro. Após, passou para o estudo dos regimes de bens, em especial o regime da separação de bens, que se desdobra em regime da separação de bens legal, cogente ou obrigatório e regime da separação de bens convencional. A partir daí foi possível distinguir regime de bens e Direito das Sucessões. Posteriormente, analisou o instituto da sucessão legítima, distinguindo-a da sucessão testamentária. Em seguida, distinguiu meação, sucessão e herança de forma a estudar a ordem de vocação hereditária, em especial a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança que fora casado no regime da separação de bens convencional. Por fim, apresentou as propostas existentes acerca da modificação do artigo 1.829 do Código Civil, trazendo, desse modo, a melhor proposta a ser seguida. A conclusão do presente trabalho nos mostra que não existe inexistência no artigo 1.829 do Código Civil ao permitir a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do *de cujus* que era casado no regime da separação de bens convencional, eis que dessa forma está efetivando o princípio da solidariedade familiar, amparando materialmente o cônjuge sobrevivente e seguindo a regra defendida ao longo do trabalho de que quem não é meeiro deve ser herdeiro dos bens deixados pelo autor da herança.

Palavras-chave: Sucessão legítima. Regime de bens. Concorrência sucessória.

ABSTRACT

This dissertation held a study from the analysis of the doctrine and jurisprudence about the possibility of succession competition (in property) of the survivor spouse with the descendants of the inheritance author which was married in the conventional separation of goods regime, this innovation was brought by the 2002 Civil Code. Thus, was analyzed the concept of succession, thereby bringing the evolution suffered in Succession Right, in particular, in Roman Right, in Portuguese Right and lastly in Brazilian Right. After, it went to the study of goods regimes, in particular the separation of goods regime, which unfolds itself in legal separation of goods regime, cogent or mandatory and conventional separation of goods regime. Thereafter was possible to distinguish the goods regime and Succession Right. Posteriorly, it analyzed the institute of legitimate succession, distinguishing it from testamentary succession. Then, it distinguished sharecropping, succession and heritage in order to study the order of heredity, in particular the succession competition of the survivor spouse with the descendants of the inheritance author which was married in the conventional separation of goods regime. Lastly, submitted the existing proposals about the changes in article 1.829 from Civil Code, thus bringing the best proposal to be followed. The conclusion of the present work sows us that there is no inaccuracy in article 1.829 of the Civil Code to allow the succession competition of the survivor spouse with the descendants of the deceased that was married in the conventional separation of goods regime, thus it is effecting the principle of family solidarity, materially bolstering the survivor spouse and following the rule defended throughout the work that those who are not sharecropper should be heir of the goods left by the inheritance author.

Keywords: Legitimate succession. Goods regime. Succession competition.

LISTA DE ABREVIATURAS

art. – Artigo

arts. – Artigos

D. – Dom

Dr. – Doutor

fls. – Folhas

inc. – Inciso

Min. – Ministra

n.º. – Número

p. – Página

págs. – Páginas

Prof. – Professor

Prof.^a – Professora

R. – Resposta

Séc. – Século

Sr.^a – Senhora

LISTA DE SIGLAS

CC – Código Civil

MS – Mato Grosso do Sul

NCC – Novo Código Civil

PL – Projeto de Lei

RT – Revista dos Tribunais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

§º – Parágrafo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 EVOLUÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES	21
2.1 Conceito de sucessão	21
2.2 O Direito Romano	23
2.2.1 A Lei das XII Tábuas	26
2.2.2 O sistema pretoriano	27
2.2.3 O sistema das reformas imperiais	27
2.2.4 O sistema justiniano	28
2.2 O Direito Português	28
2.2.1 Código Visigótico (Wisigothico)	29
2.2.2 Ordenações Afonsinas	29
2.2.3 Ordenações Manuelinas	30
2.2.4 Ordenações Filipinas	31
2.3 O Direito Brasileiro	31
3 DOS REGIMES DE BENS	38
3.1 O regime da separação de bens	40
3.1.1 O regime da separação de bens legal, cogente ou obrigatório	41
3.1.2 O regime da separação de bens convencional	46
3.2 A possibilidade de alteração do regime de bens na constância do casamento	47
4 DISTINÇÃO ENTRE REGIME DE BENS E DIREITO DAS SUCESSÕES	53
5 A SUCESSÃO LEGÍTIMA	56
5.1 Distinção entre sucessão legítima e testamentária	56
5.2 Meação, sucessão e herança	58
5.3 Ordem de vocação hereditária	61
5.3.1 Fundamentos	61
5.3.2 Concorrência do cônjuge sobrevivente casado no regime da separação convencional de bens com os descendentes do autor da herança	65
5.3.2.1 <u>Análise do Recurso Especial nº. 992.749 –MS (2007/0229597-9)</u>	75
5.3.2.2 <u>Propostas de modificação do artigo 1.829 do Código Civil</u>	89
6 CONCLUSÃO.....	96
REFERÊNCIAS.....	99

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo a análise do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil (CC) de 2002, em especial no que diz respeito à concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança que fora casado sob o regime da separação de bens convencional, além de apresentar uma nova redação para o artigo em comento, levando em consideração os fundamentos da ordem de vocação hereditária.

O tema é bastante atual, vez que a possibilidade de concorrência sucessória (em propriedade) do cônjuge sobrevivente com os descendentes do *de cuius*, surge como uma inovação do Código Civil de 2002. Deste modo, ainda há muito que se discutir sobre o problema aqui proposto.

Assim, para melhor explicar o tema, ora proposto, será necessário traçar a evolução do Direito das Sucessões, desde o Direito Romano até o atual Direito Brasileiro, pontuando, desse modo, as transformações ocorridas ao longo dos tempos com relação a ordem de vocação hereditária, para dessa forma, chegar na atual redação do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002.

Buscando ainda a melhor interpretação para o inciso I do artigo 1.829 do atual Código Civil, considerando-se que o *de cuius* era casado no regime da separação de bens convencional, será realizado a análise dos regimes de bens que vigoram atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, em especial o regime da separação de bens que é subdividido em duas espécies, quais sejam, a separação de bens convencional e a separação de bens legal, cogente ou obrigatória.

Ademais, considerando que a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança depende do regime de bens que foi anteriormente adotado, será de suma importância a abordagem acerca da possibilidade de alteração do regime de bens na constância do casamento, inovação esta também trazida pelo Código Civil de 2002.

Diante da análise supra referida, será possível promover a diferenciação entre o regime de bens e o Direito das Sucessões, visando assim adentrar no tema central do presente trabalho. Assunto este que se justifica devido a grande divergência de posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade ou não da concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança que fora casado sob o regime da separação de bens convencional.

Destarte, passará a ser estudada a sucessão legítima, em especial a ordem de vocação hereditária constante do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, abordando assim seus fundamentos.

Objetivando ainda solucionar o problema aqui proposto serão analisados os apontamentos apresentados pelo professor Miguel Reale em seu artigo “O cônjuge no Novo Código Civil”, bem como a posição adotada por referido professor conjuntamente com a professora Judith Martins-Costa em parecer elaborado no ano de 2005, e o Recurso Especial nº. 992.749 – MS (2007/0229597-9).

Por fim, serão abordadas as propostas de modificação do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, em especial as referentes à concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente, com os descendentes do autor da herança que fora casado no regime da separação de bens convencional, apresentando desta forma uma melhor redação para o artigo ora em debate.

2 EVOLUÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

O tema central do presente trabalho tem como escopo a discussão acerca da legitimidade de concorrência sucessória entre o cônjuge supérstite com os descendentes do autor da herança que era casado no regime da separação de bens convencional, bem como apresentar uma nova redação para o artigo 1.829 do Código Civil de 2002.

Entretanto, antes de adentrar no tema propriamente dito, é importante analisar o conceito de sucessão e traçar a evolução do Direito das Sucessões, passando pelo Direito Romano e pelo Direito Português para, após, tratar do Direito Brasileiro.

2.1 Conceito de sucessão

Nos dizeres de Salomão de Araujo Cateb,

*Sucessão é palavra oriunda do latim *successio*, derivado de *succedere*, que dá ideia de troca entre titulares ou, na definição de Savigny, ‘o cambio meramente subjetivo em uma relação de direito’¹. Transmite a palavra a ideia de afastamento de pessoa, das relações jurídicas e, em seu lugar, a continuação por outra em todos os deveres e direitos. (CATEB, 2012, p. 3, tradução nossa)*

Complementando a assertiva supra, tem-se que “A palavra ‘suceder’ tem o sentido genérico de virem os fatos e fenômenos jurídicos ‘uns depois dos outros’ (sub + ceder)” (PEREIRA, 2007, p. 1)

Assim, sucessão consiste em transmitir determinado patrimônio a outrem, ocorrendo desta forma a substituição do titular de um direito.

Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira (1952) afirma que “Sucessão é a continuação em outrem de uma relação jurídica que cessou para o respectivo sujeito, constituindo um dos modos, ou títulos, de transmissão, ou de aquisição de bens, ou de direitos patrimoniais.”

Tem-se que a sucessão pode ocorrer por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, a título gratuito ou oneroso.

No direito civil, a sucessão por ato *inter vivos* se dá quando da celebração de determinados contratos como, por exemplo, doação de bens, cessão de direitos, compra e venda, etc. No direito empresarial ocorre a sucessão quando da existência da incorporação de uma sociedade empresária por outra.

¹‘el cambio meramente subjetivo em una relación de derecho’

Cumpra salientar que no caso da sucessão por ato *inter vivos*, a mesma poderá ocorrer tanto a título gratuito como oneroso.

Já a sucessão *causa mortis* ocorre no momento em que há a transmissão do patrimônio de uma pessoa morta para uma ou mais pessoas vivas. Assim, resta claro que decorre do fato jurídico morte e “[...] é o complemento do direito de propriedade, prolongando-se além da morte do seu titular.” (CAHALI; HIRONAKA, 2012, p. 24)

Daniela Soares Hatem (2009) salienta que “O Direito Sucessório constitui-se do conjunto de normas que visam à regulamentação da transmissão dos direitos e das obrigações do autor da herança aos seus sucessores, em decorrência do fato jurídico morte.”

Pode-se então dizer que

São, [...] pressupostos da sucessão *mortis causa* que haja o falecimento de alguém, titular de um patrimônio, e a sobrevivência de outras pessoas, chamadas para recolher esse patrimônio, que o direito chama de herança. Inexistindo patrimônio, não se pode falar em herança e o fato ‘morte’ não será apreciado no Direito Sucessório. (CATEB, 2012, p. 7)

Salienta Clóvis Beviláqua (1955) que “Direito hereditário ou das sucessões é o complexo dos princípios, segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir.” Assim, “Os sucessores passam a ter a mesma situação jurídica do autor da herança, quer com relação aos direitos, quer quanto aos seus bens.” (DIAS, 2008, p. 29)

Vale destacar que sempre que a sucessão ocorrer em virtude do evento morte se estará diante da sucessão *causa mortis* ou hereditária, disciplinada pelo Código Civil de 2002 nos artigos 1.784 a 2.027.

Destaque-se ainda que, ao contrário da sucessão por ato *inter vivos*, a sucessão *causa mortis* sempre será gratuita. E “Antes da morte do seu titular, a herança não pode ser objeto de sucessão *inter vivos*, pois é proibido o **pacto sucessório** (CC 426): estipulação contratual de herança de pessoa viva.” (DIAS, 2008, p. 93)

No presente trabalho vai interessar apenas o estudo da sucessão *causa mortis*, desta forma sempre que se falar de sucessão deve ser entendido como sendo sucessão *causa mortis*.

Definido o conceito de sucessão, faz-se importante traçar a evolução de referido instituto.

2.2 O Direito Romano

Nos tempos remotos, as famílias eram consideradas uma associação religiosa, eis que em cada casa existia um altar onde se cultuava o fogo sagrado. (COULANGES, 2004) Por decorrência, o que definia o parentesco e o direito hereditário era a religião doméstica e não o ato material do nascimento.

Deste modo, “[...] o legatário que se recusar a adotar o culto dessa família não fará jus à sucessão; enfim como o parentesco e o direito à herança são regulamentados não pelo nascimento, mas de acordo com os direitos de participação no culto [...]” (COULANGES, 2004, p. 45), somente aquele que aceita continuar o culto de uma família pode ser considerado herdeiro.

Para o Direito Romano, herdeiro (*heres*) não é um mero sucessor dos bens deixados pelo *de cuius*, mas sim o sucessor de sua pessoa jurídica. (CRETELLA JÚNIOR, 2009).

Isso porque, nos dizeres de Clóvis Beviláqua (1955) “Os povos primitivos desconhecaram o direito sucessório no sentido moderno da expressão. Vivendo os grupos familiares em comunhão de bens, todos os membros desses grupos eram proprietários comunistas, pais e filhos, ascendentes, descendentes e afins.”

Assim, a propriedade possuía caráter familiar e o novo chefe da família herdava os bens deixados pelo chefe pré-morto.

Cumprido destacar que, uma vez que a religião doméstica era transmitida de varão para varão, a herança também o era. Destarte,

[...] o pai não tem necessidade de fazer testamento, o filho herda de seu pleno direito, *ipso jure heres existit*. [...] É mesmo herdeiro necessário, *heres necessarius*. O filho não tem de aceitar nem de recusar a herança. A continuação da propriedade, como a do culto, é para ele uma obrigação e um direito. Queira ou não, cabe-lhe a sucessão qualquer que possa ser, mesmo com encargos e dívidas. (COULANGES, 2004, p. 79)

Conforme descrito, para o Direito Romano, herdeiro necessário (*heres necessarius*) correspondia aos herdeiros que uma vez instituídos não podiam deixar de aceitar a herança. Ao contrário, hodiernamente, herdeiros necessários são aqueles que não podem ser excluídos da sucessão, podendo caso queiram, recusar a herança.

Por todo exposto, tem-se que, “Em Roma, o herdeiro era aquele que presidia o culto aos mortos da família, e desse modo, a herança era concedida ao filho varão mais velho, haja

vista que cabia ao primogênito a responsabilidade de presidir o culto às almas dos familiares mortos.” (HATEM, 2009, p.32)

Em virtude do modo como se dava a sucessão em Roma, dizia-se que “Entre o pai e o filho não existe nem doação, nem legado, nem mudança de propriedade. Há simplesmente continuação: *morte parentis continuatur dominium*. Enquanto o pai vivia, o filho já era co-proprietário do campo e da casa, *vivo quoque patre dominus existimatur*.” (COULANGES, 2004, p. 79)

Nos dizeres de Daniela Soares Hatem (2009), o fundamento para atribuir apenas ao varão o direito de receber a herança do pai consistia que a divisão dos bens legados a vários herdeiros diluiria o patrimônio acumulado pela família, enfraquecendo o poder da mesma, advindo do acúmulo patrimonial. Desse modo, mantendo o patrimônio concentrado, não haveria a fragmentação da família tampouco seu enfraquecimento.

Cumprido salientar que a filha casada nunca herdava de seu pai vez que, em virtude do casamento a mesma passava a cultuar outros Deuses, não sendo apta a dar continuidade ao culto paterno. No entanto, a filha solteira poderia herdar, mas jamais poderia dispor dos bens que havia herdado. No caso de ser “[...] filha única considerava-se como intermediária pela qual a família podia continuar. Não herdava, mas o culto e a herança transmitiam-se por seu intermédio.” (COULANGES, 2004, p. 85) Isso porque, o primeiro filho que a mesma gerasse seria considerado filho de seu pai e não de seu marido. Destarte, era o neto quem herdaria a herança do avô e daria continuidade ao culto deste.

Ademais, caso

[...] um homem tendo perdido o filho e a filha, deixasse apenas netos, quem herdava era o filho de seu filho, e não o filho de sua filha. Na falta de descendentes, o herdeiro seria o irmão e não a irmã; o filho do irmão, nunca o filho da irmã. Na falta de irmãos e de sobrinhos, precisava remontar à série dos ascendentes do defunto, sempre pela linha masculina, até se encontrar um ramo que se tivesse destacado da família por varão, depois tornava-se a descer esse ramo de varão em varão, até nele se encontrar um homem vivo: esse era o herdeiro. (COULANGES, 2004, p. 85)

Uma vez que o Direito Romano privilegiava os laços religiosos mais que os de nascimento, o filho emancipado era excluído da sucessão, eis que passava a não mais cultuar os Deuses de sua família. Já o estranho, que era adotado e passava a cultuar os mesmos Deuses dessa família, tornava-se herdeiro de referida família.

É importante destacar que, posteriormente, o parentesco pelo nascimento também passa a ser reconhecido pelo Direito Romano.

Saliente-se ainda que para os romanos,

No *sentido objetivo* o vocábulo *sucessão* designa o conjunto dos bens deixados pelo *de cuius*. Nessa acepção é sinônimo perfeito de “herança” [...]. No *sentido subjetivo*, o vocábulo *sucessão* designa a *transmissão dos bens* da pessoa falecida aos que a esses bens concorrem. [...] Nesta acepção, fala-se no direito que tem uma ou mais pessoas de receber bens deixados. Em síntese *sucessão* designa ao mesmo tempo a massa hereditária transmitida (*Erbschaft*) e o processo de transmissão hereditária (*Erbfolge*). (CRETELLA JÚNIOR, 2009, p. 258)

Conforme ensina Eugène Petit,

Há quem acredite que os romanos apenas conheceram a sucessão *ab intestato*, assim como os germanos e os gregos e que a sucessão testamentária foi introduzida pela Lei das XII Tábuas. Mas essa opinião não está de acordo com a preferência, bem marcada, que os romanos sempre tiveram por este último modo de sucessão. Os historiadores fazem menção do testamento desde a fundação da cidade. Para nós a sucessão testamentária e a sucessão *ab intestato* existiram desde a origem de Roma, e a Lei das XII Tábuas somente fez sancionar costumes que estavam em vigor há muito tempo. (PETIT, 2003, p. 681)

Tanto é assim que segundo os preceitos de Clóvis Beviláqua,

A Legislação romana queria que a vocação hereditária se fizesse por um modo com exclusão do outro; ou a sucessão era legítima ou testamentária; conjuntamente legítima e testamentária é que não podia ser *Nemo ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest nisi miles*, declaram as Institutas (2,14, §5), reproduzindo preceito antigo. (BEVILÁQUA, 1955, p. 19)

No mesmo sentido, José Cretella Júnior destaca que

Dois princípios regem o direito sucessório romano: 1º, a superioridade do testamento sobre a sucessão *ab intestato*, 2º, a incompatibilidade de princípio entre a sucessão testamentária e a *ab intestato*, vigorando a regra: *ninguém pode morrer, testando uma parte e deixando outra parte sem ser testada (nemo partim testatus, partim intestatus de cedere potest)*. Em outras palavras: a instituição de herdeiro deve ser universal, não sendo permitido chamar um herdeiro a uma parte da sucessão e deixar o resto aos herdeiros *ab intestato*. (CRETELLA JÚNIOR, 2009, p. 260)

Em contrapartida,

A idéia de sucessão como conhecemos hoje veio a surgir mesmo com o advento da propriedade individual. Seu fundamento, porém, era, de início, religioso e não econômico.” [...] Posteriormente, a idéia de sucessão desenvolveu-se, tendo como fundamento a própria continuidade patrimonial. (FIUZA, 2006, p. 1.001)

Por todo exposto, percebe-se que em Roma “O direito de testar, ou seja, o direito de dispor dos próprios bens depois da morte, deixando-os a outros indivíduos que não o herdeiro

natural, estava em conflito com as crenças religiosas que eram a base do direito de propriedade e do direito de sucessão.” (COULANGES, 2004, p. 87) Por isso, muito se discute se os romanos conheceram ou não o testamento.

2.2.1 A Lei das XII Tábuas

A Lei das XII Tábuas valorizava a sucessão testamentária em detrimento da sucessão *ab intestato* ou legítima. Tanto é assim que “Disponha a Tábua V que tratava das heranças e tutelas, que as disposições testamentárias do *paterfamilias* sobre os seus bens, ou a tutela, dos filhos, teriam força de lei.” (MAGALHÃES, 2004, p. 5)

Em contrapartida, ocorrendo o falecimento sem ter sido deixado testamento ou na hipótese de nulidade do mesmo, prevalecia a sucessão legítima, sendo a mesma devolvida, seguidamente a três classes de herdeiros: *sui*; *agnati*; *gentiles*.

Os *sui* (*heredes sui*), “[...] eram aqueles que se achavam sob o poder e a dependência do *paterfamilias*, abrangendo não somente os filhos homens ou mulheres, como também a esposa que estava sujeita ao poder marital.” (OLIVEIRA, 2009, p. 19)

Salienta Rui Ribeiro de Magalhães (2004) que “Excluía-se dessa categoria os filhos dados em adoção, porque se desligavam da família de origem, e as filhas casadas *cum manus*, pois neste caso elas ingressavam na família do marido com os seus bens, desligando-se totalmente da família do pai.”

Já na segunda classe de herdeiros encontravam-se os *agnati* (*agnatus*, agnado ou agnato) que eram “[...] os colaterais de origem exclusivamente paterna, como os irmãos consangüíneos, o tio que fosse filho do avô paterno, o filho desse mesmo tio, e assim por diante, sem restrição de grau.” (OLIVEIRA, 2009, p. 19-20) “A sucessão em relação aos agnados, era devolvida tendo em atenção a proximidade de parentesco para com o *de cuius*, sendo os mais remotos excluídos pelos mais próximos, recebendo porções *viris*.” (OLIVEIRA, 1952, p. 128)

A terceira classe era composta pelos *gentiles*,

[...] que são os membros da mesma *gens* [...], chamados na falta dos agnados. As *gentes* eram os agregados de famílias descendentes de origem sempre *ingenua* e que usavam dos mesmos nomes e dos mesmos sacrifícios – *nomina et sacra gentilitia* – e de que faziam partes os respectivos clientes e libertos, que compreendiam não só os *manutenidos*, como também os filhos emancipados e a mulher casada.” (OLIVEIRA, 1952, p. 128)

Nesta classe, os herdeiros mais próximos também excluía os mais remotos.

2.2.2 O sistema pretoriano

Reagindo aos rigores do direito antigo foi introduzido pelos editos dos pretores o *ius honorarium*, que admitiu quatro ordens de sucessíveis, quais sejam, os *liberi*, os *legitimi*, os *cognati* e o cônjuge sobrevivente.

Os *liberi* compreendiam “[...] os *sui heredes* do direito antigo e os *emancipati*, isto é, os filhos fora do pátrio poder do ato voluntário do pai, porque, de outro modo, não herdavam.” (OLIVEIRA, 1952, p. 129)

A segunda classe – os *legitimi* - compreendia “[...] não só os *consanguinei* e os *agnati*, como também os *sui heredes*, menos os *capite minuti*, porque não eram *legitimi*.” (OLIVEIRA, 1952, p. 130)

Como no antigo direito, entre os agnados os mais próximos em grau excluía os mais remotos.

Os *cognati*, diziam respeito a

[...] todos os parentes até o 6.º grau, qualquer que fôsse o sexo, bem como os *ex sobrinho sobrinaque nato nataeve*, que se achavam em 7.º grau, embora houvessem passado para outra família pela adoção ou arrogação. Os mais próximos excluía os mais remotos e, em igualdade de grau, recebiam a *portiones viriles*, isto é, sucediam por cabeça. (OLIVEIRA, 1952, p. 130)

Por fim,

No caso que não aparecessem os parentes das outras classes procurando a *bonorum possessio*, ou não existissem, a sucessão cabia, então ao cônjuge sobrevivente, uma vez que tivesse havido *justum matrimonium*, quer em relação às núpcias *in manu conventione*, quer relativamente àquelas sem a *conventio in manu*. O direito pretoriano, pois alterou o antiquado sistema das leis brônzeas, chamando à sucessão as filhas casadas, então consideradas estranhas à família, e estabeleceu a sucessão recíproca do cônjuge. (OLIVEIRA, 1952, p. 130-131)

Tem-se, dessa forma, que no sistema pretoriano o cônjuge sobrevivente era preterido em relação aos demais herdeiros.

2.2.3 O sistema das reformas imperiais

O sistema sucessório romano evoluiu nessa fase,

[...] notadamente pelas reformas empreendidas pelos *senatusconsultos* Tértuliano e Orficiano, e pelas subseqüentes constituições imperiais, trazendo profunda modificação aos princípios antes estabelecidos e permitindo maior amplitude na sucessão *ab intestato* dos colaterais, sejam os agnados que houvessem sofrido *capitis diminutio mínima* (incapacidade relativa), sejam os cognatos (pela sua linhagem materna de parentesco) (OLIVEIRA, 2009, p. 20)

Através das reformas imperiais foi instituído no direito sucessório laços hereditários recíprocos entre a mãe e os filhos. Também passou-se a admitir o parentesco natural, oriundo do sangue, diferente daquele estabelecido pelos laços religiosos.

2.2.4 O sistema justiniano

No presente sistema passaram a ser chamados

[...] à sucessão todos os parentes, sem distinção de agnados e cognados, e tendo estabelecido, unicamente, como o fundamento da sucessão legítima, ou *ab intestato*, a afeição presumida do defunto, [Justiniano] firmou, com as *novelas* 118 e 127, a classe dos herdeiros regulares e irregulares.[...] Compreendia a classe dos herdeiros regulares quatro ordens de sucessíveis: os descendentes, os ascendentes conjuntamente com os irmãos bilaterais do *de cuius*, os irmãos unilaterais, e os outros colaterais. [...] Os herdeiros irregulares eram: o cônjuge sobrevivente, os filhos naturais, a concubina, o pai natural, a cúria e, finalmente o fisco. No caso, porém que o cônjuge sobrevivente fôsse a mulher e que ficasse pobre e sem dote, poderia, então concorrer com os herdeiros do marido, a fim de que se lhe entregasse uma quarta parte dos bens da herança, que se denominava *quota uxória*. (OLIVEIRA, 1952, p. 133-134)

Faz necessário destacar que apesar do Estado se tornar herdeiro, fazendo parte deste modo da ordem de vocação hereditária, o mesmo só herdava se não existissem herdeiros regulares ou irregulares.

Além disso, é importante mencionar que foi sob a égide do Código Justiniano que a sucessão legítima passou a fundar-se unicamente no parentesco natural, ou seja, na consanguinidade.

2.2 O Direito Português

Realizada a análise dentro do contexto do Direito Romano, passa-se agora a análise do Direito Português, de forma a apresentar as inovações ocorridas no direito sucessório, iniciando-se pelo Código Visigótico e passando pelas Ordenações.

2.2.1 Código Visigótico (*Wisigothico*)

Considerando-se que o surgimento de Portugal deu-se a partir do desmembramento do Reino de Leão, nos primórdios de sua independência, algumas das normas de referido Reino vigiram no território português. (CARMINATE, 2011)

Dentre estas normas tem-se o Código Visigótico que vigorou em Portugal no início de sua independência. Referido Código, “[...] pela apresentação das matérias, fazia lembrar o de Justiniano e principalmente o de Teodósio, cujas disposições chegava efetivamente, a reproduzir.” (PORTUGAL; ALMEIDA, 1957, p.8)

Destaca Mario Júlio de Almeida Costa (2002) que: “Quanto à natureza intrínseca das suas disposições, o Código Visigótico pode considerar-se um produto do cruzamento de três correntes jurídicas: romana, germânica e canônica. A que maior influência exerceu foi a romana.”

Além disso, é importante citar que:

[...] em matéria sucessória, esta norma tem como mérito iniciar a organização dos grupos de sucessíveis por força de lei, que por intermédio do livro 4º, título 8º, estabelecia a seguinte ordem de vocação hereditária:

- a) descendentes, até o infinito,
- b) ascendentes, até o infinito,
- c) colaterais, até o décimo grau por Direito Civil,
- d) cônjuge sobrevivente,
- e) fisco. (CARMINATE, 2011, p.21)

Cumprido salientar ainda que referida norma representou um grande avanço, uma vez que igualou homens e mulheres no que diz respeito ao direito sucessório. Ademais, fixou a quota disponível, correspondente a um quinto do patrimônio.

2.2.2 Ordenações Afonsinas

Diferente do Código Visigótico, as Ordenações Afonsinas eram amparadas no Direito Romano, além de serem fragmentárias e possuírem um esquema que dificultava a busca da matéria. (CORDEIRO, 2005)

Dividida em cinco livros, as Ordenações Afonsinas foram publicadas em nome de D. Afonso V e tiveram grande importância no Direito português, eis que somente se pode falar em Direito português propriamente dito, a partir das mesmas (o mais antigo código de Leis portuguesas).

Tanto que Mário Júlio de Almeida Costa destaca que:

As Ordenações Afonsinas assumem uma posição destacada na história do direito português. Constituem a síntese do trajeto que desde a fundação da nacionalidade, ou mais aceleradamente, a partir de Afonso II, afirmou e consolidou a autonomia do sistema jurídico nacional no conjunto peninsular. Além disso, representam o suporte da evolução subsequente do direito português. (COSTA, 2002, p. 278-279)

Ainda, ensina Estevan Lo Ré Pousada que

A promulgação das Ordenações Afonsinas assinala um desvio quanto à utilização do direito romano em Portugal. Este monumento legal simultaneamente *consolida* o emprego do direito romano justiniano (em detrimento das fontes do direito romano vulgar) e *assinala* a readequação deste sistema no panorama jurídico lusitano: o emprego das Leis Imperiais passa a observar a supremacia da legislação pátria (plano hierárquico), ao mesmo tempo em que sua aplicação passa a ser efetuada em subsídio, tão somente, dos preceitos decorrentes do novo código (aspecto funcional). Esta é a razão, pois para que as Ordenações Afonsinas sejam utilizadas como elemento divisório da primeira etapa da evolução histórica do direito romano em Portugal antes que seja dado início ao estudo efetivo do impacto das idéias iluministas divulgadas por Luís António Verney na primeira metade do século XVIII. (POUSADA, 2006, p. 22-23)

Com relação ao Direito das Sucessões, o mesmo estava presente no livro IV das Ordenações Afonsinas, que tratava do direito civil de modo geral. Pode-se destacar ainda que referida norma manteve a ordem de vocação hereditária estabelecida no Código Visigótico.

Devido a grande importância, as Ordenações Afonsinas são consideradas por muitos autores como o primeiro Código da Europa. Suas normas perduraram até o reinado de D. Manuel, o venturoso.

2.2.3 Ordenações Manuelinas

As Ordenações Manuelinas tiveram duas versões, sendo a primeira do ano de 1514 e a segunda, considerada definitiva, do ano de 1521. A referida norma manteve a “[...] estrutura básica de cinco livros, integrados por títulos e parágrafos. Conserva-se paralelamente, a distribuição das matérias, embora as Ordenações Manuelinas ofereçam consideráveis diferenças de conteúdo, quando comparadas com as Ordenações Afonsinas” (COSTA, 2002, p. 283-284), eis que foi acrescentada à mesma a legislação extravagante promulgada ao longo dos anos.

Salienta Mário Júlio de Almeida Costa (2002) que com a promulgação das Ordenações Manuelinas “[...] não houve uma transformação radical ou profunda do direito português.

Contudo, além de meros ajustamentos de actualização, observam-se certas alterações sintomáticas de novas perspectivas, ainda que o futuro, por ventura, viesse a desmenti-las.”

Com relação ao direito sucessório tem-se que, na referida norma, não foi inserida nenhuma alteração significativa.

As Ordenações Manuelinas, acompanhadas das Leis extravagantes que com ela vigiam, foram sucedidas pelas Ordenações Filipinas.

2.2.4 Ordenações Filipinas

As Ordenações Filipinas foram promulgadas por Felipe II, no ano de 1603 e manteve “[...] o sistema tradicional de cinco livros, subdivididos em títulos e parágrafos. Do mesmo modo, não se verificam diferenças fundamentais quanto ao conteúdo dos vários livros.” (COSTA, 2002, p. 289)

As Ordenações Filipinas, ao regulamentar o direito sucessório, deu ao mesmo forte conteúdo religioso. Além disso, em virtude da influência do Direito Romano, privilegiava a sucessão testamentária em detrimento da sucessão *ab intestato*.

Ressalte-se que, apesar da grande influência do Direito Romano, a ordem de vocação hereditária constante das Ordenações Filipinas não seguiu a adotada por Justiniano, eis que foi mantida a ordem estabelecida pelo Código Visigótico, qual seja: a) descendentes, até o infinito; b) ascendentes, até o infinito; c) colaterais, até o 10.º grau por direito civil; d) cônjuge sobrevivente; e) fisco.

2.3 O Direito Brasileiro

Tendo em vista que o Brasil foi colônia de Portugal, a história do Direito Brasileiro se confunde com a história do Direito Português. Assim, em um primeiro momento não se podia falar em legislação própria do Brasil. Desse modo, a legislação aplicada no território Brasileiro era àquela aplicada em Portugal. Todavia, no decurso dos anos, elementos locais foram acrescentados ao Direito Brasileiro.

Destarte, no período do Brasil Colônia, vigorou no país as Ordenações Afonsinas de 1446, posteriormente as Ordenações Manuelinas de 1514 e de 1521 e por fim as Ordenações Filipinas datadas de 1603, conjuntamente com algumas leis esparsas que foram criadas ao longo dos anos.

É importante destacar que as Ordenações adotaram a ordem de vocação hereditária constante do antigo Código Visigótico. Desse modo, durante a vigência das mesmas a ordem de vocação hereditária que vigorou no Brasil foi a seguinte: a) descendentes, até o infinito; b) ascendentes, até o infinito; c) colaterais, até o 10.º grau por direito civil; d) cônjuge sobrevivente; e) fisco.

Ainda com a proclamação da independência, no ano de 1822, não houve qualquer alteração legislativa substancial. Contudo, em 1823, visando dar garantia aos cidadãos, o governo imperial promulgou a Lei n.º. 20 “[...] que mantinha em vigor no território brasileiro as Ordenações Filipinas e toda a legislação portuguesa anterior a 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo código e desde que não fossem especialmente alteradas por outra lei.” (ROBERTO, 2011, p. 54)

Dessa forma as Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil por período mais longo do que em Portugal, eis que em referido país elas foram revogadas no ano de 1867.

Durante a vigência das Ordenações no Brasil foram promulgadas várias leis, alvarás, resoluções, assentos e regulamentos visando à modificação textual das Ordenações, o que dificultava a compreensão das mesmas.

Assim, o imperador D. Pedro II incumbiu o jurista baiano, Augusto Teixeira de Freitas, da tarefa de realizar a consolidação da legislação civil então vigente e, posteriormente apresentar o esboço de um Código Civil nacional. Desse modo, em 1858, foi promulgada a Consolidação das Leis Cíveis.

Com relação ao Direito das Sucessões, a matéria foi tratada na Consolidação das Leis Cíveis, no Título III, intitulado, Da Herança. Tendo em vista que referida norma, visava apenas à unificação da legislação então vigente, manteve-se deste modo a mesma sistemática das Ordenações Filipinas, sustentando a preferência pela sucessão testamentária, como era desde o direito romano.

Assim, dispunha o artigo 959 da Consolidação das Leis Cíveis que:

Art. 959. Defere-se a sucessão à intestado na seguinte ordem:

§ 1º Aos descendentes;

§ 2º Na falta de descendentes, aos ascendentes;

§ 3º Na falta de uns e outros, aos collateraes até o décimo gráo por Direito Civil;

§ 4º Na falta de todos, ao conjuge sobrevivente;

§ 5º Ao Estado em ultimo lugar. (FREITAS, 1876, p. 391-393)

Muitos juristas criticavam a manutenção da sucessão dos colaterais até o décimo grau em detrimento do cônjuge supérstite. Tanto é assim que Zeno Veloso (2010) destaca que “[...]”

era só depois desse parente em grau afastadíssimo, desse mero ‘conterrâneo’, que seria chamado o cônjuge sobrevivente à sucessão do finado. Com certeza, pouquíssimas vezes chegou a sua vez para suceder *ab intestato*.”

Nesse período, o regime legal supletivo era o da comunhão universal de bens, conforme dispunha o artigo 111 da Consolidação das Leis Cíveis (FREITAS, 1876). Destarte, o cônjuge sobrevivente era meeiro de todos os bens do casal, mesmo não dispondo da qualidade de herdeiro do *de cujus*, em virtude da elevada proteção aos parentes colaterais. Assim, apesar de não ser herdeiro, não ficava desamparado materialmente.

Referido regime de bens foi mantido tanto pelo Decreto n.º 181, de 24 de janeiro de 1890, em seu artigo 57 (BRASIL, 1890), bem como pelo Código Civil de 1916, em seu artigo 258, *caput* (BRASIL, 1916).

Somente em 1977, com a promulgação da Lei n.º 6.515 (Lei do Divórcio), que o regime de bens supletivo foi alterado para o da comunhão parcial (BRASIL, 1977), modificando profundamente uma regra existente no Brasil há muitos séculos.

É importante destacar ainda, conforme ensinamentos de Giordano Bruno Soares Roberto, que

[...] a contribuição de Teixeira de Freitas não se resumiu à *Consolidação*. Logo em 1858, D. Pedro II determinou a elaboração de um código civil para o Império, autorizando o ministro da Justiça a contratar um juriconsulto para a tarefa. No ano seguinte, o ministro Nabuco de Araújo conferiu a incumbência a Teixeira de Freitas, marcando-lhe o prazo para a conclusão do trabalho em 31 de dezembro de 1861, sendo o mesmo, em seguida, prorrogado para 30 de junho de 1864. Em 1860, Teixeira de Freitas começou a divulgar seu trabalho, ainda incompleto, dando-lhe o nome de *Esboço*. Ao fazê-lo, submeteu o texto à crítica e convocou seus concidadãos para que o auxiliassem, demonstrando, assim, possuir a exata compreensão da importância da obra que realizava. (ROBERTO, 2011, p. 62-63)

O trabalho de Teixeira de Freitas passou a ser analisado por uma comissão, contudo, devido a demora, o jurista baiano suspendeu a execução do contrato que o nomeou para elaborar o Código Civil brasileiro.

Assim, tem-se que “Aos esforços grandiosos de Freitas, seguiu-se o trabalho de outros tantos brasileiros.” (ROBERTO, 2011, p. 64)

Com relação à ordem de vocação hereditária, somente no começo do século XX, ocorreu uma considerável transformação, eis que o cônjuge sobrevivente passou para o terceiro lugar, depois dos ascendentes, e os colaterais foram para a quarta colocação.

Tal mudança configurou um avanço introduzido pelo Decreto n.º. 1.839, de 31 de dezembro de 1907, conhecido como Lei Feliciano Pena, em homenagem ao seu autor, senador mineiro.

Em seu artigo 1º o Decreto em comento dispunha que:

Art. 1º. Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão ab intestato ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos colaterais até ao sexto grau por direito civil. Na falta destes aos Estados, ao Distrito Federal, se o de cujus domiciliado nas respectivas circunscrições, ou a União, se tiver o domicílio em território não incorporado a qualquer delas. (BRASIL, 1907)

O Decreto em apreço ainda limitou a vocação dos colaterais ao 6º grau, tendo sido considerado um grande avanço da legislação pátria.

Posteriormente, o Código Civil de 1916 (Lei n.º. 3.071, de 1º de janeiro de 1916), resultado do projeto elaborado por Clóvis Beviláqua, ao tratar do Direito sucessório, manteve as normas constantes na Lei Feliciano Pena, conservando assim a tradição romana de sucessão por classe de herdeiros, e dentro de cada classe, a preferência pelo grau mais próximo.

Destarte, em seu artigo 1.603 o Código Civil de 1916 consagrou a seguinte ordem de vocação hereditária:

Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
 I – Aos descendentes.
 II – Aos ascendentes.
 III – Ao cônjuge sobrevivente.
 IV – Aos colaterais.
 V – Aos Estados, ao Distrito Federal ou a União. (BRASIL, 1916)

É importante salientar ainda que o artigo 1.612 do Código Civil de 1916, corroborando a posição adotada pela Lei Feliciano Pena, dispunha que “Se não houver cônjuge sobrevivente, ou ele incorrer na incapacidade do art. 1611, serão chamados a suceder os colaterais até o sexto grau.” (BRASIL, 1916)

Somente em 1939 o Decreto-Lei n.º. 1.907 alterou o artigo 1.612 do Código Civil de 1916 limitando o direito hereditário dos colaterais ao 2º grau (irmãos). (BRASIL, 1939)

Nova mudança ocorreu em 1945 através do Decreto-Lei n.º. 8.207, que determinou que a redação do artigo 1.612 passasse a ser a seguinte: “Se não houver cônjuge sobrevivente, ou ele incorrer na incapacidade do artigo 1.611, serão chamados a suceder os colaterais até o

terceiro grau.” (BRASIL, 1945) Assim, limitou a vocação hereditária dos colaterais aos tios e sobrinhos.

Por fim, o Decreto-Lei n.º. 9.461, de 15 de julho de 1946 fixou a vocação dos colaterais até o 4º grau, ou seja, tio-avô, sobrinho-neto, primos. Vocação esta que é a existente no atual Código Civil, em seu artigo 1.839, que complementa o artigo 1.829, inciso IV. (BRASIL, 2002)

Com relação ao Código Civil de 1916 é importante dispor ainda que, em conformidade com seu artigo 1.721, consideravam-se herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes do autor da herança, sendo garantido aos mesmos a metade da herança, denominada legítima. (BRASIL, 1916)

Além disso, o Código Civil de 1916

[...] também se [caracterizou] por prevalência à sucessão por testamento, em respeito ao ato de última vontade do titular dos bens. Só na falta de testamento é que se aplicava o chamamento dos herdeiros pela ordem prevista na Lei (arts. 1.573 e 1.574). A liberdade de testar, no entanto, sofria restrição decorrente do direito à legítima, assegurado aos herdeiros necessários (art. 1.576) (OLIVEIRA, 2009, p. 27)

Em 1949, o artigo 3º da Lei n.º.883, que dispunha sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos, modificou o direito sucessório do cônjuge, dispondo que “Na falta de testamento, o cônjuge, casado pelo regime de separação de bens, terá direito à metade dos deixados pelo outro, se concorrer à sucessão exclusivamente com filho reconhecido na forma desta Lei.” (BRASIL, 1949)

Também ocorreu alteração substancial da sucessão do cônjuge mulher com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º. 4.121, de 27 de agosto de 1962) que acrescentou os parágrafos 1º e 2º ao artigo 1.611 do Código Civil de 1916, nos seguintes termos:

§ 1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos dêste ou do casal, e à metade se não houver filhos e embora sobrevivam ascendentes do “de cujus”.

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo é assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. (BRASIL, 1962)

Posteriormente, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, passando o direito de herança a ser reconhecido constitucionalmente, no artigo 5º, inciso XXX. (BRASIL, 1988)

Outra mudança que se iniciou com a Constituição Federal de 1988 diz respeito ao reconhecimento da união estável como entidade familiar, permitindo assim que posteriormente fosse promulgada a Lei n.º. 8.971 de 1994, que tratou da sucessão dos companheiros em seus artigos 2º e 3º (BRASIL, 1994) e após fosse promulgada a Lei n.º. 9.278 de 1996, que ampliou o direito sucessório dos companheiros em seu artigo 7º, parágrafo único. (BRASIL, 1996)

No entanto, a alteração mais recente no Direito das Sucessões ocorreu com a promulgação do Código Civil de 2002 (Lei n.º. 10.406 de 10 de janeiro de 2002) que apresentou as seguintes inovações em matéria sucessória: colocou o cônjuge ao lado dos descendentes e ascendentes como herdeiro necessário (art. 1.845); instituiu a concorrência do cônjuge com os descendentes e ascendentes do autor da herança (art. 1.829, I e II); instituiu a concorrência do companheiro com os descendentes, ascendentes e colaterais do autor da herança (art. 1.790, I, II e III); instituiu o direito real de habitação em favor do cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens (art. 1.823); instituiu a reserva da quarta parte da herança em favor do cônjuge sobrevivente, quando for ascendente dos herdeiros com quem concorrer (art. 1.832); instituiu a necessidade de justa causa para a clausulação dos bens que compõem a legítima (art. 1.848) (BRASIL, 2002), dentre outras mudanças.

Pelas inovações supra-apontadas percebe-se que o novo ordenamento jurídico buscou reforçar a posição do cônjuge sobrevivente dando ao mesmo o *status* de herdeiro necessário. Contudo, no que diz respeito ao companheiro, o novo diploma legal apenas garantiu ao mesmo alguns direitos sucessórios, sem o reconhecer como herdeiro necessário, contradição que não deveria existir na atual legislação eis que a Constituição Federal de 1988 não faz distinção entre as várias formas de entidades familiares legalmente reconhecidas.

Com relação ao cônjuge, além de passar a ser herdeiro necessário, tem-se que uma das maiores inovações do Código Civil de 2002 diz respeito a garantir ao mesmo a concorrência sucessória (em propriedade) com os descendentes, levando-se em consideração o regime de bens que foi adotado no casamento. Assim, além de herdar sozinho na terceira classe dos herdeiros e concorrer com os ascendentes na segunda classe, pode o cônjuge, ainda, dependendo do regime de bens adotado no casamento, concorrer com os descendentes do *de cuius* na primeira classe dos herdeiros.

Destarte, atualmente a ordem de vocação hereditária é a seguinte:

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

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação

obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
II – aos ascendentes em concorrência com o cônjuge;
III- ao cônjuge sobrevivente;
IV – aos colaterais. (BRASIL, 2002)

Apesar da inovação trazida pelo Código Civil de 2002, Zeno Veloso aduz que

[...] a ordem da vocação hereditária prevista no art. 1.829 de nosso Código Civil vigente, observada a importante inovação, [...] [referente a concorrência do cônjuge com o descendentes e ascendentes], é a tradicional do direito brasileiro: descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, colaterais. (VELOSO, 2010, p. 23)

Após traçar a evolução do Direito das Sucessões, para uma análise do tema central do presente trabalho, qual seja, a análise da concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança que era casado no regime da separação de bens convencional, bem como apresentar uma melhor redação para o artigo 1.829 do Código Civil de 2002, faz-se necessário um estudo dos regimes de bens existentes na legislação, em especial o regime da separação de bens, analisando desse modo as duas espécies de tal regime: a separação de bens legal, cogente ou obrigatória e a separação de bens convencional, o que será realizado no próximo capítulo.

3 DOS REGIMES DE BENS

O regime de bens está inserido no direito patrimonial de família, eis que visa regulamentar as relações patrimoniais existentes entre os cônjuges durante a constância do casamento bem como a relação destes com terceiros. Desse modo, o regime de bens tem a finalidade de regular o patrimônio existente antes do casamento e o adquirido na constância de citada união, além da administração dos bens.

Nos dizeres de Sílvio Rodrigues (2002), “Regime de bens, [...] é o estatuto que regula os interesses patrimoniais dos cônjuges durante o matrimônio.”

Pontes de Miranda (2000) afirma que “Regime de bens é o conjunto de regras, mais ou menos orgânico, que estabelece para certos bens, ou para os bens subjetivamente caracterizados, sistema de destinação e de efeito.”

Já Clóvis Beviláqua (2001), destaca que “O conjunto dos princípios, que regulam as relações econômicas dos cônjuges, consiste o que se denomina – *regime dos bens no casamento*. Da lei ou da convenção originam-se esses princípios, pelo que o regime será legal ou convencional.”

Salienta Maria Berenice Dias que:

A inclusão ou exclusão de bens, anteriores ou posteriores ao casamento, ditam as diretrizes dos diversos regimes e servem para definir a **origem**, a **titularidade** e o **destino** do patrimônio conjugal. A separação ou a comunhão dos bens individuais, a comunicabilidade ou não do acervo amealhado depois das núpcias é que permitem diferenciar os diversos regimes de bens. (DIAS, 2006, p. 190)

A respeito dos regimes de bens, a regra geral disposta no *caput* do artigo 1.639 do Código Civil de 2002, informa que “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens o que lhes aprouver.” (BRASIL, 2002) Deste modo, podem os nubentes se valerem de sua autonomia privada para escolher o regime de bens que melhor lhes convier.

Assim, eles podem escolher um dos quatro regimes de bens tipificados no Código Civil de 2002 (regime de comunhão parcial; regime de comunhão universal; regime da participação final nos aquestos e regime de separação de bens), como também podem combinar regras de um com regras do outro, ou ainda estabelecer um regime peculiar, desde que não contrariem disposição absoluta de lei (art. 1.655 do CC), nem a natureza e os fins do casamento.

Essa possibilidade de escolher um regime de bens não tipificado no código, só é possível porque os regimes de bens descritos no atual Código Civil não representam *numerus clausus*, mas sim *numerus apertus*.

Segundo os ensinamentos de Rolf Madaleno (2011) “Os diferentes regimes de bens são o reflexo dos tempos e das mudanças sociais que oferecem configurações patrimoniais que vão se amoldando no tempo, com maior ou menor liberdade, conforme as necessidades dos cônjuges e conviventes.” Assim, louvável a posição adotada pelo legislador de possibilitar aos nubentes o estabelecimento das regras de seu regime de bens da forma que melhor lhes convier.

A maneira como a matéria está disposta no Código Civil de 2002 visa garantir o desenvolvimento da atual forma de família, qual seja aquela baseada no afeto, lugar de promoção do livre desenvolvimento dos seus membros, onde cada um é livre para reger seus próprios interesses.

Contudo, ainda encontra-se na atual legislação civil resquícios de uma época em que o Estado intervinha abusivamente na esfera privada dos cidadãos, tanto que em alguns casos específicos a lei obriga que os nubentes adotem determinado regime de bens (art. 1.641 do CC).

Hodiernamente, não há mais espaço para normas como o artigo 1.641 do atual Código Civil, visto que deve prevalecer a autonomia privada de cada um, tanto na esfera patrimonial, quanto em situações existenciais.

Além disso, é importante salientar que ao escolher um regime de bens para vigorar durante o casamento, não se está adotando apenas normas referentes à propriedade, gozo, uso e fruição, ou administração dos bens existentes, mas também regulamenta-se a forma como as dívidas e outras responsabilidades assumidas por um cônjuge ou por ambos serão regidas. Sendo assim, claro está que o regime de bens não irá disciplinar apenas as relações referentes aos bens adquiridos pelos cônjuges, como também as relações atinentes às obrigações contraídas por ambos.

Conforme salientam Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012) “[...] o regime de bens é uma consequência inevitável do casamento e da união estável, pois não há matrimônio ou união estável sem regime patrimonial.”

Entretanto, entendem alguns doutrinadores que o regime da separação de bens convencional representa, em efeito, a ausência de um regime patrimonial, vez que cada um dos cônjuges é proprietário dos bens que adquire. (MADALENO, 2005)

Tal posição é equivocada, posto que cada cônjuge somente é proprietário dos bens que adquiriu, porque existe um regime de bens que disciplina desta forma.

Tem-se que o regime de bens começa a vigorar desde a data da celebração do casamento, vigendo enquanto perdurar a sociedade conjugal, ou seja, até a sua dissolução, que pode se dar pela nulidade ou anulação do casamento, separação de fato, separação judicial ou administrativa, divórcio ou morte de um dos consortes.

Nos dizeres de Pontes de Miranda (2000), “O adjetivo ‘matrimonial’ mostra que é o fato do casamento o ponto e o elemento determinantes da lei que decide da propriedade, do gozo, uso e fruto e da administração dos bens que tocam aos cônjuges.”

O regime de bens vigente durante o casamento pode ser convencional ou legal. Convencional é aquele escolhido livremente entre as partes e o legal é aquele que decorre exclusivamente da lei, podendo ser supletivo (dispositivo) ou cogente (obrigatório).

No presente trabalho, visando à melhor interpretação do artigo 1.829, inciso I do Código Civil de 2002, quando da adoção, pelos cônjuges, do regime da separação de bens convencional, faz-se importante analisar separadamente as características do regime da separação de bens legal, cogente ou obrigatório e do regime da separação de bens convencional. Passa-se agora a análise dos referidos regimes de bens.

3.1 O regime da separação de bens

Nos dizeres de Clóvis Beviláqua (2001), “*Regime de separação é aquele que os patrimônios dos cônjuges afetam uma forma existencial distinta, conservando-se em segregação completa, independente, sob a propriedade, posse e administração de cada um.*”

Neste regime, tanto os bens já existentes antes do casamento, como os havidos posteriormente pertencerão àquele cônjuge que o adquiriu, havendo uma completa separação de patrimônio entre os cônjuges. Sendo assim, cada cônjuge, de forma exclusiva, administrará seus bens, podendo livremente aliená-los ou gravá-los de ônus real.

Também as dívidas não se comunicam, não importando se foram elas contraídas antes ou durante o casamento.

Assim, não podem os credores da esposa penhorar bens do marido e vice-versa. Entretanto, caso isso ocorra, o cônjuge prejudicado poderá se valer dos embargos de terceiro para obter o levantamento da penhora e garantir que seus bens não sejam afetados por dívida que não contraiu.

Contudo, tendo em vista que ambos os cônjuges devem contribuir para a manutenção da família na proporção de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial (art. 1.688 do CC), “[...] as dívidas contraídas pelo cônjuge para a aquisição das utilidades necessárias à economia doméstica, ou empréstimos para esse fim, se comunicam nos termos do art. 1.644 do Código Civil de 2002.” (MONTEIRO, 2004, p. 224)

No regime de bens ora em estudo “[...] os patrimônios dos cônjuges permanecem estanques, na propriedade, posse e administração de cada um.” (PEREIRA, 2002, p. 141) Destarte, existem duas massas patrimoniais, uma constituída pelos bens da esposa e outra pelos bens do esposo. Não há, neste caso, que se falar em patrimônio comum do casal.

São dois os tipos de regime da separação de bens: o legal, cogente ou obrigatório, e o convencional, conforme ficará demonstrado abaixo.

3.1.1 O regime da separação de bens legal, cogente ou obrigatório

Quando o regime da separação de bens resulta da imposição da lei, o mesmo é denominado de regime da separação de bens legal, cogente ou obrigatório. Nestes casos, o regime da separação de bens é obrigatório por razões de ordem pública.

Entende-se que a imposição do regime de separação de bens suprime a autonomia privada dos nubentes e, uma vez que o Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, adotou o Estado Democrático de Direito, não há justificativas para que o legislador tenha inserido o referido regime no atual Código Civil.

Em conformidade com o artigo 1.641 do Código Civil de 2002, é obrigatório o regime da separação de bens nos casamentos realizados nas seguintes hipóteses: I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; e III – de todos que dependerem, para casar de suprimento judicial. (BRASIL, 2002)

Deve-se entender que as hipóteses acima apontadas são taxativas, não admitindo, desta forma, interpretação extensiva.

Sílvio Rodrigues salienta que

É evidente o intuito protetivo do legislador, ao promulgar o dispositivo. Trata-se, em cada um dos casos compreendidos no texto, de pessoas que, pela posição em que se encontram, poderiam ser conduzidas ao casamento pela atração que sua fortuna exerce. De modo que o legislador, para impedir que o interesse material venha a constituir o elemento principal a mover a vontade do outro consorte, procura, por

meio do regime obrigatório da separação eliminar essa espécie de incentivo. (RODRIGUES, 2002, p. 179)

Contudo, o presente trabalho não comunga do entendimento de que o intuito do legislador foi o de garantir proteção a determinados indivíduos.

Assim, tem-se que o artigo 1.641 do Código Civil de 2002 impõe uma punição a determinadas pessoas limitando a autonomia de escolherem o regime de bens que irá vigorar durante o casamento.

Destarte, entende-se que a posição adotada pelo legislador

[...] trata-se de mera tentativa de limitar o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça; A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem desobedece o conselho legal e insiste em realizar o sonho de se casar é impor sanções patrimoniais. (DIAS, 2008, p. 214)

A primeira hipótese de imposição do regime de separação de bens legal diz respeito àquelas pessoas que contraírem matrimônio com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, constantes do artigo 1.523 do Código Civil de 2002, que assim dispõe:

Art. 1.523. Não devem casar:

I – o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer o inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até 10 (dez) meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III – o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV – o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou a curatela, e, não estiverem saldadas as respectivas contas

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo. (BRASIL, 2002)

Destacam Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012) que “[...] as causas suspensivas matrimoniais são tidas como defeitos leves, pois o desrespeito a elas não invalida o casamento, presente apenas uma restrição à liberdade de escolha do regime de bens.”

Tanto é assim, que o parágrafo único do artigo 1.523 do Código Civil de 2002, apresenta as regras para que não sejam aplicadas as causas suspensivas constantes dos incisos de referido artigo.

Assim, afastadas as causas suspensivas constantes dos incisos do artigo 1.523 do Código Civil de 2002, poderão os nubentes adotar o regime de bens que melhor lhes aprouver.

Desse modo, hodiernamente não se pode aceitar a imposição do regime da separação de bens nos casos de inobservância das causas suspensivas do casamento, eis que conforme destaca Érica Verícia de Oliveira Canuto

[...] outros meios menos gravosos para o cônjuge podem ser empregados diante das quatro hipóteses de causa suspensivas sem a necessidade de limitar à liberdade de contratar. Cite-se como exemplo a possibilidade de se estabelecer cláusula de incomunicabilidade em relação aos bens existentes. Certamente tal medida é menos gravosa para os cônjuges, porque não lhes retira a liberdade de escolha de qualquer regime de bens e, ao mesmo tempo, preserva os interesses patrimoniais daquelas pessoas que a lei procurou proteger com a instituição das causas suspensivas. (CANUTO, 2006, p. 297)

Já com relação à hipótese do inciso II do artigo 1.523 do atual Código Civil, tal dispositivo visa apenas evitar confusão de sangue, de forma que seria exigência suficiente a realização de exames, de modo a evitar tal confusão.

Destarte, pode-se dizer que a primeira hipótese de imposição do regime da separação de bens deve ser vista muito mais como uma penalidade aos nubentes do que como proteção aos filhos, ex-cônjuge e o tutelado ou curatelado.

A segunda hipótese de obrigatoriedade de adoção do regime da separação de bens diz respeito às pessoas maiores de 70 anos.

A única justificativa do legislador neste caso é que a proibição legal em adotar outro regime visa proteger os idosos evitando que o casamento de pessoas maiores de 70 anos se dê por interesses exclusivamente financeiros.

Por tal razão, o legislador entende que os maiores de 70 anos por si só são incapazes de amar e de celebrar casamento sem interesse. Ocorre que o legislador desconsidera que em qualquer idade pode ocorrer casamentos apenas por interesse, o famoso “golpe do baú”, e não tão somente nas relações dos maiores de 70 anos. Sendo assim, conclui-se que idade avançada por si só não gera incapacidade.

Ora, tal posição do legislador é injustificável, pois a regra em nosso ordenamento é a da capacidade, sendo assim, para que uma pessoa seja declarada incapaz é necessária a

realização de um procedimento de interdição, para analisar o caso concreto e ao final ser prolatada sentença declarando a capacidade ou incapacidade de determinado indivíduo.

Sobre o assunto Maria Helena Diniz destaca que:

[...] não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis diminutio* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer atos na vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade avançada do nubente. (DINIZ, 2010, p.185)

Além do mais, essa segunda hipótese de obrigatoriedade de adoção do regime de separação de bens deve ser declarada inconstitucional por afronta a dignidade da pessoa humana e a liberdade individual.

Sobre o assunto Paulo Lôbo (2011) afirma que “[...] essa hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz.”

Esse é o posicionamento da doutrina majoritária no Brasil, bem como de alguns Tribunais Brasileiros, como por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que assim já decidiu:

Ementa: ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. Descabe a anulação de doação entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, quando o casamento tenha sido precedido de união estável. Outrossim, o art. 312 do Código Civil de 1916 veda tão-somente as doações realizadas por pacto antenupcial. A restrição imposta no inciso II do art. 1641 do Código vigente, correspondente do inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade. Apelo, à unanimidade, desprovido no mérito, e, por maioria, afastada a preliminar de incompetência, vencido o Em. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (RIO GRANDE DO SUL, 2003)

Destaca-se ainda que, não pode o legislador proibir aos maiores de 70 anos que deliberem sobre questões patrimoniais particulares do casal eis que no Brasil é permitido até mesmo que os maiores de 70 anos exerçam cargo de Presidente da República e Presidente do Congresso Nacional, interferindo diretamente nos rumos de toda a nação. (ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, 2012) Assim, claro está que a posição do legislador é totalmente descabida.

Relevante mencionar que desde a I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal já se falava na revogação do artigo 1.641, II do atual Código Civil. Tanto que foi aprovado o Enunciado 125, que propunha a revogação do artigo em comento dispondo que:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somete pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses. (BRASIL, 2002)

Desse modo, tem-se que há muito já se discute sobre o equívoco cometido pelo legislador em impor aos maiores de setenta anos a adoção do regime da separação de bens obrigatória quando da celebração do casamento.

Por fim, a terceira hipótese de obrigatoriedade de adoção do regime da separação de bens consiste nos casos de todos aqueles que dependem de suprimento judicial para se casar.

Neste caso o juiz supre a vontade daquele que deveria dar seu consentimento.

Nos dizeres de Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior

Quando o juiz concede o suprimento judicial significa que os contraentes estão aptos a realização do casamento, já que um representante do Estado (o juiz de direito), após a análise da condição pessoal dos nubentes, atesta as suas capacidades. Assim, injustificável se torna a imposição do regime de separação de bens, pois quem pode o mais (realizar casamento e constituir uma família com o aval do Estado) pode o menos (escolher as regras patrimoniais desse casamento). (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 174)

Assim, uma vez que o regime de bens trata de direito patrimonial, que é direito disponível, todas as exceções constantes do artigo 1.641 do Código Civil de 2002 que obrigam a adoção do regime da separação de bens são completamente descabidas e injustificadas diante do atual modelo de Estado adotado pelo Brasil, qual seja, o Estado Democrático de Direito.

Além do mais, tem-se que essas proibições supra apontadas são um reflexo da postura patrimonialista que era adotada no Código Civil de 1916 e que aos poucos o legislador vem tentando se desvincular.

Com relação ao regime da separação de bens obrigatório, ainda é importante dizer que foi editada a Súmula 377 do STF que possibilitou a comunicação dos bens adquiridos na

constância do casamento. Assim, o regime da separação de bens obrigatório vem tomando as formas do regime da comunhão parcial.

Saliente-se que uma vez que a súmula ora em comento foi editada antes do Código Civil de 2002 há divergência na doutrina Brasileira acerca da vigência do referido dispositivo.

Destarte, considerando que o presente trabalho entende completamente descabida a posição do legislador em impor aos nubentes o casamento no regime da separação de bens, adota-se o posicionamento de que a Súmula 377 do STF ainda permanece em vigor, vez que, deste modo, pelo menos se abrandaria os efeitos da norma contida no artigo 1.641 do atual Código Civil. Além do mais, o casamento se caracteriza pela conjunção de esforços, assim, presume-se que os bens adquiridos durante o casamento é originado do esforço comum dos cônjuges. Deste modo, nada mais justo que tais bens sejam partilhados entre os consortes.

3.1.2 O regime da separação de bens convencional

O regime da separação de bens convencional deve ser escolhido mediante pacto antenupcial, eis que sempre que os nubentes não optam pela adoção do regime legal é obrigatória a realização de pacto antenupcial, que é uma das formas de exercício da autonomia privada dos nubentes.

No regime ora em comento, não “[...] há que se falar em aplicação da súmula 377 do STF, pois seria uma afronta à autonomia privada dos cônjuges que, por livre e espontânea vontade, por meio de pacto antenupcial, escolheram o regime de separação de bens.” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 182)

Todavia, podem os cônjuges, valendo-se das regras gerais do direito das coisas e do direito das obrigações, adquirirem bens conjuntamente, ou seja, em condomínio, instituto este diferente da comunhão decorrente dos regimes matrimoniais de bens.

Além disso, podem os cônjuges adquirir bens em nome de um dos cônjuges, mas com a reunião do esforço de ambos. Tanto que Sílvio Rodrigues salienta que:

Uma solução audaz que vem aflorando na jurisprudência é a que admite a comunhão dos aquestos no regime convencional da separação, quando os bens, embora adquiridos em nome de um dos cônjuges, o foram pela conjugação do esforço de ambos. (RODRIGUES, 2002, p. 190)

Complementando o acima disposto Sílvio Rodrigues sustenta que:

[...] mister se faz que o cônjuge que pleiteia participação no patrimônio, que acresceu ao do seu consorte, prove que concorreu para aquele acréscimo com seus recursos ou seu trabalho. Entretanto, uma vez feita essa prova, não há como negar a comunhão dos bens acrescidos, pois a ambos os cônjuges pertencem. (RODRIGUES, 2002, p. 191)

Assim, comprovado o esforço comum ou a participação efetiva na aquisição do patrimônio, ensejará a divisão do mesmo entre os cônjuges.

Além disso, dissolvida a sociedade conjugal a cada um dos cônjuges caberá o que adquiriu antes e durante a constância do casamento, ressalvado os casos dos bens que foram adquiridos em nome de um dos cônjuges, mas com participação do outro e daqueles que foram adquiridos em condomínio.

3.2 A possibilidade de alteração do regime de bens na constância do casamento

Inovação trazida pelo Código Civil de 2002 diz respeito à tendência mundial de possibilidade de alteração do regime de bens durante a constância do casamento, possibilidade esta que era vedada pelo Código Civil de 1916 em seu artigo 230, que dispunha que “O regime de bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável” (BRASIL, 1916).

Pode-se dizer que manter a vedação constante do artigo 230 do Código Civil de 1916 seria tratar o casamento de forma mais rigorosa do que a união estável, vez que nesta última, a qualquer momento, os conviventes podem alterar o regime de bens. Além disso, manter a imutabilidade do regime de bens seria andar na contramão da chamada despatrimonialização do Direito Civil que vem ocorrendo ao longo dos anos e que tem o Código Civil de 2002 como uma das normas mais importantes neste sentido. Tanto é assim que, no atual Código Civil consagrou-se que o casamento estabelece comunhão plena de vida. Portanto, passou-se a dar maior importância ao elemento pessoal-afetivo, preocupando-se mais com a felicidade nos lares do que com o patrimônio.

Contudo, é importante destacar que no Código Civil de 2002 ainda existem muitas normas de cunho patrimonialista que foram herdadas da antiga codificação.

Tratando da possibilidade de modificação do regime de bens na constância do casamento é importante salientar que manter a imutabilidade de tal instituto

[...] era severamente criticada pela doutrina, a uma por ser contraditória, já que, para a instituição do regime de bens, havia ampla possibilidade de escolha por parte dos nubentes (artigo 256, *caput*), não se impedindo que fossem combinadas disposições

próprias de cada regime, a duas porque, ao longo do tempo, poderia ser conveniente a mudança do regime de bens, para melhor tutela dos interesses dos cônjuges. (ALVES, 2010, p. 182)

Sobre o assunto dispõem Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior que:

A possibilidade de mudança do regime de bens na constância do casamento torna-se ainda mais relevante diante da constatação de que, geralmente, por vergonha ou até mesmo pouca intimidade com o outro cônjuge, as questões patrimoniais não são discutidas antes do casamento. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 183)

Complementando a posição supra, esclarece Juliana Gontijo que a possibilidade de mudança de regime

É inovação que, de um lado, merece aplauso porque ampliou a liberdade de opção das pessoas ensejando possam os cônjuges alterar, de acordo com a sua conveniência à época, o regime patrimonial muitas vezes adotado quando do casamento por imaturidade ou irrefletidamente, pela ausência de um maior diálogo em decorrência de um pudor que não se sabe porque existe até hoje para a maior parte das pessoas. Mas, de outro, exige bastante prudência do magistrado que, para dar seu *placet* à alteração do regime deverá perquirir, com o máximo rigor, até que ponto a pretensão estará decorrendo da real livro (*sic*) volição recíproca e autêntica de ambos, ou apenas de um deles que a estará impondo à modo do seu interesse, ou pelo *temor reverencial* que a intimidade de convivência lhe permitiu sobrepor ao outro, ou porque é o mais forte e detentor do poder econômico. É importante que o magistrado tenha presente que antiga opção legislativa pela irrevogabilidade visava a resguardar tanto os próprios cônjuges da submissão do mais fraco pelo mais forte quanto a resguardar direitos de terceiros. (GONTIJO, 2013, p. 2)

Assim, pode-se dizer que a possibilidade de alteração do regime de bens visa a adaptar tal regime às novas necessidades e vicissitudes do casamento contribuindo, portanto, para que os assuntos de cunho patrimonial não passem a interferir nos assuntos de cunho afetivo dos cônjuges.

Além disso, é importante destacar que o Código Civil de 2002 alterou a ordem de vocação hereditária no Direito Brasileiro, associando a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança dependendo do regime de bens adotado pelos nubentes quando da realização do casamento.

Logo, manter a imutabilidade do regime de bens poderia trazer grandes prejuízos àqueles que se casaram na época em que vigorava o Código Civil de 1916, eis que o referido diploma legal não atrelava o regime de bens à sucessão *causa mortis*.

Desse modo, em conformidade com o artigo 1.603 do Código Civil de 1916, o cônjuge herdava apenas se não houvessem descendentes ou ascendentes do autor da herança (BRASIL, 1916).

As inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 1.829, inciso I, conferiu ao cônjuge sobrevivente o *status* de herdeiro, em concorrência com os descendentes do autor da herança, posição esta que não se configurava na legislação anterior em razão da existência de descendentes ou ascendentes vivos do *de cujus*.

Destarte, resta claro que manter a imutabilidade do regime de bens no Direito Brasileiro poderia acarretar grave violação a autonomia privada daqueles que se casaram na vigência do Código Civil de 1916, e que tinham certeza, que independentemente do regime de bens adotado, o cônjuge sobrevivente somente seria herdeiro se o autor da herança não tivesse deixado descendentes ou ascendentes.

A questão, ora discutida, ganhou relevância, pois com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, começou a ser construído um entendimento de que a mutabilidade do regime de bens na constância do casamento só se aplicaria àqueles casamentos celebrados na vigência do atual Código Civil, ou seja, a mutabilidade do regime de bens não se aplicaria aos casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916.

Ora! Como poderia prevalecer tal entendimento se conforme exposto acima ficou nitidamente demonstrado que o maior prejudicado com a imutabilidade do regime de bens seria aquele que se casou na vigência do Código Civil de 1916?

Aceitar a imutabilidade do regime de bens daqueles que se casaram sob a égide do Código Civil de 1916 é permitir a violação da autonomia privada dos mesmos, posto que o que foi livremente acordado entre as partes, em conformidade com as normas vigentes à época, implicaria em um acontecimento não pretendido pelas partes e que sequer poderia ser previsto pelos mesmos.

O entendimento de que a mutabilidade do regime de bens não se aplicaria aos casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916, ocorreu por motivo de interpretações equivocadas do artigo 2.039 do Código Civil de 2002 que assim dispõe: “O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido.” (BRASIL, 2002)

Contudo, a doutrina passou a dar maior atenção ao caso e conforme, muito bem elucidado por Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior, entendeu-se que:

[...] o art. 2.039 do Código Civil de 2002 em momento algum impede a aplicação da norma geral, que é a possibilidade de mudança do regime de bens na constância do casamento, constante do art. 1.639, § 2º, do Código Civil de 2002, aos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior. O que o art. 2.039 do Código Civil de 2002 estabelece é o óbvio, ou seja, diz apenas que, nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, mesmo que a dissolução da sociedade conjugal ocorra na vigência do Código Civil de 2002 não tendo havido mudança de regime de bem, a partilha dos bens deverá seguir as regras patrimoniais do regime de bens do Código anterior. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 166)

Além disso, visando por fim à discussão suscitada, o Enunciado 260, aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, dispôs que: “Art. 1.639, § 2º, e 2.039: Alteração do regime de bens prevista no § 2º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior.” (BRASIL, 2004a)

E afim de resguardar os direitos das pessoas casadas na vigência do Código Civil de 1916 a melhor interpretação para o artigo 2.039 do atual Código Civil é a trazida pelo Enunciado em comento, vez que, caso seja desejo dos cônjuges que os mesmos não sejam herdeiros conjuntamente com os descendentes, poderão modificar o regime de bens de modo a atender o que fora acordado anteriormente, prevalecendo assim, a autonomia privada das partes.

Todavia, a mudança de regime de bens na constância do casamento deverá seguir algumas normas estipuladas pelo atual Código Civil, normas estas que visam a garantia dos cônjuges e de terceiros. Isso quer dizer que devem ser observadas pelos cônjuges algumas cautelas quando da mudança do regime de bens na constância do casamento.

Dentre estas cautelas, tem-se que o pedido de alteração de regime de bens deve ser realizado por ambos os cônjuges, de forma motivada, sendo que as razões invocadas devem ser razoáveis e não podem prejudicar direitos de terceiros. É importante lembrar ainda que “Havendo a resistência de um, não pode ser buscada a alteração. Descabe o uso do processo litigioso, não se cogitando de **suprimento judicial do consentimento**.” (DIAS, 2006, p. 201)

Sendo assim, a modificação de regime de bens é um procedimento de jurisdição voluntária (exercício da autonomia privada), que compete às varas de família e não as varas de registros públicos como creem muitos.

Além disso, cumpre destacar que o novo regime de bens pretendido pelos cônjuges não pode contrariar disposição absoluta de lei. Assim,

A alteração do regime de bens não pode ser utilizada como ‘instrumento’ para fraudar lei imperativa. Nulo seria o negócio jurídico assim praticado (art. 166, VI). O Judiciário não deve avalizar um ato que, em verdade, mascara uma ‘renúncia

antecipada' à herança, afrontando o disposto no art. 426 do Código Civil. Se inadmissível a renúncia, por igual seu simulacro. (BARBOSA, 2004, p. 330)

Impende destacar ainda que é possível a alteração do regime de bens no caso do regime de separação legal, cogente ou obrigatório, desde que superada a causa que o impôs. Esse é o posicionamento adotado pelo Enunciado 262 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que assim está redigido: “Art. 1.641 e 1.639: A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs.” (BRASIL, 2004c)

Outro ponto importante a ser tratado, diz respeito a eficácia da decisão judicial que determina a alteração do regime de bens. Como muito bem salienta Luiz Felipe Brasil Santos,

O Código não explicita se os efeitos da alteração serão “ex tunc” ou “ex nunc” entre os cônjuges (porque com relação a terceiros que já sejam portadores de direitos perante o casal, é certo que serão sempre “ex-nunc”, uma vez que se encontram ressaltados os direitos destes). No particular, considero que se houver opção por qualquer dos regimes que o código regula, a retroatividade é decorrência lógica, pois, p. ex., se o novo regime for o da comunhão universal, ela só será UNIVERSAL se implicar comunicação de todos os bens. Impossível seria pensar em comunhão universal que implicasse comunicação apenas dos bens adquiridos a partir da modificação. Outro, por certo, seria o regime em vigor daí em diante, porém não o da comunhão universal. Do mesmo modo, se a opção for pela separação absoluta, necessariamente será retroativa a mudança, ou absoluta não será a separação! E mais: se o escolhido agora for o da separação total de bens, imperiosa será a partilha daqueles até então adquiridos, a ser realizada (de forma necessariamente consensual, ou não haverá consenso na mudança...) concomitantemente à mudança de regime, no mesmo feito (repito: sem eficácia essa partilha com relação a terceiros já detentores de direitos perante qualquer dos cônjuges). Assim, por igual quanto à comunhão parcial e, até, à participação final nos aquestos. Em suma, sempre que o novo regime adotado determinar uma comunicação mais restrita que o estatuído até então, em relação aos bens já integrantes do acervo patrimonial, imperiosa será a divisão do ativo e do passivo, uma vez que, a partir daí, cessa a responsabilidade de cada cônjuge em relação aos credores do outro (art. 1.761, CC). Novos credores, frise-se, pois com relação aos anteriores, seus direitos estão expressamente ressaltados. Entretanto, face ao princípio da livre estipulação, sendo possível convencionar regime não regrado no código, a mudança poderá, a critério dos cônjuges, operar-se a partir do trânsito em julgado da sentença, caso em que se terá um regime não previsto em lei, mas cuja estipulação é facultada, pela ampla liberdade de escolha de que desfrutam os cônjuges (art. 1.639, *caput*, CC) (SANTOS, 2011)

Sobre o assunto, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior salientam que

É possível, ainda, pelo fato de se tratar de direito patrimonial, disponível, e não haver norma dispondo em contrário, que os próprios cônjuges, ao solicitarem a mudança do regime de bens, usando da autonomia privada, estipulem quais serão os

efeitos da alteração, se *ex tunc* ou *ex nunc*. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 167-168)

Por tudo que foi exposto, percebe-se que a atitude do legislador, ao inserir no Código Civil de 2002 o princípio da mutabilidade do regime de bens, visou garantir que a autonomia privada dos cônjuges fosse respeitada, de forma a vigorar durante o casamento o regime de bens que melhor os convém, atendendo assim as circunstâncias e contingências supervenientes ao casamento, bem como atender a evolução legislativa do Direito Civil.

Após ter sido realizada a análise dos regimes de bens, apresentando os pontos mais relevantes sobre o tema, passa-se à apreciação da distinção entre regime de bens e direito das sucessões, o que será feito no próximo tópico.

4 DISTINÇÃO ENTRE REGIME DE BENS E DIREITO DAS SUCESSÕES

Conforme destacado no item 3 do presente trabalho, o regime de bens encontra-se inserido no direito patrimonial de família com o intuito de regulamentar as relações patrimoniais existentes entre o casal durante a constância do casamento, bem como a relação destes com terceiros.

Destarte, dependendo do regime de bens adotado pelos nubentes ter-se-á maior ou menor liberdade para disporem de seus bens, para adquirirem novos bens e para prestarem garantias.

O regime de bens vigora enquanto existir a sociedade conjugal. Consequentemente, a partir da dissolução do casamento, que pode ocorrer em virtude de nulidade ou anulação do casamento, separação de fato, separação judicial ou administrativa, divórcio ou morte de um dos consortes, não há mais que se falar em regime de bens.

Assim, diz-se que o regime de bens é um instituto que visa resguardar as questões patrimoniais de cada cônjuge e quando a sociedade conjugal termina ocorre a extinção de uma relação jurídica, culminando assim, no fim do regime de bens adotado anteriormente pelo casal.

Sobre o assunto Paulo Lôbo destaca que:

O regime de bens tem por fito regulamentar as relações patrimoniais entre os cônjuges, nomeadamente quanto ao domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens trazidos ao casamento e os adquiridos durante a união conjugal. O regime aplicável a cada união conjugal depende de escolha ou escolhas feitas pelos nubentes, podendo ser um conjunto de estipulações convencionais e de normas cogentes, ou apenas de normas legais, quando não for exercida a escolha. (LÔBO, 2011, p. 319)

Já o Direito das Sucessões regulamenta a sucessão. Instituto esse que para muitos possui fundamento na afeição entre os membros da família e no princípio da solidariedade familiar

[...] que pode ser depurado do amplo princípio da solidariedade social consagrado no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal (segundo o qual é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a busca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária), mas que também possui previsão expressa no artigo 226, § 8º, da Carta Magna, que dispõe que 'o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações'. (ALVES, 2010, p. 115)

Os dizeres acima são meras considerações acerca dos fundamentos da sucessão legítima, que serão tratados de forma mais detalhada posteriormente.

Portanto, tem-se que a sucessão visa garantir que a família do *de cuius* não fique desamparada após sua morte, resguardando deste modo os laços familiares existentes. Tanto é que os mais próximos do autor da herança são os primeiros a herdarem seu patrimônio.

A partir das exposições feitas tem-se que a primeira distinção existente entre regime de bens e o Direito das Sucessões é que o primeiro vigora quando da existência da sociedade conjugal, já o segundo nasce quando da dissolução da sociedade conjugal pelo evento morte.

Assim, o evento morte é um divisor de águas entre o regime de bens e o Direito das Sucessões.

O regime de bens escolhido pelos cônjuges, quando da celebração do casamento, diz respeito ao exercício da autonomia privada dos mesmos, sendo mínimas as intervenções do Estado na liberdade de escolha dos nubentes, eis que se trata de direito disponível.

Já o Direito das Sucessões regulamenta a transmissão do patrimônio do *de cuius* para seus herdeiros. Assim, várias normas de ordem pública, que não podem ser derogadas pelas partes envolvidas, regulamentam como se dará a transmissão da herança do falecido. Deste modo, muitas vezes o *de cuius* não pode dispor de sua herança da forma como deseja.

Diante do exposto, tem-se que as limitações a autonomia privada das partes é mais acentuada nas normas que regulamentam o Direito das Sucessões, vez que as restrições impostas pelo legislador ao tratar de referido assunto são muito mais acirradas do que nas normas que tratam dos regimes de bens.

Isso ocorre porque dentre os fundamentos do Direito das Sucessões tem-se que o referido instituto está consagrado no princípio da solidariedade familiar, conforme já salientado anteriormente. Princípio este que visa preservar a família do *de cuius*, impondo ao mesmo que siga determinadas normas de ordem pública que garantam a proteção/assistência material de sua família.

Dentre estas normas limitadoras, inseridas no Direito das Sucessões, pode-se citar a necessidade do autor da herança de transmitir a metade de seus bens para os herdeiros necessários constantes da ordem de vocação hereditária (art. 1.829, I do CC), tendo em vista o direito à legítima consagrado no artigo 1.827 do Código Civil de 2002. (BRASIL, 2002)

Por tudo que foi destacado acima percebe-se que, apesar dos regimes de bens e do Direito das Sucessões tratarem de questões patrimoniais, os referidos institutos são completamente diferentes, eis que o primeiro regulamenta a questão patrimonial do indivíduo até sua morte, já o segundo regulamenta a questão patrimonial do indivíduo somente após seu

falecimento. Tanto é que deve ser destacado que o regime de bens insere-se no Direito de Família e o direito à herança do *de cujus* faz parte do Direito das Sucessões.

Ocorre que o legislador do Código Civil de 2002, de forma bastante equivocada, garantiu ao cônjuge supérstite o direito à concorrência com os descendentes do autor da herança, dependendo do regime de bens que vigorou durante o casamento deste com o cônjuge sobrevivente.

Destarte, o legislador misturou um instituto do Direito de Família com um instituto do Direito das Sucessões, acarretando inúmeras interpretações pela doutrina e jurisprudência pátria com relação ao artigo 1.829, inciso I do atual Código Civil.

Além do mais, apesar do artigo 1.829, inciso I do Código Civil de 2002, ser claro em permitir a concorrência sucessória do cônjuge supérstite com os descendentes do autor da herança, quando este foi casado no regime da separação bens convencional, referido artigo não é tão explícito ao tratar da concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança, quando foi adotado outro regime de bens.

Assim, em tópico posterior, será apresentada uma redação plausível para o artigo ora em debate, de forma a evitar interpretações equivocadas, dependendo do regime de bens que foi adotado pelas partes quando da celebração do casamento.

5 A SUCESSÃO LEGÍTIMA

Após ser traçado um panorama sobre a evolução do Direito das Sucessões e analisado os regimes de bens existentes, faz-se necessária a apreciação do instituto da sucessão legítima de forma a resolver o problema aqui proposto.

5.1 Distinção entre sucessão legítima e testamentária

Segundo dispõe o artigo 1.786 do Código Civil de 2002, a sucessão pode ocorrer em virtude de lei ou por disposição de última vontade (BRASIL, 2002), ou seja, pode acontecer a sucessão legítima ou a sucessão testamentária.

A sucessão legítima ou *ab intestato* (art. 1.788 do CC) é aquela “[...] que se opera por lei, tratando da transmissão da herança às pessoas constantes da ordem de vocação hereditária, que é a sequência legal de pessoas aptas a receber a herança, uns na falta dos outros ou em concorrência.” (CAHALI; HIRONAKA, 2012, p. 25)

Assevera Carlos Maximiliano (1958) que a sucessão legítima “Tem as suas raízes na preocupação social com a unidade e a solidariedade da família: o direito de suceder prolonga-se até onde se estende a consciência daquela unidade e a presunção da existência da solidariedade.”

Carlos Roberto Gonçalves destaca que:

Morrendo [...] a pessoa *ab intestato*, transmite-se a herança a seus herdeiros legítimos, expressamente indicados na lei (CC, art. 1.829), de acordo com uma ordem preferencial, denominada *ordem da vocação hereditária*. Costuma-se dizer, por isso, que a sucessão legítima representa a *vontade presumida* do *de cuius* de transmitir o seu patrimônio para as pessoas indicadas na lei, pois teria deixado testamento se outra fosse a intenção. (GONÇALVES, 2012, p. 42)

Complementando os dizeres acima, o autor salienta que “Será, ainda, *legítima* a sucessão se o testamento *caducar* ou for julgado *nulo*, como consta da parte final do [...] art. 1.788.” (GONÇALVES, 2012, p. 43) Assim, tem-se que a existência de testamento não exclui a sucessão legítima ou *ab intestato*.

Euclides de Oliveira, traçando uma posição mais ampla a respeito da sucessão legítima dispõe que:

A sucessão legítima estaria também a abarcar a sucessão testamentária, em se considerando que esta, embora atrelada à *voluntas testatoris*, também decorre de

disposição normativa que regulam a manifestação de vontade do titular dos bens segundo modelos próprios, em vista do caráter formal do testamento. Demais disso, a nomeação de herdeiros pelo testador sofre determinadas restrições, especialmente no que respeita ao resguardo da metade da herança, que por força de lei, se reserva aos herdeiros necessários, como tais, considerados os parentes mais próximos, que são os descendentes e ascendentes, e, por disposição do atual Código Civil, também o cônjuge sobrevivente. (OLIVEIRA, 2009, p. 54)

Percebe-se assim que a sucessão legítima visa abarcar a vontade presumida do autor da herança. Tanto é que muitos autores entendem que esta modalidade de sucessão é considerada como o testamento tácito ou presumido do autor da herança eis que, ao deixar o *de cuius* de dispor sobre seus bens significa que o mesmo concorda que o seu patrimônio passe às pessoas enumeradas pela lei, na ordem de vocação hereditária.

É importante destacar ainda que alguns autores, como Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2013), defendem que o termo sucessão legítima não é o melhor a ser utilizado, vez que induz falsa impressão de que existiria uma sucessão ilegítima.

Em oposição à sucessão legítima tem-se a sucessão testamentária que decorre da manifestação de última vontade, expressa em testamento ou codicilo. Assim, Clóvis Beviláqua (1955) dispõe que “Prepondera na sucessão testamentária o individualismo, a fôrça da vontade humana, que se afirma e se eleva à categoria de lei.”

Sobre o assunto, Orlando Gomes (2004) afirma que “A sucessão testamentária é um dos mais complexos institutos jurídicos, influenciado, como se acha, pelo estatuto da família e pelo regime da propriedade de cada povo no curso de sua evolução.”

Através do testamento, o autor da herança pode instituir qualquer pessoa como herdeiro ou legatário, não sendo necessário a observância de uma ordem preestabelecida pela lei. Todavia algumas pessoas não podem ser contempladas em testamento, em virtude de imposição legal.

Ademais, o autor da herança deve resguardar a legítima destinada aos herdeiros necessários (art. 1.846 do CC), que atualmente são os descendentes, ascendentes e o cônjuge supérstite (art. 1.845 do CC). Destarte, existindo herdeiros necessários, o autor da herança poderá dispor, da forma que lhe convier, apenas de cinquenta por cento de seu patrimônio.

No Brasil a sucessão legítima é a mais utilizada, de modo que o número de testamentos realizados ainda é muito pequeno.

Carlos Roberto Gonçalves sustenta que:

A escassez de testamentos entre nós é devida a razões de ordem cultural ou costumeira, bem como ao fato de o legislador brasileiro ter disciplinado muito bem a sucessão *ab intestato*, chamando a suceder exatamente aquelas pessoas que o *de*

cujus elencaria se, na ausência de regras, tivesse de elaborar testamento. (GONÇALVES, 2012, p. 42)

É importante salientar ainda que a primeira forma de sucessão, qual seja, a sucessão legítima não exclui a segunda, sucessão testamentária. Portanto, pode ocorrer a simultaneidade entre as duas formas de sucessão.

No presente trabalho vai interessar o estudo apenas da sucessão legítima ou *ab intestato*. Modalidade esta que em um primeiro momento, teve como fundamento normas de ordem religiosa, que serviam como instrumento para a subsistência do culto dos antepassados, e atualmente possui fundamento na afeição entre os membros da família e no princípio da solidariedade familiar, princípio este consagrado constitucionalmente.

Contudo, antes de adentrar-se no tema central do presente estudo será necessário realizar uma distinção entre meação, sucessão e herança.

5.2 Meação, sucessão e herança

Distinção de suma importância para o presente trabalho diz respeito a meação, sucessão e herança. Isso porque, muitas vezes, referidos institutos são confundidos, gerando grandes tumultos no campo do Direito das Sucessões. “A confusão se dá porque uma das hipóteses de dissolução da sociedade conjugal coincide com a premissa básica das sucessões: o falecimento.” (NICOLAU, 2007, p. 49)

Deste modo, meação, sucessão e herança devem ser muito bem definidas e diferenciadas, de forma a trazer maior segurança às relações sucessórias.

Conforme Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior

Meação está ligada ao condomínio especial que é formado nos regimes de comunhão. É a parcela dos bens do casal que é reservada para cada um dos cônjuges, quando existe comunicação patrimonial. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 183)

No mesmo sentido, Gustavo Rene Nicolau dispõe que

O substantivo meação (derivado do verbo mear) nada mais é do que a simples atribuição dos bens a cada um dos cônjuges que unidos trabalharam (em planos diferentes) para construir o patrimônio que – por ocasião da dissolução da sociedade conjugal – (divórcio, separação judicial, morte e anulação) deverá ser partido ao meio, meado. (NICOLAU, 2007, p. 49)

Sendo assim, dependendo do regime de bens adotado pelo casal quando do casamento, existirá ou não meação. Cumpre destacar que a meação é um instituto que faz parte do Direito de Família, influenciando deste modo a questão patrimonial existente entre os consortes, e entre entes e terceiros.

Destarte, em se tratando do regime da comunhão parcial e da participação final nos aquestos, “A meação é o direito à propriedade de metade dos bens adquiridos, onerosamente durante o casamento [...]” (HATEM, 2009, p. 57), ressalvadas as exceções previstas na lei.

No caso de adoção do regime da comunhão universal, a meação de cada cônjuge levará em consideração todos os bens adquiridos pelo casal antes e depois do casamento, mesmo tendo sido adquiridos a título gratuito ou eventual, ressalvados as exceções previstas no Código Civil de 2002.

Em contrapartida, sendo adotado o regime da separação de bens convencional ou legal, cogente ou obrigatório não há que se falar em meação entre os cônjuges, uma vez que existem duas massas patrimoniais distintas, uma da mulher e outra do homem.

Todavia, deve-se observar os casos de aplicação da Súmula 377 do STF, quando o regime adotado é o da separação legal, cogente ou obrigatório, vez que tal dispositivo viabilizou se falar em meação em tal regime. Isso porque a Súmula ora em comento dispõe que “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.” (BRASIL, 1964)

Cumpre destacar que a existência ou não de meação entre os cônjuges terá importância quando da dissolução do casamento, eis que é neste momento que se faz a partilha dos bens do casal, recebendo cada um dos consortes os bens a que tiver direito.

Assim, tem-se meação quando da existência de bens em estado de mancomunhão, isto é, quando há patrimônio comum entre os consortes, sendo os mesmos chamados de comunheiros.

“A meação não é direito sucessório, mas direito patrimonial resultante do regime de bens do casamento; e pela morte do parceiro, aquela parcela do cabedal comum se integra ao direito do supérstite, extinto o condomínio pelo decesso.” (GIORGIS, 2005, p. 93)

Em contrapartida, “[...] a sucessão é a transmissão de bens e de direitos a uma, ou mais pessoas vivas, integrantes de um patrimônio deixado pelo *de cuius*.” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 221), patrimônio este que é denominado herança.

Clóvis Beviláqua (1955) define herança como “[...] a universalidade dos bens que alguém deixa por ocasião de sua morte, e que os herdeiros adquirem. É o conjunto de bens, o patrimônio, que alguém deixa ao morrer.”

No mesmo sentido, Luis de Gásperi (1953, tradução nossa)² diz que “A herança é o conjunto dos bens e direitos do defunto que não se extinguem pela sua morte, deduzidas suas dívidas, sobre o que recaem os direitos do herdeiro e do legatário, a quem se transmitem.”

Assim, “A herança é uma universalidade, compondo-se não só da meação sobre os bens comuns, mas também do patrimônio particular do defunto, o que tem sido causa de discórdia quando se examina sua transmissão ao cônjuge sobrevivente em rivalidade com outros herdeiros.” (GIORGIS, 2005, p. 94)

Destarte, percebe-se que meação não é herança, eis que meação existe em virtude do regime de bens adotado pelo casal quando do casamento e a herança só existe após a dissolução da sociedade conjugal pelo falecimento de um dos consortes.

A confusão existente entre meação, sucessão e herança ocorre porque, dependendo do regime de bens adotado pelo casal, “[...] o cônjuge sobrevivente poderá ser sucessor e não ser meeiro, ser meeiro e não ser sucessor, não ser meeiro e nem sucessor, ou ainda, ser meeiro e sucessor”. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 221)

Salientam Flávio Tartuce e José Fernando Simão que:

[...] os conceitos de meação e herança não se confundem. Os bens que compõem a herança do falecido podem ser comuns ou particulares.
 Se forem *bens comuns*, como o falecido não é proprietário de 100%, mas apenas de 50%, tendo o cônjuge sobrevivente a sua meação (50%), os outros 50% do patrimônio farão parte da herança.
 Se forem *bens particulares*, como o falecido é proprietário de 100%, não haverá meação, e a totalidade dos bens fará parte da herança. (TARTUCE; SIMÃO, 2013, p. 155)

Portanto, tem-se que a meação insere-se no Direito de Família e está condicionada ao regime de bens adotado no casamento, tendo o cônjuge direito a tal parcela do patrimônio mesmo em vida do outro, ao contrário da sucessão que possui efeitos após a morte do consorte e visa transmitir o patrimônio do *de cujus* para uma ou mais pessoas vivas, patrimônio este que é denominado herança.

² La *herencia* es así El conjuogo de los bienes y derechos del difunto que no extingue por su muerte, deducidas sus deudas, sobre el que recaen los derechos del heredero o del legatario, a quien se transmiten.

5.3 Ordem de vocação hereditária

Tema de grande relevância para o presente trabalho diz respeito à transmissão da herança a determinadas pessoas, em conformidade com uma ordem de chamamento preestabelecida pela lei, denominada ordem de vocação hereditária.

Destaca Rui Ribeiro de Magalhães (2004) que “Etimologicamente, a palavra *vocação* vem do latim *vocare*, que significa *chamar*, portanto, por vocação hereditária devemos entender como sendo as pessoas que podem ser chamadas à sucessão de alguém, que se legitimam a arrecadar a herança.”

Sobre o assunto, Carlos Maximiliano (1958), dispõe que “A *ordem de vocação hereditária* é aquela em que ficam os sucessores colocados em relação ao sucessível e conforme a classe a que pertencem.”

No mesmo sentido, Clóvis Beviláqua (1955), salienta que “Chama-se *ordem da sucessão*, ou ordem em que é feita a vocação hereditária da lei, a *distribuição dos sucessíveis em classes das quais umas preferem às outras na adição da herança*.”

A ordem de vocação hereditária, constante do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, em especial o inciso I, que trata da concorrência dos descendentes do autor da herança com o cônjuge sobrevivente que era casado no regime da separação de bens convencional, faz parte do tema central do presente trabalho e será analisada pormenorizada nas linhas abaixo.

5.3.1 Fundamentos

O Direito das Sucessões surge como reconhecimento ao direito à propriedade privada, que é garantido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXII (BRASIL, 1988).

É sabido que o Direito das Sucessões, ao possibilitar a transmissão do patrimônio do *de cuius*, permite que seu patrimônio se perpetue. Tanto que Sílvio Rodrigues (2002) destaca que “[...] a possibilidade de transmitir bens *causa mortis* constitui um corolário do direito de propriedade; caso contrário, a propriedade ficaria despida de um dos seus característicos, ou seja, a perpetuidade.”

Além do mais, “A propriedade seria mero usufruto caso não se deferisse à pessoa o direito de adquiri-la na expectativa de que pudesse servir a seus herdeiros, após o seu óbito.” (ALMADA, 2006, p. 39)

Então, pode-se dizer que “[...] a propriedade é perpétua na medida em que tem como ser titularizada e mantida pela família a que o bem passou a pertencer e, como existe a

perspectiva cultural de perpetuação da família nas gerações seguintes, a propriedade do bem nunca deixará de existir.” (GAMA, 2003, p.25)

Percebe-se desta forma que foi através da família e da sucessão que o legislador conseguiu fazer com que a propriedade se perpetuasse.

Assim, é de suma importância analisar os fundamentos da ordem de vocação hereditária, de modo a entender a posição adotada pelo legislador para a transmissão da propriedade do *de cujus* para seus herdeiros (art. 1.829 CC).

Em um primeiro momento, a fundamentação da sucessão legítima era religiosa, eis que a sucessão se dava de forma a possibilitar a continuação do culto doméstico.

Posteriormente, a sucessão foi se desvinculando da religião e passou a levar em consideração os laços de consanguinidade.

Destarte, há tempo, a doutrina vem destacando que o fundamento da sucessão legítima diz respeito a vontade presumida do autor da herança que, caso tivesse oportunidade em vida, teria manifestado sua vontade no sentido de prestigiar os relacionamentos de afeto e carinho que manteve em sua existência e, por isso, teria indicado para suceder as pessoas previstas na lei. (GAMA, 2005)

Para Carlos Maximiliano, a sucessão legítima é

[...] o testamento presumido do falecido: presume-se o justo e o honesto. É outorgada como é de crer que o hereditando opinaria: aos membros da sua família, preferido o descendente, na falta o ascendente, depois o cônjuge, por fim o parente colateral do grau mais próximo; quando não haja pessoas ligadas ao defunto por laços estreitos, de afeto ou sangue, o patrimônio é recolhido pelo Estado em que ele vivia.

Assegura-se a quota hereditária aos antepassados e à prole, como um dique ao extravasamento de sentimentos ruins, ódio injusto e preferências desumanas e descabidas dos fracos e dos maus.

Também se baseia a sucessão legítima no vínculo de família e de sangue; o homem é equiparado à mulher, para os efeitos hereditários, e o parentesco por via masculina ao que advém por via feminina: a tanto atingiu a evolução do Direito. Estende-se aos adotados; porque um ato espontâneo do *de cujus* os equiparou aos filhos. (MAXIMILIANO, 1958, p. 133)

Contudo, atualmente, apesar de aceitar que a ordem de vocação hereditária é a vontade presumida do autor da herança, a sucessão legítima também possui fundamento no princípio da solidariedade familiar, assim sendo “[...] o Direito Civil não pode mais ser analisado sob a ótica individualista, patrimonialista, tradicional e conservadora-elitista do período das codificações oitocentistas”. (GAMA, 2005, p. 11)

Portanto, descabe fundamentar a sucessão apenas na vontade presumida do autor da herança, levando-se em consideração tão somente a vontade individual do *de cujus*, em detrimento dos interesses dos demais indivíduos da família.

Tanto que Paulo Luiz Netto Lôbo defende que

O princípio da solidariedade vai além da justiça comutativa, da igualdade formal, pois projeta os princípios da justiça distributiva e da justiça social. Estabelece que a dignidade de cada um apenas se realiza quando os deveres recíprocos de solidariedade são observados ou aplicados. (LÔBO, 2013)

Além disso, “A sucessão legítima é informada pelos vínculos familiares e, portanto, é a família que fornece os critérios para a escolha dos sucessores que integrarão a ordem de vocação hereditária e o rol dos herdeiros necessários.” (NEVARES, 2008, p. 664)

Por tal razão, percebe-se que é de suma importância entender o atual conceito de família, para que se possa justificar a ordem de vocação hereditária estabelecida no artigo 1.829 do Código Civil de 2002.

Assim, resta claro que em virtude das transformações ocorridas no Direito Civil, a família de hoje não mais é aquela entidade matrimonializada, hierarquizada e patrimonializada. Isso porque, “O Direito Civil do século XXI é constitucionalizado, com forte carga solidarista e despatrimonializante, em claro reconhecimento da maior hierarquia axiologia à pessoa humana – na sua dimensão do ‘ser’ – em detrimento da dimensão patrimonial do ‘ter’.” (GAMA, 2005, p. 12)

Além do mais, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o reconhecimento de outras entidades familiares para além do casamento, passou-se da regra da exclusão para a da inclusão.

Destarte, o conceito de família começou a ganhar um enfoque socioafetivo, em que o objetivo das famílias passa a ser o de ajudar no crescimento pessoal de cada integrante da mesma, em uma atual ideia de família funcionalizada. Neste sentido, é o entendimento de Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior que dispõem que:

O que mais interessa é promover pleno crescimento das pessoas, e a família aparece como primeiro e principal ambiente para a consecução de tal fim. Por isto costuma-se afirmar que a família atual se encontra funcionalizada, isto é, serve enquanto exerce a função de mediar e sustentar a completa formação pessoal dos seus componentes. (BARBOSA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.18-19)

Logo, entende-se na atualidade que “Família é toda formação social que envolva ambiente propício ao livre e pleno desenvolvimento das pessoas que a constituem. Configura-

se assim, a partir de três principais elementos: afetividade, estabilidade e ostensibilidade [...]” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 20) Ou seja, para se falar em família deve-se ter presente um ambiente em que haja amor, em que as pessoas cuidem umas das outras em busca da felicidade de maneira contínua e duradoura de forma que seja notória e perceptível para a sociedade.

“Passa-se, portanto, da família instituição, protegida, por si só, pelo simples fato de ter sido constituída através do casamento, para a família instrumento, entendida como formação social que tem em vista a pessoa de seus componentes.” (NEVARES, 2006, p.143)

Portanto tem-se que:

A solidariedade do núcleo familiar compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. O lar é por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado; em uma palavra, de solidariedade civil. (LÔBO, 2013)

Por tudo já exposto, pode-se dizer que atualmente a sucessão legítima possui fundamento nos laços de afeto existentes entre os membros da família e na solidariedade familiar, que pode ser depurado do amplo princípio da solidariedade social consagrado no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal e no artigo 226, § 8º de referido diploma legal.

Nesta perspectiva Ana Luiza Maia Nevares destaca que:

[...] uma das modalidades de concretização do dever de solidariedade entre os membros da família, estão as regras da sucessão legítima, especialmente aquelas que consagram a sucessão necessária, uma vez que estas estabelecem uma possibilidade de distribuição de valores materiais entre os familiares e, dessa forma, um mecanismo em potencial de libertação das necessidades, como meio de concretização de uma vida digna. (NEVARES, 2008, p. 669-670)

Coadunando com este posicionamento, Eduardo de Oliveira Leite (2003) ao tratar da sucessão legítima destaca que “O seu fundamento maior continua sendo a preocupação social com a unidade e a solidariedade da família.”

É importante destacar que Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira ([1952?]), há tempos já afirmava que “O fundamento da sucessão baseia-se nos sentimentos de respeito, gratidão, de amor para com aqueles que estão ligados por laços de sangue”.

Assim, “Há solidariedade quando há afeto, cooperação, respeito, assistência, amparo, ajuda, cuidado.” (LÔBO, 2013)

Além disso, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior destacam que:

[...] reiterado o fato de que a sociedade tem por base a família, é de se deduzir ser este o primeiro núcleo no qual a solidariedade deve imperar. Originária e preferencialmente, os familiares hão de ser solidários entre si, a fim de auxiliar a promoção do livre desenvolvimento da personalidade de todos. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 51)

Portanto, nada mais justo que a sucessão legítima se fundamente na afeição existente entre os membros da família e na solidariedade familiar, de forma a garantir auxílio material aos componentes da família do autor da herança, até mesmo após seu falecimento.

É importante salientar que a sucessão legítima visa efetivar a solidariedade familiar, com base no amparo, na assistência, no cuidado com os demais membros da família do autor da herança, e não como caridade ou filantropia.

Ademais,

[...] o princípio da solidariedade é um dos grandes marcos paradigmáticos que caracterizam a transformação do Estado liberal e individualista em Estado democrático e social (por alguns denominados Estado Solidário), com suas vicissitudes e desafios, que o conturbado século XX nos legou. É superação do individualismo jurídico pela função social dos direitos. (LÔBO, 2013)

Cumprido ressaltar ainda que

[...] a solidariedade abrange duas faces, complementares entre si; uma negativa e uma positiva. A *negativa* se explica pela ordem de respeito e tolerância frente à forma eleita pelo outro para sua realização pessoal. A *positiva*, por sua vez, explica-se pelo imperativo de sanar as carências do outro a fim de conceder-lhe situação adequada ao seu livre desenvolvimento. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 51)

Desse modo, conforme está disposta a ordem de vocação hereditária no atual Código Civil Brasileiro, garante-se que seja efetivado o princípio da solidariedade familiar em sua forma positiva, eis que possibilita que seja sanada as carências de determinados membros da família, a fim de conceder-lhes um amparo material, assegurando o livre e pleno desenvolvimento dos membros da família do autor da herança.

5.3.2 Concorrência do cônjuge sobrevivente casado no regime da separação convencional de bens com os descendentes do autor da herança

As inovações trazidas pelo atual Código Civil em seu artigo 1.829, inciso I, vêm gerando discussões desde antes de sua entrada em vigor, tanto que em abril de 2003, logo

após a entrada em vigor do dispositivo legal em comento, Miguel Reale (2003) escreveu o artigo intitulado, “O cônjuge no Novo Código Civil”, discutindo as dúvidas que surgiram em relação ao verdadeiro sentido do artigo ora em análise.

Saliente-se que para o presente trabalho interessará apenas a discussão suscitada com relação à concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança que fora casado no regime da separação convencional de bens.

A discussão travada por Miguel Reale (2003) é fruto do entendimento de parte da doutrina de que “[...] o cônjuge seria herdeiro necessário também na hipótese de ter casado no regime de separação de bens (art. 1687), o que não [...] parece aceitável” para o autor em destaque.

Sustenta Miguel Reale (2003) que “Essa dúvida resulta do fato de ter o artigo 1.829, [...] excluído o cônjuge somente no caso de ‘separação obrigatória’.”

Assim, visando solucionar o problema acima apontado, Miguel Reale sustenta em seu artigo denominado “O cônjuge no Novo Código Civil”, que:

Duas são as hipóteses de separação obrigatória: uma delas é a prevista no parágrafo único do art. 1.641³, abrangendo vários casos; a outra resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens.

A obrigatoriedade da separação de bens é um consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão ‘separação obrigatória’ aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1.641.

Essa minha conclusão ainda mais se impõe ao verificarmos que – se o cônjuge casado no regime de separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança – estaríamos ferindo substancialmente o disposto no art. 1.687, sem o qual desapareceria todo o regime de separação de bens, em razão de conflito inadmissível entre esse artigo e o art. 1.828, inc.I⁴, fato que jamais poderá ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática.

Entre uma interpretação que esvazia o art. 1.687 no momento crucial da morte de um dos cônjuges e uma outra que interpreta de maneira complementar os dois citados artigos, não se pode deixar de dar preferência à segunda solução, a qual, ademais, atende à interpretação sistemática, essencial à exegese jurídica.

Se, no entanto, apesar da argumentação por mim aqui desenvolvida, ainda persistir a dúvida sobre o inc. I do art. 1.828, o remédio será emendá-lo, eliminando o adjetivo ‘obrigatória’. Com essa supressão o cônjuge sobrevivente não teria a qualidade de herdeiro, ‘se casado com o falecido no regime de comunhão universal, ou no de separação de bens’. Aproveitar-se-ia, outrossim, a oportunidade para eliminar a errônea remissão ao parágrafo único do art. 1.640, quando devia ser ao já citado art. 1.641. Observo que será preferível fazer essa remissão.” (REALE, 2003, p. 62-64)

³ Destaque-se que o autor equivocou-se, eis que não existe parágrafo único no artigo 1.641 do Código Civil de 2002. Assim, no presente caso trata-se tão somente do artigo 1.641 do Código Civil de 2002 e seus incisos. Deste modo, sempre que estiver escrito parágrafo único do artigo 1.641 do Código Civil de 2002, entenda como artigo 1.641 do Código Civil de 2002.

⁴ Destaque-se outro equívoco do autor, uma vez que no caso em comento trata-se do artigo 1.829, inciso I do Código Civil de 2002 e não do artigo 1.828, inciso I do mesmo diploma legal. Assim, sempre que estiver escrito artigo 1.828, inciso I do Código Civil de 2002, entenda como artigo 1.829, inciso I do mesmo diploma legal.

Tem-se que a posição adotada por Miguel Reale (2003) ignora a distinção entre o regime da separação de bens convencional e o regime da separação de bens, legal, cogente ou obrigatório.

Tal fato não pode ocorrer, já que

[...] o regime de bens foi fator decisivo para o legislador deferir ao cônjuge sobrevivente o direito ou não à sucessão concorrente com descendentes do autor da herança.

O ponto tomado em consideração pelo legislador foi: a) a inexistência de uma comunhão de bens entre os cônjuges; b) a não imposição de um regime legal de separação de bens; e, por derradeiro, c) a deixa de bens particulares, no regime da comunhão parcial.

Assim, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes no caso em que o regime de bens adotado permite a formação de patrimônio distinto e incomunicável entre ele e o autor da herança, como no caso da separação convencional [...] (ROCHA, 2012, p. 74)

Euclides de Oliveira, analisando a interpretação de Miguel Reale referente ao inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, destaca ainda que:

Com o maior respeito que merece o eminente autor, tem prevalecido, no entanto, a dominante interpretação doutrinária de que, por não constar das ressalvas do art. 1.829, inc. I, do Código Civil, o regime da separação de bens decorrente de pacto antenupcial leva, inexoravelmente, ao direito de concorrência do cônjuge sobre a quota hereditária dos descendentes. (OLIVEIRA, 2005, p. 33)

Manifestando sobre o assunto Maria Berenice Dias, informa que:

Como a lei indica as hipóteses em que há a exclusão do direito, é de se ter a nominata como taxativa. É o que se chama de *numerus clausus*, a impedir interpretação extensiva. Assim, quando não expressamente excluído, prevalece o direito de concorrência, Como são referidos somente os regimes de comunhão universal, separação obrigatória de bens e uma modalidade da comunhão parcial (a depender da existência ou não de bens particulares do *de cujus*), outra não pode ser a conclusão: nos demais regimes o cônjuge sobrevivente concorre com os herdeiros. Portanto, prevalece o direito do cônjuge: na separação convencional de bens, no regime da participação final de aqüestos e em uma modalidade do regime da comunhão parcial. (DIAS, 2008, p. 156)

Percebe-se assim que as discussões sobre o assunto apenas se iniciavam quando o Professor Miguel Reale produziu o artigo supra apresentado e que, no decorrer dos anos, a posição adotada por referido autor não foi abraçada pela maior parte da doutrina.

Desse modo, hodiernamente, ainda são muitas as críticas ao inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, quando os cônjuges adotam como regime de bens a vigorar na constância do casamento, o regime da separação de bens convencional. “Isso porque, mesmo

os cônjuges optando pela separação convencional e absoluta de bens, exatamente com o fito de evitar a comunicação de bens presentes, pretéritos e futuros, com o falecimento de um deles, o outro será herdeiro em concorrência com os descendentes.” (TARTUCE; SIMÃO, 2013, p. 163)

No ano de 2005 o assunto aqui tratado ganhou importância, sendo objeto de solicitação de parecer aos ilustres juristas Miguel Reale e Judith Martins-Costa, nos termos seguintes:

Trata-se de processo de INVENTÁRIO, Autos n. (...), em trâmite na Comarca de (...), dos bens deixados por E. B. T.

O *de cujus* casou-se TRÊS VEZES.

Do primeiro casamento, com a Sr.^a S.H.T, teve dois filhos: M.T (inventariante) e C.T.

Em segundas núpcias com a Sr.^a M.A.S., com quem viveu cerca de 10 (dez) anos, teve seus outros dois filhos: S.S.T, 17 anos; e A.S.T, de 12 anos de idade.

Seu terceiro casamento ocorreu recentemente em 06 de junho de 2003, quando se casou com M.V., não sem antes firmar PACTO ANTENUPCIAL, em que expressamente fixaram o regime de SEPARAÇÃO DE BENS.

Embora evidente, é primordial observar que, quando casou pela terceira vês, E.B.T. JÁ TINHA FORMADO TODO O SEU PATRIMÔNIO, amealhado através de uma vida de muito trabalho.

Igualmente preponderante é o fato de que a Sr.^a M.V., além de igualmente já separada judicialmente, possuía patrimônio próprio quando do casamento com o *de cujus*, razão pela qual optaram pelo regime da separação.

E.B.T. faleceu em (...), tendo o casamento portanto, durado pouco mais de um ano.

Todavia, através da petição de fls., a Sr.^a M.V. requereu – a condição de herdeira e participação na divisão dos bens deixados pelo falecimento do pai dos herdeiros.

Sustenta seu pedido em sua interpretação do art. 1.829, inc. I do Código Civil, concluindo que o regime de bens adotado (separação de bens e de frutos), não a afasta da vocação hereditária, por força do instituto da concorrência sucessória, previsto no referido dispositivo.

Obviamente, os herdeiros manifestaram-se contrários ao pedido (fls. 262/291), por entenderem incabível a pretensão da Sr.^a M. V.

O PRINCIPAL FUNDAMENTO DESSE POSICIONAMENTO ESTÁ AMPARADO EM ENTENDIMENTO DO PROF. DR. MIGUEL REALE, exposto em sua obra Estudos Preliminares do Código Civil (São Paulo: RT, 2003, págs. 63 e ss.), onde a questão é enfrentada e resolvida de forma magistral.

Contudo, para surpresa dos herdeiros, a manifestação do Ministério Público (fls., e posteriormente às fls.), ocorrida em virtude da existência de herdeiros menores, foi flagrantemente equivocada, para se dizer o mínimo, chegando a Sr.^a Promotora ao ponto de alegar que o desfecho do caso restringe-se à aplicação literal da lei.

Desse modo, considerando todos os elementos propostos, bem como a polêmica que gravita em torno da redação do art. 1.829, inciso I do Novo Código Civil;

Considerando ainda o entendimento já manifestado pelo Prof. Dr. MIGUEL REALE sobre a matéria, proferido do alto de sua ímpar envergadura intelectual e moral, tido com razão como um dos maiores juristas brasileiros, e portador da legitimidade exclusiva de ter sido autor do Anteprojeto do Novo Código, além de Presidente da Comissão Elaboradora e Revisora;

Temos a honra de encaminhar a cópia na íntegra dos Autos n^o (...), em curso perante o r. Juízo de Direito da Comarca de (...), para que, arrimado nas questões fáticas ali consignadas, solicitar a Vossa Senhorias a elaboração de PARECER quanto ao caso relatado, contemplando os seguintes

- 1) Qual o sentido e alcance do regime de SEPARAÇÃO DE BENS (CC, ART. 1.687), e por que existe conflito entre a natureza jurídica desse regime e o pedido da Sr.^a M.V. no caso vertente?
- 2) É possível afirmar que existe uma inexatidão na redação do inciso I do art. 1.829 do NCC?
- 3) Estão corretas as assertivas propostas às fls. 317/327 dos autos? Para o adequado desfecho da lide, basta a aplicação literal do inciso I do art. 1.829 do NCC?
- 4) No caso concreto, a Sr.^a M.V. casada sob o regime de separação total de bens e de frutos, cujo matrimônio perdurou por quinze meses, sem que nenhum bem tenha sido adquirido na constância da convivência comum, tem direito a herança em concorrência com os descendentes? (REALE; MARTINS-COSTA, 2005, p. 205-207)

Em resposta ao parecer solicitado, Miguel Reale e Judith Martins-Costa assim se manifestaram:

- 1) Qual o sentido e alcance do regime de SEPARAÇÃO DE BENS (CC, ART. 1.687), e por que existe conflito entre a natureza jurídica desse regime e o pedido da Sr.^a M.V. no caso vertente?

R. O sentido da expressão é abrangente também dos casos em que o regime da separação total de bens decorreu da vontade dos nubentes expressa em pacto antenupcial. A incompatibilidade entre o pedido da Sr.^a M.V. e o Código Civil repousa na necessária unidade lógica e axiológica do ordenamento e, de modo especial, no postulado da não-contradição (lógica e axiológica) entre as regras de Direito de Família (permissivas da escolha do regime e da independência patrimonial entre os cônjuges) e as de Direito Sucessório. Essa compatibilidade é necessária tanto mais quando o fenômeno sucessório se funda, culturalmente, na idéia da continuidade da personalidade do morto, para alguns efeitos.

- 2) É possível afirmar que existe uma inexatidão na redação do inciso I do art. 1.829 do NCC?

R. Sim. A inexatidão reside na inclusão do termo 'obrigatória' no texto, permitindo inferir (numa perspectiva assistemática) que a expressão 'separação de bens' estaria limitada aos casos de separação patrimonial previstos no art. 1.641 do Código Civil. Aliás, no mesmo texto, a referência supostamente ao art. 1.641 está feita ao art. 1.640.

- 3) Estão corretas as assertivas propostas às fls. 317/327 dos autos? Para o adequado desfecho da lide, basta a aplicação literal do inciso I do art. 1.829 do NCC?

R. Não. O brocardo *in claris* está relegado ao museu da história do pensamento jurídico, assim o demonstrado toda a construção científica do séc. XX, seja na Teoria da Interpretação Jurídica, seja na Teoria Geral da Interpretação, seja na Filosofia da Linguagem. Não há congruência jurídica numa interpretação 'aos pedaços' (EROS GRAU), isto é, divorciada da perspectiva sistemática e axiológica.

- 4) No caso concreto, a Sr.^a M.V. casada sob o regime de separação total de bens e de frutos, cujo matrimônio perdurou por quinze meses, sem que nenhum bem tenha sido adquirido na constância da convivência comum, tem direito a herança em concorrência com os descendentes?

R. Não pelas razões acima elencadas. (REALE; MARTINS-COSTA, 2005, p. 227-228)

Apesar do enorme respeito aos professores Miguel Reale e Judith Martins-Costa, no presente estudo adota-se entendimento diverso do seguido pelos mesmos.

Primeiramente, cumpre destacar que, conforme já informado no tópico 4 do presente trabalho, o regime de bens é um instituto do Direito de Família que visa regulamentar as

questões patrimoniais existentes durante a sociedade conjugal entre o casal e entre estes e terceiros. Em contrapartida, o direito a herança faz parte do Direito das Sucessões, direito este que nasce quando ocorre o falecimento de um dos consortes.

Logo, com relação ao alcance do regime de SEPARAÇÃO DE BENS, coaduna-se do entendimento de que referido regime de bens engloba o regime da separação de bens convencional e o regime da separação de bens legal, cogente ou obrigatório.

Assim, não há que se falar na existência de conflito entre a natureza jurídica do regime da separação de bens convencional e o pedido formulado pela Sr.^a M.V. no caso analisado por Miguel Reale e Judith Martins-Costa.

Isso decorre do fato de que, tanto o Direito de Família, quanto o Direito das Sucessões possuem seus próprios fundamentos e diretrizes. Não se pode, dessa forma, impor a ambos institutos os mesmos fundamentos e diretrizes, eis que o regime da separação de bens convencional insere-se no Direito de Família e o pedido formulado pela Sr.^a M.V. participa do Direito das Sucessões, ou seja, possuem natureza jurídica distintas.

Tanto que, conforme amplamente destacado ao longo do trabalho, o regime de bens vigora durante a existência do casamento sendo que ao final do mesmo são partilhados os bens dos consortes em conformidade com o regime de bens que vigorou ao longo da relação. Tem-se, portanto, que o regime de bens escolhido pelo casal possui o objetivo de regulamentar as relações patrimoniais travadas durante o casamento. Além disso, o regime de bens adotado pelos consortes é que regulamentará a partilha dos bens amealhados pelos cônjuges quando da dissolução da sociedade conjugal.

Ao contrário, o Direito das Sucessões visa regulamentar o direito a herança a partir do momento em que ocorre a dissolução da sociedade conjugal em virtude do evento morte, ou seja, o direito a herança nasce em virtude da morte de um dos consortes e não pelo fato de o regime de bens adotado pelo casal prever dessa forma. Portanto, quando surge o direito a herança não mais existe regime de bens vigorando entre o casal, uma vez que a sociedade conjugal já foi dissolvida pela morte de um dos consortes e os bens do casal partilhados.

Sobre o assunto Flávio Tartuce e José Fernando Simão dispõem que:

O regime de bens da separação convencional não fica esvaziado com a regra de concorrência sucessória. Todas as regras produzirão seus efeitos caso ocorra a separação judicial ou o divórcio do casal. Se o combinado pelo pacto antenupcial foi a inexistência de meação, esta não ocorrerá entre os cônjuges.

Isso não significa dizer que não haverá futura concorrência sucessória. Repita-se, durante a vida dos cônjuges o regime produzirá todos os efeitos por eles almejados. Contudo, caso o casamento termine pela morte, não poderiam os cônjuges exigir que o regime escolhido produzisse efeitos para além de sua vida. Então se quiserem

evitar o inconveniente da concorrência sucessória, poderão alterar o regime de bens (art. 1.639 do CC) ou mesmo optar pelo fim do casamento. Caso permaneçam casados, a concorrência será inevitável. (TARTUCE; SIMÃO, 2013, p. 165)

Além do mais, um dos principais fundamentos do Direito das Sucessões consiste na efetivação do princípio da solidariedade familiar, ou seja, o Direito das Sucessões visa a proteção da família do autor da herança após sua morte, família esta em que o cônjuge supérstite está inserido.

Assim, em entendimento contrário ao sustentado por Miguel Reale e Judith Martins-Costa, não há conflito entre a natureza jurídica do regime de separação de bens convencional e o pedido da Sr.^a M.V., tendo em vista que o regime de bens livremente adotado pelo casal, mediante pacto antenupcial, foi devidamente respeitado enquanto os mesmos encontravam-se casados.

Logo, tem-se que o pedido da Sr.^a M.V. é garantido em virtude do falecimento de seu consorte e não pelas normas regulamentadoras do regime da separação de bens convencional. Portanto, é em virtude da morte do autor da herança que nasceu para a Sr.^a M.V. o direito à sucessão legítima como herdeira necessária, concorrendo dessa forma com os descendentes *do de cujus*.

Ademais, quando da escolha, pelos cônjuges do regime da separação convencional para vigorar durante o casamento, os mesmos têm conhecimento de que ocorrendo a morte de um dos consortes o outro será considerado seu herdeiro necessário, em conformidade com o disposto no artigo 1.829, inciso I do Código Civil de 2002, posto que a nenhuma pessoa é permitido alegar o desconhecimento da lei.

Sendo assim, não pode o cônjuge sobrevivente ser surpreendido com interpretações de lei que lhe retirem, de modo descabido, o seu direito de herdeiro necessário em concorrência com os descendentes do autor da herança.

Em análise ao segundo item da resposta dos ilustres autores, não há que se afirmar que existe inexatidão na redação do inciso I do artigo 1.829 do atual Código Civil, ao tratar da concorrência sucessória do cônjuge supérstite com os descendentes do autor da herança que era casado no regime da separação de bens convencional. Referido artigo é claro quando destaca que apenas o cônjuge casado no regime de separação de bens obrigatória (art. 1.641 do CC) não concorrerá com os descendentes do autor da herança.

Contudo, é importante destacar que ao tratar da concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança, que adotou regime diverso da separação de bens convencional, há inexatidão na redação do inciso I, do artigo 1.829 do

Código Civil de 2002 em relação a alguns regimes de bens. Entretanto, referidos regimes de bens não serão objeto de estudo no presente trabalho.

Assim, com relação ao regime da separação de bens convencional, como bem dispõe José Carlos Teixeira Giorgis (2005), “Ora, como não cabe ao intérprete criar hipóteses onde o legislador não pensou, impositivo que não se pode argumentar além das regras *restritivas* e únicas capazes de excepcionar a ausência de concorrência [...]”

Não é o fato de constar no artigo 1.829, inciso I do Código Civil de 2002, uma referência incorreta ao artigo que trata da separação obrigatória (mero erro material), que faria crer que o legislador também tenha se equivocado ao especificar, de forma clara, que apenas no caso do regime da separação obrigatória o cônjuge sobrevivente não concorreria com os descendentes do autor da herança.

Permitir que seja estendida ao regime da separação convencional, uma norma estipulada especificamente para o regime da separação obrigatória é criar para os cidadãos hipótese de insegurança jurídica, tendo em vista que não mais poderão ter a certeza de que o que está estipulado de forma clara na lei será aplicado pelo judiciário ao caso concreto.

Assim, resta claro que a segunda justificativa dos professores Miguel Reale e Judith Martins-Costa também não possui fundamento jurídico, não podendo prevalecer.

Tanto que Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2005) salienta que “Relativamente ao regime da separação convencional de bens, por outro lado, não existem ressalvas impostas pelo legislador que, tendo se calado, parece ter permitido a concorrência na primeira ordem de vocação hereditária.”

Quanto à terceira justificativa, a interpretação literal do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, é sim suficiente para o deslinde do caso ora em comento, eis que com relação ao regime da separação de bens convencional o artigo em apreço é claro, uma vez que não elencou referido regime de bens entre as exceções contidas no corpo do mesmo.

Assim, o que não está escrito na lei, não existe. Logo, não cabe aos juristas e doutrinadores acrescentarem em um artigo exceções que não constam do mesmo, ou seja, não cabe a estes criarem teorias para interpretar o que não está escrito. Nesse ponto, deve-se utilizar somente de outras formas de apreciação quando a interpretação literal do texto legal não está em conformidade com o restante do ordenamento jurídico, o que não ocorre no caso em tela.

A concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança é uma “inovação”⁵ trazida pelo legislador de modo a harmonizar o Direito das Sucessões com uma alteração ocorrida na legislação em 1977, qual seja, a adoção do regime da comunhão parcial como regime de bens legal supletivo. Desse modo, tem-se que a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do *de cujus* visa dar maior proteção ao cônjuge que, na maioria das vezes, não mais recebe a metade de todos os bens adquiridos pelos consortes quando da dissolução da sociedade conjugal, em virtude do evento morte.

Além do mais, presume-se que o cônjuge tenha convivido com o *de cujus* até os últimos momentos de sua vida. Portanto, verifica-se que há harmonia entre o interesse do legislador em proteger a família, em especial os laços de afeto, quando da criação do artigo 1.829, inciso I do atual Código Civil, com o restante do ordenamento jurídico, não se podendo falar, assim, na ocorrência de uma interpretação “aos pedaços”, conforme sustenta Miguel Reale e Judith Martins-Costa.

Os pareceristas ora em análise também tentam demonstrar que a interpretação literal do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 não pode prevalecer, eis que divorciada da perspectiva sistemática e axiológica do Código, posição esta da qual não se compartilha ao tratar do regime da separação convencional de bens, pelos motivos acima explanados, bem como pelas justificativas que serão apresentadas ao longo da exposição.

Este também é o entendimento de Maria Helena Braceiro Daneluzzi que ao analisar a melhor interpretação do inciso I do artigo 1.829 do atual Código Civil afirma que:

[...] com certeza, não está contra a sistemática e nem a teologia da lei, que pretende amparar o cônjuge sobrevivente e, ao mesmo tempo, fazê-lo herdeiro de bens que não lhe pertencem e livrar-se do usufruto viual que vigia durante o código anterior, em se tratando de regime de separação de bens. (DANELUZZI, 2004, p. 193-194)

Assim, entende-se que a interpretação literal do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, nos casos dos cônjuges que optaram pelo regime da separação de bens convencional é sim suficiente, não sendo necessário outras formas de interpretação para a análise de referido artigo.

O que não deveria ter ocorrido foi a inserção, pelo legislador, no Direito das Sucessões, de um instituto do Direito de Família (regime de bens) de forma a garantir a

⁵ Alguns autores afirmam que a concorrência do cônjuge sobrevivente com os demais parentes do autor da herança não pode ser considerada uma inovação, eis que o Código Civil de 1916 já previa a concorrência do cônjuge sobrevivente com os demais herdeiros do autor da herança. Contudo, essa concorrência não era em propriedade, mas sim em usufruto.

concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança em alguns casos.

Isso porque, com relação a determinados regimes de bens, o artigo 1.829, inciso I do Código Civil de 2002, gera dúvidas interpretações.

Maior êxito teria o legislador caso tivesse garantido a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança independentemente do regime de bens que foi anteriormente escolhido. Ou, caso o legislador desejasse promover a concorrência entre cônjuge e descendentes *do de cujus*, com os regimes de bens, tivesse elaborado regras mais claras. Como por exemplo, nos casos em que o regime de bens estipulasse que o cônjuge sobrevivente figurasse como meeiro, não tivesse direito a herança *do de cujus*, posto que já teria meios de garantir sua subsistência, e nos casos em que não fosse meeiro, o mesmo receberia a herança *do de cujus* em concorrência com os descendentes, de forma a privilegiar o princípio da solidariedade familiar, sendo o cônjuge supérstite assim, amparado pelos bens deixados pelo autor da herança.

Por todo exposto, tem-se que o fato do matrimônio da Sr.^a M.V. com o autor da herança ter perdurado apenas quinze meses e não ter o casal adquirido bens na constância de referida união não são motivos para que se criem interpretações de modo a negar a Sr.^a M.V. o direito a herança *do de cujus* em concorrência com os seus descendentes, eis que o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 não faz nenhuma ressalva com relação àqueles que adotaram o regime da separação de bens convencional.

Não cabe à doutrina e aos Tribunais fazerem uma interpretação de modo a restringir direitos que estão claramente garantidos na legislação vigente.

O caso, ora em debate, não está isolado nos Tribunais. Tanto que o assunto em comento ganhou relevância novamente quando da interposição do Recurso Especial nº. 992.749- MS (2007/0229597-9) (BRASIL, 2009). Assim, pensava-se que o julgamento do recurso supracitado seria um divisor de águas entre as dúvidas existentes sobre o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, quando tratou da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança que fora casado no regime da separação de bens convencional. Desse modo, no tópico seguinte serão analisados os fundamentos utilizados pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial supramencionado, de forma a buscar a correta interpretação do tão comentado inciso I do artigo 1.829 do atual Código Civil, quando no casamento se adotou o regime da separação de bens convencional.

5.3.2.1 Análise do Recurso Especial n.º. 992.749 – MS (2007/0229597-9)

A análise do Recurso Especial n.º. 992.749 – MS (2007/0229597-9) (BRASIL, 2009) se faz necessária uma vez que a decisão prolatada no mesmo aborda vários pontos importantes referentes à concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do autor da herança, quando este era casado no regime da separação de bens convencional.

Além do mais, conforme já salientado, quando da interposição do Recurso Especial ora em comento, achava-se que a decisão prolatada no mesmo seria um divisor de águas sobre o assunto, pacificando assim o entendimento a respeito do tema. Contudo, ao contrário do esperado, a decisão prolatada no recurso em estudo ao invés de consolidar a posição que vinha sendo adotada pela maior parte da doutrina e dos Tribunais, inovou o posicionamento referente à concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança, quando este era casado no regime da separação de bens convencional.

Assim, apresenta-se a ementa da decisão em análise, para conhecimento dos pontos centrais tratados na mesma, viabilizando o estudo de referida decisão.

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

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

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

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

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

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

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

- No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal – declarada desde já a 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 lícitamente 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 lícitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade.

Recurso especial provido.

Pedido cautelar incidental julgado prejudicado. (BRASIL, 2009)

Visando à melhor solução do caso, a Ministra Nancy Andrighi, relatora, apresentou as três posições existentes na doutrina brasileira, não somente em relação ao caso concreto, mas também com relação a interpretação de todo o artigo 1.829, inciso I do Código Civil de 2002.

Assim, passa-se a apreciação do recurso em comento sendo apresentadas as três vertentes expostas pela Ministra Nancy Andrighi a respeito da interpretação do artigo 1.829, inciso I do atual Código Civil, destacando para cada corrente a posição adotada com relação a

concorrência sucessória do cônjuge supérstite com os descendentes do autor da herança, quando este era casado no regime da separação de bens convencional.

A primeira corrente (majoritária entre a doutrina) trazida no Recurso Especial n.º 992.749 – MS (2007/0229597-9) (BRASIL, 2009) é aquela que se filia ao Enunciado 270, aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que dispõe que:

Art. 1.829: O artigo 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens, ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aqüestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes. (BRASIL, 2004d)

Assim, conforme destaca a Ministra Nancy Andrighi

A sucessão do cônjuge obedeceria as seguintes regras: (i) se os cônjuges se casaram pelo regime da comunhão universal, o sobrevivente não concorre com os filhos na sucessão, já que recebeu suficiente patrimônio em decorrência da meação [...]; (ii) se o casamento se deu pela separação *obrigatória*, entendida essa como a separação legal de bens, também não concorrem cônjuge e filhos, porque isso burlaria o sistema legal; (iii) finalmente, se o casamento tiver sido realizado na comunhão parcial (ou nos demais regimes de bens), há duas possibilidades: (iii.1) se o falecido deixou bens particulares, o cônjuge sobrevivente participa da sucessão, porém só quanto a tais bens, excluindo-se os bens adquiridos na constância do matrimônio, porque eles já são objeto da meação; (iii.2) se não houver bens particulares, o cônjuge sobrevivente não participará da sucessão (porquanto sua meação seria suficiente e se daria, aqui, hipótese semelhante à da comunhão universal). (BRASIL, 2009)

Destarte, para maior elucidação dessa corrente a Ministra Nancy Andrighi apresentou o seguinte quadro:

Quadro 1 – Primeira corrente

Regimes	Meação	Cônjuge herda bens particulares?	Cônjuge herda bens comuns?
Comunhão universal	Sim	Não	Não
Comunhão parcial	Sim	Sim, em concurso com os descendentes.	Não
Separação Obrigatória	Não definido	Não	Não

Separação convencional.	Não, em princípio	Sim, em concurso com descendentes.	Não há, em princípio, bens comuns
--------------------------------	-------------------	------------------------------------	-----------------------------------

Fonte: Recurso Especial nº.992.749 – MS (2007/0229597-9) (BRASIL, 2009)

A segunda corrente doutrinária apresentada pela Ministra Nancy Andrighi defende uma ideia substancialmente diferente da primeira, já exposta.

Cumprir destacar que, apesar de a Ministra Nancy Andrighi citar a segunda corrente como majoritária, tal afirmação não condiz com a realidade doutrinária, eis que conforme já mencionado é a primeira corrente a majoritária na doutrina pátria.

Em relação a segunda corrente, salientou a Ministra Nancy Andrighi que:

Os partidários dessa corrente, a exemplo dos defensores do Enunciado 270 das Jornadas, separam, no casamento pela comunhão parcial, a hipótese em que o falecido tenha deixado bens *particulares*, e a hipótese em que ele *não tenha deixado bens particulares* (sempre considerando a existência de descendentes). Se o cônjuge pré-morto não tiver deixado bens particulares, o sobrevivente *não recebe nada*, a título de herança. Contudo, se o autor da herança tiver deixado bens particulares, o cônjuge herda, nas proporções fixadas pela Lei (art.s 1.830, 1.833 e 1.837), *não apenas os bens particulares, mas todo o acervo hereditário*. (BRASIL, 2009)

De acordo com essa corrente, o quadro apresentado pela Ministra Nancy Andrighi configurou-se da seguinte forma:

Quadro 2 – Segunda corrente

Regimes	Meação	Cônjuge herda bens particulares?	Cônjuge herda bens comuns?
Comunhão universal	Sim	Não	Não
Comunhão parcial	Sim	Sim, em concurso com os descendentes.	Sim, em concurso com os descendentes
Separação Obrigatória	Não definido	Não	Não
Separação convencional.	Não, em princípio	Sim, em concurso com descendentes.	Sim, se os houver, em concurso com os descendentes

Fonte: Recurso Especial nº.992.749 – MS (2007/0229597-9) (BRASIL, 2009)

Por fim, a terceira corrente doutrinária apresentada no Recurso Especial nº. 992.749 – MS (2007/0229597-9) (BRASIL, 2009), conforme destacado pela Ministra Nancy Andrighi,

inverte as ideias defendidas pelas anteriores. Encabeçada por Maria Berenice Dias, defende que a sucessão do cônjuge fica *excluída na hipótese de o falecido ter deixado bens particulares* (“Ponto final. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=108&isPopUp=true>, acesso em 22 set. 2009). Enquanto os defensores da primeira e da segunda correntes apenas reconheciam, ao cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens, o direito à sucessão na hipótese de o falecido *ter deixado bens particulares*, esta terceira linha de pensamento defende que só há sucessão na hipótese em que ele não os deixou, concorrendo o cônjuge sobrevivente com os descendentes, na herança dos bens comuns.

Quanto ao regime de separação de bens, destaca que a restrição somente é imposta aos cônjuges casados pelo regime da separação legal de bens, concluindo que na separação convencional, o cônjuge sobrevivente herdará em concorrência com os descendentes. (BRASIL, 2009)

Assim, em conformidade com a terceira corrente, o quadro apresentado pela Ministra Nancy Andrighi se dispõe do seguinte modo:

Quadro 3 – Terceira corrente

Regimes	Meação	Cônjuge herda bens particulares?	Cônjuge herda bens comuns?
Comunhão universal	Sim	Não	Não
Comunhão parcial	Sim	Não há herança do cônjuge, se houver bens particulares.	Sim, em concurso com os descendentes.
Separação Obrigatória	Não definido	Não	Não
Separação convencional.	Não, em princípio	Sim, em concurso com descendentes	Sim, se os houver, em concurso com os descendentes

Fonte: Recurso Especial nº.992.749 – MS (2007/0229597-9) (BRASIL, 2009)

Destarte, analisando as três correntes doutrinárias apresentadas no recurso em apreço, verifica-se que, no caso do autor da herança ter adotado o regime da separação de bens convencional, existem duas soluções possíveis: uma que assegura a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do autor da herança quando há bens particulares, mas não

assegura o mesmo direito quando há bens comuns; e outra que sempre assegura a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do *de cujus*, independentemente dos bens existentes serem particulares ou comuns.

Ocorre que a Ministra Nancy Andrighi criou uma quarta interpretação para o artigo 1.829, inciso I do Código Civil de 2002.

Desse modo, salientou que:

A permanecer a interpretação conferida pela doutrina majoritária de que o cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial herda em concorrência com os descendentes, inclusive no tocante aos bens particulares, teremos no Direito das Sucessões, na verdade, a transmutação do regime escolhido em vida – comunhão parcial de bens – nos moldes do Direito Patrimonial de Família, para o da comunhão universal, somente possível de ser celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Não se pode ter após a morte o que não se queria em vida. A adoção do entendimento de que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens concorre com os descendentes do falecido a todo o acervo hereditário, viola, além do mais, a essência do próprio regime estipulado. (...)

Desse modo, preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, haja ou não bens particulares, partilháveis, estes, unicamente entre os descendentes. (BRASIL, 2009)

A Ministra destaca ainda que:

A **separação de bens**, que pode ser **convencional** ou **legal**, em ambas as hipóteses é **obrigatória**, porquanto na primeira, os nubentes se obrigam por meio de pacto antenupcial – contrato solene – lavrado por escritura pública, enquanto na segunda, a obrigação é imposta por meio de previsão legal.

Sob essa perspectiva, 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.

Dessa forma, não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, salvo previsão diversa no pacto antenupcial, 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. (BRASIL, 2009)

Para esquematizar o posicionamento supramencionado, a Ministra apresenta o seguinte quadro:

Quadro 4 – Quarta corrente

Regimes	Meação	Cônjuge herda bens particulares?	Cônjuge herda bens comuns?
Comunhão universal	Sim	Não	Não

Comunhão parcial	Sim	Não	Sim, em concurso com os descendentes
Separação de bens, que pode ser legal ou convencional.	Não	Não	Não

Fonte: Recurso Especial nº.992.749 – MS (2007/0229597-9) (BRASIL, 2009)

Desse modo, visando a solução da lide, a Ministra Nancy Andrighi destaca que :

Ao volver os olhos para o processo em análise, imprescindível auscultar a situação fática vivenciada pelo casal – declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mas especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padeceria 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.

[...]

Assim, a regra que confere o direito hereditário de concorrência ao cônjuge sobrevivente não alcança nem pode alcançar os que têm e decidiram ter patrimônios totalmente distinto, sob pena de clara violação ao art. 1.687 do CC/02, notadamente quando a incomunicabilidade resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento.

[...]

Em se tratando de circunstância extraordinária, em que a situação particular dos nubentes exige o pacto, não hesitarão estes em alçar mão de testamento ou de doação em vida ao cônjuge, para protegê-lo financeiramente, se assim o quiserem.

[...]

Dessa forma, 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.

Isso porque, se o casamento foi celebrado pelo regime da separação convencional, significa que o casal escolheu – conjuntamente- a separação do patrimônio. Não há como violentar a vontade do cônjuge – o mais grave – após sua morte, concedendo a herança ao sobrevivente com quem ele nunca quis dividir, nem em vida.

Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens *post mortem* [...]

Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que a recorrida – 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.

[...]

Em conclusão, o regime de separação de bens fixado por livre convenção entre a recorrida e o falecido, como se vê, está contemplado nas restrições previstas no art. 1.829, I do CC/02, em interpretação conjugada com o art. 1.687 do mesmo código, o

que retira da recorrida a condição de herdeira necessária do autor da herança, em concorrência com os recorrentes, descendentes daquele.

[...]

Forte em tais razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para reformar o acórdão, e, por conseguinte, a decisão às fls. 105/109, declarando que P. R. de S. não é herdeira necessária em concorrência com os descendentes de I. F de S., de forma a negar a procedência do pedido por ela formulado, de habilitação no inventário.

[...] (BRASIL, 2009)

É importante salientar que os demais ministros, Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Ministra Nancy Andrichi, relatora do caso.

Por toda a análise acima apresentada, tem-se que o posicionamento adotado no Recurso Especial, ora em comento, é aquele que já vinha sendo adotado pelos professores Miguel Reale e Judith Martins-Costa.

Karime Costalunga também comunga do posicionamento adotado no Recurso Especial, ora em debate, destacando ao tratar do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 que:

[...] uma interpretação que trate de evitar a promoção da comunicabilidade patrimonial *post mortem*, [...] apresenta-se como um caminho de superação da letra do art. 1829 do Código Civil. Por via hermenêutica, seria assegurada a manutenção do regime da separação convencional de bens. (COSTALUNGA, 2009, p. 142-143)

No mesmo sentido, Maria Vital da Rocha e Manuela Sales Santos aduzem que:

[...] não se pode vislumbrar que o consorte sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens seja erigido à posição de herdeiro necessário do *de cuius*, como pretende a doutrina majoritária. (ROCHA; SANTOS, 2012)

Ocorre que, apesar do respeito pelos doutrinadores supra mencionados, bem como pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, o presente trabalho segue posicionamento diverso do adotado no Recurso Especial n.º. 992.749 – MS (2007/0229597-9) (BRASIL, 2009). Assim, sustenta-se que deve ser assegurado ao cônjuge sobrevivente o direito a concorrência com os descendentes do autor da herança, quando este era casado no regime da separação de bens convencional, conforme fundamentação que já vem sendo apresentada desde o início do presente capítulo, e que será corroborada abaixo.

Além do mais, o posicionamento adotado pela Ministra Nancy Andrichi, com relação a interpretação do artigo 1.829, inciso I do Código Civil de 2002 não é coerente, primeiramente porque a mesma sustenta que no regime da comunhão universal, apesar dos

cônjuges serem meeiros, o cônjuge sobrevivente não concorrerá na herança com os descendentes do autor da herança.

Em contrapartida, ao dispor dos casos em que foi adotado o regime da comunhão parcial para vigorar durante o casamento, existindo assim, meação entre os consortes, a Ministra entende que o cônjuge supérstite concorrerá com os descendentes do *de cujus* em relação aos bens comuns deixados pelo mesmo.

Ora! Incoerente o posicionamento da Ministra Nancy Andrighi, eis que em um primeiro momento aceita que o cônjuge meeiro não seja herdeiro dos bens comuns e em um segundo momento entende que o cônjuge meeiro é herdeiro dos bens comuns deixados pelo *de cujus*.

Outro equívoco cometido pela Ministra Nanci Andrighi, está em afirmar que no regime da separação de bens legal não existe meação, tendo em vista que ainda está em vigor a Súmula 377 do STF que permite se falar em meação em referido regime de bens.

É importante destacar ainda que defender que não é possível a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança que fora casado no regime da separação de bens convencional, vez que as partes estipularam referido regime de bens livremente através de pacto antenupcial, é permitir a realização de pacto corvina, que é expressamente proibido por nosso ordenamento jurídico no artigo 426 do atual Código Civil.

Isso porque, estaria em vida estipulando regras a serem seguidas após a morte de determinadas pessoas, sobre o patrimônio das mesmas. Ou seja, através do pacto antenupcial estaria acordando a respeito da herança de pessoa viva, tendo em vista que pelo posicionamento adotado pela Ministra Nancy Andrighi o pacto antenupcial iria prevalecer após a morte de um dos consortes.

Após os apontamentos supra, tem-se que a concorrência sucessória do cônjuge supérstite com os descendentes do autor da herança deve ocorrer uma vez que o Código Civil de 2002 passou a dar maior proteção ao cônjuge, privilegiando assim, os laços familiares de afeto existentes entre o *de cujus* e o cônjuge sobrevivente, pessoa esta que esteve ao lado do autor da herança até seu último dia de vida. Tanto que o cônjuge, atualmente, é considerado herdeiro necessário.

Ademais, em referido regime de bens o cônjuge supérstite não tem a qualidade de meeiro, assim, nada mais justo que receba parte da herança de seu consorte, patrimônio este, que direta ou indiretamente ajudou a amealhar.

Permitir a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança significa

[...] que uma injustiça histórica foi reparada, porquanto, no contexto do Código de 1916, a herança deixada pelo *de cuius* era destinada em primeiro lugar aos descendentes, em segundo lugar aos ascendentes e somente em terceiro lugar ao cônjuge sobrevivente, não reconhecendo, quase sempre, os esforços do marido ou da mulher para a constituição do patrimônio do casal, sem contar a dedicação e o afeto dirigidos pelo cônjuge sobrevivente em prol do falecido, enquanto vivo. Em contrapartida, o revogado diploma civil favorecia parentes que, via de regra, haviam se mantido distantes do *de cuius* durante toda a vida. (FUJITA, 2006, p. 113)

Em consonância com o entendimento supra, Jorge Shiguemitsu Fujita destaca ainda que:

A nosso ver, estabeleceu-se uma situação mais justa àquele que, durante a vida do falecido, compartilhou momentos de alegria e de tristeza e que contribuiu para a constituição do patrimônio. Representa o Código Civil de 2002 um avanço no trato do direito sucessório dos cônjuges. (FUJITA, 2006, p. 118)

Interpretar o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 de forma a não permitir a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança é tolerar uma interpretação contrária a um dos fundamentos da sucessão legítima, qual seja, a solidariedade familiar.

Isso porque o princípio da solidariedade familiar impõe que os membros da família cuidem uns dos outros e, amparando financeiramente o cônjuge sobrevivente, o *de cuius*, estará cumprido referido princípio em sua forma positiva, garantido ao consorte sobrevivente uma situação adequada, mediante o amparo material.

Desse modo, percebe-se que:

O Código Civil parece não ter deixado dúvidas de que a viúva que fora casada sob o regime de separação convencional de bens herdará quando concorrer com descendentes do *de cuius*. De fato, tal interpretação – que soa, num primeiro momento, como absurda – tem sua coerência com o sistema, que concedeu direito sucessório ao cônjuge sempre que sua meação não fosse suficientemente forte para garantir-lhe a tranquilidade após o falecimento do seu esposo. É por isso que a esposa casada em comunhão universal não herdará. Porque já possui meação suficientemente forte. (NICOLAU, 2008, p. 42)

Complementando o posicionamento supra, Gustavo Rene Nicolau ainda destaca que:

Nossa opinião é de que o Código foi coerente, deixando participação sucessória ao cônjuge que não obteve suficiente meação. Ademais, o ‘esforço comum’ é requisito para haver meação e não sucessão. Os filhos do *de cuius*, cujo direito sucessório é incontestável, também não colaboraram na obtenção do patrimônio e, quando de sua morte, já se foram há muito tempo, constituindo suas próprias famílias. A esposa que permanece ao lado do marido até sua morte merece um tratamento digno e

respeitoso. No geral, na maioria dos casos, esteve por décadas do lado do falecido. (NICOLAU, 2008, p. 44)

Destarte, resta claro que o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro para adequar a legislação à realidade social, eis que conforme afirmado pela própria Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial n°. 992.749 – MS (2007/0229597-9),

Até o advento da Lei n°. 6.515/77 (Lei do Divórcio), considerada a importância dos reflexos do elemento histórico na interpretação da lei, vigeu no Direito brasileiro, como regime 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. (BRASIL, 2009)

Sobre o assunto Miguel Reale também destaca, em seu artigo intitulado “O cônjuge no novo código civil” que:

Com o advento da Lei 6.515, de 21 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), o regime legal da comunhão de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial.

Ampliando o quadro, tornou-se evidente que o cônjuge, sobretudo quando desprovido de recursos, corria o risco de nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo a herança por inteiro aos descendentes ou aos ascendentes. Daí a idéia de tornar o cônjuge herdeiro no concernente aos bens particulares do autor da herança. (REALE, 2003, p. 62)

Entretanto, cabe ressaltar que, apesar dos posicionamentos assinalados acima, a Ministra Nancy Andrighi e o professor Miguel Reale vem defendendo que não pode ocorrer a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do autor da herança, quando este fora casado no regime da separação de bens convencional.

Assim, tem-se que tanto a posição da Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial n°. 992.749 – MS (2007/0229597-9) (BRASIL, 2009), quanto a posição do professor Miguel Reale (2003) defendida no artigo intitulado “O cônjuge no novo código civil”, não devem prevalecer, já que são contrários aos reais fundamentos da sucessão legítima que foram construídos ao longo dos anos.

Arnoldo Wald (2002), manifestando sobre o assunto, salienta que “[...] à medida que se afasta o regime comunitário pleno, torna-se necessário fortalecer a posição sucessória do cônjuge, a fim de evitar um verdadeiro enriquecimento sem causa por parte de terceiros.”

Portanto, o mencionado autor corrobora do entendimento adotado no presente trabalho e que vem sendo amplamente justificado com base na legislação brasileira e nos princípios de interpretação existentes.

Carlos José de Castro Costa também comunga desse posicionamento e salienta que:

A possibilidade de o cônjuge concorrer com descendentes e ascendentes decorre de uma constatação histórica. O Código Civil de 1916 determinava como regime legal de bens, o da comunhão universal. Pelo fato de ser meeiro, não havia necessidade de sua legitimação como herdeiro.

O advento da Lei do Divórcio, no ano de 1977, acarretou a modificação do regime legal de bens. Possibilitou a legislação, de forma inovadora, a extinção do vínculo matrimonial no ordenamento jurídico pátrio. Além da inserção de tal possibilidade, determinou como regime legal o da Comunhão Parcial de Bens. Sob esse prisma, tornava-se evidente o risco que corria o cônjuge de nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido. (COSTA, 2010, p. 14)

Assim, tendo em vista que no regime da separação de bens convencional não é conferido ao cônjuge sobrevivente o direito à meação, deve sim ser-lhe assegurado o direito a concorrência sucessória com os descendentes do autor da herança de forma a efetivar o princípio da solidariedade familiar, que é um dos fundamentos da sucessão legítima, garantindo, desse modo, ao cônjuge supérstite o recebimento de parte do patrimônio amealhado pelo *de cuius*.

Destarte, o princípio da solidariedade familiar impõe aos membros da família que cada um passe a ser responsável pelo outro, e uma das formas de efetivar tal princípio é através do amparo material advindo da sucessão legítima.

Compete destacar ainda que não há fundamentos para sustentar que a norma garantidora do direito hereditário de concorrência ao cônjuge sobrevivente, que foi casado no regime da separação de bens convencional, viola o artigo 1.687 do Código Civil de 2002, uma vez que quando ocorre o evento morte encerra a vigência do regime de bens entre os cônjuges (instituto do Direito de Família) e neste momento, nasce o direito a herança.

O que deve ficar bem claro e que já foi amplamente destacado no item 4 do presente estudo é que regime de bens é diferente de Direito das Sucessões. O primeiro, vigora quando da existência da sociedade conjugal e o segundo nasce quando a sociedade conjugal é dissolvida pelo evento morte. Destarte, o inciso I do artigo 1.829 do atual Código Civil não viola o regime de bens que foi anteriormente pactuado pelo casal, uma vez que trata de novo direito adquirido pelo cônjuge sobrevivente, quando da morte de seu consorte.

Portanto, também não pode prevalecer o entendimento de que restaria configurada alteração *post mortem* do regime matrimonial de bens em decorrência da concorrência

sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança. Isso porque quando ocorre a morte do autor da herança encerra-se o regime de bens escolhido pelos consortes, não tendo assim que se falar em alteração do que não mais existe.

Em análise ao posicionamento adotado pela Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial em apreciação, Flávio Tartuce e José Fernando Simão destacaram que:

[...] afirmar que o regime de bens *obriga as partes depois de sua morte* revela teratologia. *Obrigaçã*o, como se sabe, é o vínculo jurídico entre o credor e o devedor. Na realidade, o que afirma o julgado, utilizando-se inadequadamente a palavra *obriga*, é que, o *regime de bens produz efeitos* depois da morte dos cônjuges e, portanto, após findo o casamento. Isso porque a morte põe fim ao casamento, permitindo, inclusive, que o supérstite se case novamente. A morte põe fim à sociedade conjugal por força expressa do art. 1.571, I do Código Civil e, sendo assim, o regime de bens também se extingue com a morte.

Na verdade, pretende a decisão em comento utilizar-se da ideia de *ultratividade*, ou seja, a eficácia de um instituto que não mais existe. Repita-se que se a morte extingue o casamento, extingue a sociedade conjugal e também o regime de bens, não se admitindo que o instituto permaneça produzindo efeitos depois de extinto. Haveria algo como uma *eficácia póstuma do regime de bens* que um dia existiu. Curiosa a interpretação jurisprudencial, porque, novamente, não encontra guarida na doutrina pátria. (TARTUCE; SIMÃO, 2013, p. 168)

Ao contrário do posicionamento aventado no Recurso Especial n.º. 992.749 – MS (2007/0229597-9) (BRASIL), ocorrendo o evento morte de um dos consortes que adotou o regime da separação de bens convencional para vigorar durante o casamento, nasce para o cônjuge sobrevivente o direito ao recebimento da herança do *de cuius*, direito este que insere-se no do Direito das Sucessões, não havendo desse modo que se falar em modificação de regime *post mortem*.

Assim, no caso em que os consortes escolheram para vigorar durante o casamento o regime da separação de bens convencional tem-se que o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário, em conformidade com o artigo 1.845 do Código Civil de 2002, além de concorrer na herança com os descendentes do *de cuius*, em harmonia com o inciso I do artigo 1.829 do atual Código Civil.

Carlos Roberto Gonçalves, manifestando sobre o Recurso Especial n.º. 992.749 – MS (2007/0229597-9) (BRASIL, 2009) já destacava que:

Observa-se que se procurou, na hipótese, fazer justiça no caso concreto, mencionando o acórdão o fato de não ter havido longa convivência do casal (cerca de 10 meses), bem como a circunstância de que, quando desse segundo casamento, o autor da herança, pessoa idosa, já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante. Por essa razão, acredita-se que tal orientação não servirá de diretriz para a generalidade dos casos. (GONÇALVES, 2012, p. 174)

No mesmo sentido, Zeno Veloso salienta que:

Trata-se de uma decisão *data máxima vênia*, que viola diretamente preceito legal (CC, art. 1.829, I) [...] A meu ver, o acórdão do STJ, no aludido recurso especial, baralhou os conceitos de regime de bens e de sucessão hereditária. [...] Provavelmente, o STJ decidiu considerando o caso concreto [...]. Apesar desse julgamento da Terceira Turma do STJ – que deverá ficar sozinho – vão prevalecer e continuar sendo aplicadas as disposições do Código Civil: o cônjuge casado sob o regime da separação obrigatória de bens não concorre com os descendentes do *de cujus*; o cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens concorre, sim, com os descendentes do falecido. (VELOSO, 2010, p. 72)

Salomão de Araujo Cateb, tratando do assunto, destaca que:

Embora o acordo do STJ, sendo relatora a Min. Nancy Andrighi, pedimos vênia à ilustre Ministra, mas houve uma completa confusão de sua parte, ao considerar que o regime de separação convencional é parte integrante da separação convencional.⁶ São dois regimes distintos, com leis próprias, dentro de uma nova realidade social. (CATEB, 2012, p. 114-115)

É importante destacar que não pode prevalecer o argumento da Ministra Nancy Andrighi sustentando que o regime da separação obrigatória de bens, previsto no artigo 1.829, inciso I do Código Civil de 2002, é gênero que comporta duas espécies, quais sejam, separação legal e separação convencional e que, desse modo, o cônjuge sobrevivente casado no regime da separação convencional não concorreria com os descendentes do autor da herança.

Pois, conforme já amplamente destacado ao longo do trabalho, o regime da separação obrigatória de bens, disposto no inciso I do artigo 1.829 do atual Código Civil diz respeito àquele regime de bens que resulta de imposição da lei, em virtude dos consortes estarem contraindo matrimônio com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, ou serem maiores de 70 anos, ou ainda dependerem de suprimento judicial para se casarem. Ao contrário, o regime da separação de bens convencional é livremente escolhido entre os consortes, sendo indispensável a realização de pacto antenupcial.

Assim, entende-se que:

A separação obrigatória não é gênero e não congrega duas espécies. Trata-se de equívoco conceitual. A *separação de bens* é que constitui gênero que congrega duas espécies: (a) separação convencional (que decorre de pacto antenupcial) e (b)

⁶ Cumpre destacar que há um erro de digitação na obra citada. Assim, a confusão que o autor destaca referente a Ministra Nancy Andrighi, diz respeito a considerar o regime da separação convencional como parte integrante do regime da separação obrigatória.

separação obrigatória ou legal (regra restritiva prevista no art. 1.641). (TARTUCE; SIMÃO, 2013, p. 167)

Ademais, não há de prevalecer a confusão apresentada no Recurso Especial em comento em relação ao regime de bens e o Direito das Sucessões, tendo em vista que

Não se misturam os dois planos, os dois momentos: o regime de bens, que perdura enquanto vivos marido e mulher e presente a sociedade conjugal, e a sucessão *mortis causa*, que tem suas próprias regras e princípios. Em suma não é pelo fato de o regime de bens ser o da separação, tornando incomunicáveis os bens de cada cônjuge, fazendo com que os patrimônios sejam autônomos, apartados, desligados, enquanto persiste o casamento, que se deve esticar essa situação além da vida, para que, na sucessão por causa da morte, a solução seja a mesma. Sem uma lei que determine expressamente, não se pode afirmar que o cônjuge cujo regime foi o da separação convencional vai deixar de ser, por isso, herdeiro necessário do outro, e não irá concorrer com os descendentes. (VELOSO, 2010, p. 70-71)

Cumprido destacar que, em virtude dessa confusão existente entre regime de bens e Direito das Sucessões se fez necessário distinguir pormenorizadamente ambos os institutos no tópico 4 do presente trabalho. Além do mais, é importante salientar que a partir do momento em que se consegue diferenciar os institutos acima apresentados não há como realizar uma interpretação errônea do disposto no inciso I do artigo 1.829 do atual Código Civil.

Diante de todos os argumentos apresentados tem-se que a decisão do Superior Tribunal de Justiça seguirá como uma posição isolada, eis que não possui fundamentos jurídicos suficientes a embasar novas decisões. Ao contrário, parece-nos que a decisão prolatada no recurso em comento serviu muito mais para fazer justiça no caso concreto, tentando evitar o famoso “golpe do baú”, como muito bem já destacado por alguns doutrinadores.

Portanto, para que prevaleça o entendimento adotado no Recurso Especial nº. 992.749 – MS (2007/0229597-9) (BRASIL, 2009) será necessário uma modificação do texto do artigo 1.829, inciso I do Código Civil de 2002.

5.3.2.2 Propostas de modificação do artigo 1.829 do Código Civil

Desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002 vários tem sido os Projetos de Lei que visam à modificação do artigo 1.829 de referido diploma legal. Dentre esses Projetos podem-se destacar: os PL 6960/2002, PL 4775/2005, PL 1792/2007, PL 3075/2008, PL 1878/2011 e o PL 4908/2012.

Alguns desses projetos propõem a modificação do artigo 1.829, inciso I do Código Civil de 2002 no que diz respeito à concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança, quando este era casado no regime da separação convencional de bens (tema abordado no presente trabalho), outros se referem ao restante do texto do artigo em comento, bem como outras alterações dos artigos do atual Código Civil.

Dentre os projetos supracitados, o primeiro a tratar do tema do presente trabalho é o PL 4775/2005 que visa suprimir o termo “obrigatória” do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 ao tratar do regime da separação de bens.

Em justificativa ao PL 4775/2005, o autor do mesmo, Deputado José Barbosa, destaca que:

Verifica-se que da forma como está redigido o texto, o risco de interpretação equivocada e dissonante com o contexto e outros institutos do Código, podem gerar incontáveis litígios, sobrecarregando ainda mais o já combalido Judiciário.

Infelizmente a questão não se restringe a eventuais equívocos de interpretação, mas sim, e principalmente, a interpretações intencionais feitas pelas partes envolvidas nos casos práticos, pretendendo direitos nem sempre moralmente aceitáveis.

Ademais, conforme aponta o Prof. Dr. MIGUEL REALE, a interpretação pretendida por alguns de que a concorrência sucessória opera-se mesmo quando o regime escolhido pelo casal ser o de separação de bens, estar-se-ia praticamente extinguindo o referido regime, vez que subtrairia um dos seus pressupostos, que é o da incomunicabilidade de patrimônio, além de retirar a liberdade dos nubentes de livremente convencionarem a respeito da divisão e partilha como melhor lhes aprouver.

Desse modo, a prevalecer esse entendimento, o princípio da liberdade consagrado na Constituição Federal e o que veda o enriquecimento sem causa estariam esvaziados nos casos de casamentos em segundas núpcias, nem sempre embasados por razões realmente afetivas por parte de ambos os cônjuges.

Assim, a alteração da redação do inc. I do art. 1.829 do NCC, com a supressão do termo “obrigatória”, mantém o instituto da concorrência sucessória para aqueles casos onde ele realmente deve ser aplicado e preserva inafastáveis interesses familiares na hipótese em que um dos cônjuges pretenda preservar seu patrimônio.

[...]

Concluindo, para o fim de evitar interpretações dúbias, propõe-se, seguindo sugestão do Prof. Dr. MIGUEL REALE a supressão do termo “obrigatória” relacionado textualmente ao regime de separação de bens, como medida de respeito ao princípio da unidade sistemática do Código, preservação do instituto da separação de bens e aos princípios constitucionais da liberdade razoabilidade e dignidade. (BARBOSA, 2005)

Apesar do respeito à opinião do autor do PL 4775/2005, entende-se que não há motivos para a supressão do termo “obrigatória” constante do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, vez que tal termo foi inserido no artigo em análise de forma a diferenciar o regime de separação de bens convencional do regime de separação de bens obrigatório, cogente ou legal.

Assim, caso fosse suprimido o termo “obrigatória” do texto legal estaria se criando um equívoco, visto que tanto os cônjuges que foram casados no regime da separação de bens convencional bem como aqueles que adotaram o regime da separação de bens obrigatório, cogente ou legal, não concorreriam à herança do *de cujus* conjuntamente com seus descendentes.

Dessa forma, o projeto de lei ora em debate contraria o posicionamento aqui defendido de que com relação aos bens que o cônjuge não é meeiro o mesmo deve ser herdeiro, mas com relação aos bens que o cônjuge é meeiro o mesmo não deve ser herdeiro.

Portanto, visando adequar o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 ao posicionamento aqui adotado, não somente com relação ao regime da separação de bens convencional, mas também em relação aos demais regimes de bens, necessário seria modificar toda a redação de referido artigo e não apenas suprimir a expressão “obrigatória”.

Logo, o correto seria que constasse no artigo 1.829 do atual Código Civil que o cônjuge supérstite concorreria à herança do *de cujus* conjuntamente com seus descendentes apenas em relação aos bens em que não for meeiro, independentemente do regime de bens anteriormente adotado.

Assim, efetivar-se-ia o princípio da solidariedade familiar, amparando o cônjuge sobrevivente materialmente em relação àqueles bens que o mesmo não fosse meeiro, mas que de forma direta ou indireta contribuiu para que fossem adquiridos, além de estar privilegiando os laços de afeto existentes na família do *de cujus*.

Para a satisfação daqueles que compartilham da posição aqui adotada é importante salientar que o PL 4775/2005 foi arquivado em 31/01/2007. Contudo, no mesmo ano, novo Projeto de Lei (PL 1792/2007) foi proposto visando modificar o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 de forma a excluir o cônjuge sobrevivente da condição de herdeiro necessário, se casado fora com o falecido no regime da separação de bens, obrigatório ou convencional.

O referido Projeto de lei propõe, em seu artigo 2º, que o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 passe a vigorar com a seguinte redação:

[...]

“Art. 1.829.

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 de bens, obrigatório ou convencional; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

[...] (ROSENMANN, 2007)

Entende-se que não há de se aceitar a mudança proposta pelo PL 1792/2007, eis que o mesmo visa promover semelhante modificação proposta no PL 4775/2005. Entretanto, ao invés de suprimir o termo “obrigatória”, acrescenta o termo “convencional” quando o inciso I do artigo 1.829 do atual Código Civil trata da separação de bens.

O relator do PL 1792/2007, Deputado Cleber Verde, assim se manifestou sobre a modificação proposta:

[...]

A primeira alteração proposta redundará em deixar claro que também no caso de regime de separação de bens, existindo convenção, o cônjuge sobrevivente não participará em concorrência da sucessão a que alude o inciso I.

Entendemos não ser adequada e equânime tal disposição restritiva. Ainda que exista separação convencional é hipótese aceitável que, via de regra, na constância do casamento, ambos os cônjuges contribuíram para formação do patrimônio comum; é justo que o cônjuge supérstite incorra na titularidade dos bens deixados, conforme dispõe a lei atual; esta hipótese não se identifica com o caso de proibição de concorrência, no caso da separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, e que tem seus fundamentos no art. 1.641 (equivocadamente grafado no art. 1.829, como sendo art. 1.640, parágrafo único); esta proibição tem fundamento em violação de normas de ordem pública; a vedação proposta no PL, que tem por base convenção, fere conquistas de Direito que se cristalizaram. São situações diferentes que merecem tratamentos diferentes; donde nossa rejeição à mudança proposta no PL.

[...] (VERDE, 2013)

Percebe-se que o Deputado Cleber Verde, de forma acertada, consegue discernir que a separação de bens convencional e a separação de bens obrigatória são regimes de bens distintos e que possuem fundamentos próprios.

Contudo, o presente trabalho, não compartilha da posição adotada pelo Deputado Cleber Verde, eis que entende-se que, independentemente do regime de bens adotado, o cônjuge supérstite deve concorrer com os descendentes do *de cuius* com relação àqueles bens de que não é meeiro, conforme já salientado.

Cumprido destacar ainda que o PL 1792/2007 também foi arquivado, sendo que tal fato ocorreu em 31/01/2011.

Em análise aos Projetos de Leis n.º. 4775/2005 e n.º. 1792/2007 percebe-se que ambos visam a modificação do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, baseando-se na posição sustentada por Miguel Reale em relação a expressão “obrigatória” constante do artigo em debate.

Contudo, conforme já demonstrado e fundamentado no item 5.3.2 do presente trabalho, a posição adotada pelo Professor Miguel Reale não pode prevalecer. Assim, também não há de se sustentarem as modificações propostas nos Projetos de Leis n.º. 4775/2005 e n.º. 1792/2007, sendo louvável o arquivamento dos mesmos.

Cumpra salientar ainda que, dentre os Projetos de Lei acima mencionados, também merecem destaque os, Projetos de Lei nº. 3075/2008 e nº. 4908/2012 uma vez que dizem respeito ao tema central do presente trabalho e ainda estão em tramitação na Câmara dos Deputados.

Desse modo, caso o PL 3075/2008 seja aprovado, o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 passará a ter a seguinte redação:

[...]
 “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
 I – aos descendentes;
 [...] (FONTE, 2008)

Em contrapartida, sendo aprovado o PL 4908/2012, o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 passará a ter a seguinte redação:

[...]
 “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
 I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro;
 [...] (TAKAYAMA, 2012)

Entre os dois Projetos de Lei supra apresentados (PL 3075/2008 e PL 4908/2012), entende-se que o PL 4908/2012 apresenta uma proposta de modificação do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 mais coerente com o que vem sendo demonstrado ao longo do presente trabalho. Isso porque, tal Projeto de Lei mantém uma grande evolução legislativa que diz respeito à possibilidade do cônjuge e do companheiro concorrerem com os descendentes do *de cujus* sendo.

Ademais, tal Projeto de Lei é mais coeso com os fundamentos da sucessão legítima, eis que desse modo, o patrimônio do *de cujus* é partilhado em primeiro lugar com os seus descendentes, que historicamente sempre estiveram mais próximos do autor da herança, conjuntamente com o cônjuge ou companheiro que ao longo da vida contribuiu, direta ou indiretamente, para que fosse conquistado o patrimônio deixado pelo *de cujus*.

Tratando da redação do artigo 1.829, inciso I do atual Código Civil, Ana Luiza Maia Nevares destaca que:

Melhor seria se o Projeto Primitivo do Código Civil Brasileiro, de 1916 tivesse sido seguido. Este admitia a concorrência do cônjuge com os descendentes, sempre que o regime matrimonial não lhe desse direito à meação de todos os bens do casal ou dos adquiridos na constância do casamento. Esse sistema resolveria, inclusive uma

questão pouco aventada. Trata-se do caso em que os cônjuges não optam por nenhum dos regimes disciplinados na lei [...]. (NEVARES, 2006, p. 169)

Diante do exposto tem-se que, apesar das várias propostas de modificação do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, até hoje nenhuma modificação proposta foi suficiente para sanar os reais problemas existentes na redação do artigo em comento e nem mesmo para buscar a efetivação dos fundamentos da sucessão legítima. Desse modo, muito trabalho ainda será necessário para que o artigo 1.829 do atual Código Civil tenha uma redação livre de interpretações dúbias ao tratar de determinados regimes de bens.

Impende salientar ainda que ao tratar da redação do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, Gustavo Rene Nicolau propôs que aludido artigo passasse a ter a seguinte redação:

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

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente;

II – aos ascendentes, em concorrência como cônjuge sobrevivente;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais até o quarto grau.

Parágrafo 1º - A concorrência referida no inciso I dar-se-á, exclusivamente, sobre os bens em que o sobrevivente não mear.

Parágrafo 2º - Concorrendo com descendentes caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça.

Parágrafo 3º - A concorrência referida no inciso II dar-se-á sobre todo o patrimônio do falecido.

Parágrafo 4º - Concorrendo com pai e mãe do falecido, caberá ao cônjuge quota equivalente a 1/3 da herança. Qualquer que seja a outra combinação de ascendência, sua quota será de 1/2 da herança. (NICOLAU, 2008, p. 52)

Entende-se que a proposta de modificação apresentada por Gustavo Rene Nicolau é a mais adequada com a que vem sendo sustentada no presente trabalho eis que, desse modo, o artigo 1.829 do atual Código Civil privilegiaria a vontade presumida do autor da herança, mantendo a regra vigente desde o Direito Romano de que os familiares mais próximos do *de cujus* são os primeiros a receberem sua herança, bem como efetivando o princípio da solidariedade familiar amparando materialmente a família do *de cujus*, família esta da qual o cônjuge também faz parte.

Diante do exposto, espera-se que a proposta apresentada por Gustavo Rene Nicolau transforme-se em projeto de lei, modificando assim o artigo 1.829 do Código Civil de 2002 de forma a adequá-lo aos reais fundamentos do Direito das sucessões, bem como para garantir que não haja várias interpretações a respeito da concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança, trazendo, dessa forma, segurança jurídica aos cônjuges que livremente escolheram determinado regime de bens, tendo em vista

que já sabiam que com a morte de um o outro seria ou não herdeiro em concorrência com os descendentes.

6 CONCLUSÃO

O presente estudo permitiu verificar que a discussão suscitada a respeito do inciso I do artigo 1.829 do atual Código Civil ocorreu em razão de os cônjuges, ao realizarem o casamento, terem optado de forma livre pelo regime da separação de bens convencional, com o intuito de evitar a comunicação dos bens durante o casamento. Contudo, com o falecimento de um dos consortes, o outro será herdeiro em concorrência com os descendentes do autor da herança.

Ocorre que, contrariamente à posição adotada por parte da doutrina, entende-se que não há equívoco no inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 ao permitir a concorrência sucessória do cônjuge supérstite com os descendentes do *de cujus*, que fora casado no regime da separação de bens convencional.

Primeiramente, porque o regime de bens, que é um instituto do Direito de Família e que foi livremente pactuado pelos nubentes quando da celebração do casamento, está sendo respeitado, tendo em vista que o mesmo vigora enquanto existe casamento e, a partir do momento que ocorre a morte de um dos cônjuges não há mais que se falar em regime de bens.

Portanto, uma vez que o regime de bens se encerra com a morte de um dos consortes, não há como sustentar que permitir a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança que fora casado no regime da separação de bens convencional, estará autorizando a modificação do regime de bens *post mortem*, eis que com a morte de um dos consortes, encerra o regime de bens existente entre as partes e nasce neste momento o direito a herança.

Isso porque os regimes de bens visam regulamentar as questões patrimoniais dos consortes durante o casamento e a concorrência sucessória busca efetivar a transmissão da herança do *de cujus* após sua morte, de forma a efetivar o princípio da solidariedade familiar, que é um dos principais fundamentos da sucessão legítima, amparando desse modo o cônjuge supérstite.

Logo, nítido está que a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança que fora casado no regime da separação de bens convencional não viola o artigo 1.687 do Código Civil de 2002, tendo em vista que com a morte *de cujus* encerra a vigência do regime de bens existente entre os cônjuges (instituto do Direito de Família), e neste momento nasce o direito a herança (instituto do Direito das Sucessões).

Outro ponto a ser destacado, é que não existe inexatidão na redação do inciso I do artigo 1.829 do atual Código Civil, no que diz respeito à concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança que era casado no regime da separação de bens convencional. Eis que por uma simples leitura do artigo em comento percebe-se que o legislador não inseriu o regime de bens aqui analisado nas exceções do referido artigo. Destarte, o que não é proibido pela lei é permitido. Assim, resta garantida a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança, que era casado no regime da separação de bens convencional, por simples interpretação literal do artigo 1.829 do Código Civil de 2002.

Ademais, os doutrinadores e julgadores somente devem se utilizar de outras formas de interpretação quando a análise do texto legal não está em conformidade com o restante do ordenamento jurídico, o que não ocorre no caso do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, ao tratar da concorrência sucessória do cônjuge supérstite com os descendentes do autor da herança que foi casado no regime da separação de bens convencional.

Outrossim, não há como prevalecer o entendimento de que o regime de separação obrigatória de bens previsto no artigo 1.829, inciso I do atual Código Civil é gênero que comporta duas espécies, quais sejam separação de bens legal e separação de bens convencional e que, desse modo, o cônjuge sobrevivente casado no regime da separação convencional não concorreria com os descendentes do autor da herança.

Isso porque a separação obrigatória não é gênero e tampouco possui duas espécies. Ao contrário, a separação de bens é que constitui gênero que contempla duas espécies, quais sejam, a separação de bens obrigatória, legal ou cogente e a separação de bens convencional.

Destarte, tendo em vista que dentre as exceções para a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança, constantes do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 só está o regime da separação de bens obrigatória, resta cristalino que aquele que fora casado no regime da separação de bens convencional concorre com os descendentes do autor da herança.

Faz-se necessário salientar ainda que a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança que fora casado no regime da separação de bens convencional é uma inovação trazida pelo Código Civil de 2002, eis que referido diploma legal passou a dar maior proteção ao cônjuge sobrevivente, privilegiando assim os laços familiares. Tanto que o cônjuge foi elevado ao patamar de herdeiro necessário, conjuntamente com os descendentes e ascendentes do *de cujus*.

Além do mais, considerando-se o atual modelo de família, tem-se que o cônjuge sobrevivente contribuiu direta ou indiretamente, na construção do patrimônio deixado pelo autor da herança. Assim, nada mais justo que aquele concorra na herança deste, em conformidade com os fundamentos da sucessão legítima.

Tem-se ainda que o critério que deve ser utilizado para que haja ou não a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes do autor da herança é a existência ou não de meação.

Destarte, tendo em vista que no regime de bens ora em debate o cônjuge sobrevivente não possui direito à meação, o mesmo deve concorrer com os descendentes do *de cujus*, de forma a garantir-lhe tranquilidade quando da morte de seu consorte, eis que a sucessão legítima possui como principais fundamentos a afeição entre os membros da família e o princípio da solidariedade familiar que impõe aos membros da família que cada um cuide do outro e, neste caso, o autor da herança amparará seu consorte através do sustento material.

Diante do exposto, uma vez que cada casal adota o regime de bens que melhor os convém para vigorar durante a sociedade conjugal, mais acertada seria a modificação do artigo 1.829 do atual Código Civil. Deste modo, seria necessária a modificação do artigo em comento para que se fizesse constar no mesmo que o cônjuge sobrevivente concorreria a herança do *de cujus* apenas em relação aos bens de que não fosse meeiro. Dessa forma, restariam privilegiadas as pessoas mais próximas do autor da herança e se efetivaria a proteção material do cônjuge sobrevivente que não possuía meação suficientemente forte para lhe amparar, efetivando assim o princípio da solidariedade familiar.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Ney de Mello. **Sucessões:** legítima – testamentária – inventário e partilhas. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ALMEIDA, Renata Barbosa de, RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil:** famílias. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo:** A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BARBOSA, José. **Projeto de Lei da Câmara dos deputados n.º. 4775, de 2005.** Dá nova redação ao inciso I do artigo 1829 da Lei n.º. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=275321>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

BARBOZA, Heloisa Helena. Alteração do regime de bens e o art. 2.039 do código civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha.(Coord.) **Afeto, ética, família e o novo código civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 325-335.

BEVILÁQUA. Clóvis. **Direito das sucessões.** 5 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I jornada de direito civil. Enunciado 125.2002.** Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em 06 jun. 2013.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **III jornada de direito civil. Enunciado 260.2004a.** Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>> Acesso em 16 fev. 2013.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **III jornada de direito civil. Enunciado 261.2004b.** Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>> Acesso em 12 abr. 2013.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **III jornada de direito civil. Enunciado 262.2004c.** Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>> Acesso em 05 mar. 2013.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **III jornada de direito civil. Enunciado 270.2004d.** Disponível em:
<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0377.htm>
Acesso em 20 fev. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil,** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%c3%a7ao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2013.

BRASIL. Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, 24 jan. 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm> Acesso em 12 abr. 2013.

BRASIL. Decreto 1.839, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 8 jan. 1908. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>> Acesso em 12 abr. 2013.

BRASIL. Decreto- Lei 1.907, de 26 de dezembro de 1939. Dispõe sobre a herança jacente. Disponível em: <www.senado.gov.br> Acesso em 14 abr. 2013.

BRASIL. Decreto- Lei 8.207, de 22 de novembro de 1945. Altera a redação dos artigos 1.594 e 1.612 do Código Civil, revoga o decreto-lei nº. 1.907 de 26 de dezembro de 1939, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez.1945. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/24/1945/8207.htm>> Acesso em 12 abr. 2013.

BRASIL. Decreto-Lei 9.461, de 15 de julho de 1946. Dá nova redação ao art. 1.612 do Código Civil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 17 jul. 1946. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/24/1946/9461.htm>> Acesso em 12 abr. 2013.

BRASIL. Lei 883, de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 26 out. 1949. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm> Acesso em 20 jan. 2013.

BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm> Acesso em 20 jan. 2013.

BRASIL. Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 set. 1962. Disponível em: <http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/1962-004121-emc/4121-62.html> Acesso em 20 jan. 2013.

BRASIL. Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 dez. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm> Acesso em 12 abr. 2013.

BRASIL. Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm> Acesso em 21 jan. 2013.

BRASIL. Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 mai. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm> Acesso em 21 jan. 2013.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em 21 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito civil família e sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência. Recurso Especial n°. 992.749 – MS (2007/0229597-9). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Decisão em 01 de dezembro de 2009. Disponível em:
<http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2012_03_08_16_52_59_Material%203%AA%20Aula%20I%20-%20Prof.%20Carlos%20Cavalcanti%20-%2003-02-2012%20C0%2004-02-2012%20-%202.pdf> Acesso em 21 de abr. de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmulas do Supremo Tribunal Federal. Súmula n° 377. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. **Diário de Justiça da União**. Brasília 08 de mai. 1964. Disponível em:
<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0377.htm> Acesso em 22 mai. 2013.

CAHALI, Francisco José; HIRONAK, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Liberdade de contratar o regime patrimonial de bens no casamento: regimes mistos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e dignidade humana**. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 256-302.

CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima**: estudo crítico e propositivo. 2011. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das sucessões**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CLÓVIS, Beviláqua. **Direito da família**. Campinas: Red Livros, 2001.

CLÓVIS, Beviláqua. **Direito das sucessões**. Revisão e atualização Isaias Beviláqua. 5. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**: parte geral, tomo 1. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, v. 1.

COSTA, Carlos José de Castro. Sucessão do cônjuge à luz da constituição federal. **Revista de direito das famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v. 11, n. 14, p. 5-30, fev./mar. 2010.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COSTALUNGA, Karime. **Direito de herança e separação de bens**: uma leitura orientada pela constituição e pelo código civil. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DANELUZZI, Maria Helena Bracero. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 9 ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FIUZA, Ricardo. **Projeto de Lei da Câmara dos deputados n.º 6960, de 2002**. Dá nova redação aos artigos 2º, 11, 12, 43, 66, 151, 224, 243, 244, 246, 262, 273, 281, 283, 286, 294, 299, 300, 302, 306, 309, 328, 338, 369, 421, 422, 423, 425, 429, 450, 456, 471, 472, 473, 474, 475, 478, 479, 480, 482, 496, 502, 506, 533, 549, 557, 558, 559, 563, 574, 576, 596, 599, 602, 603, 607, 623, 624, 625, 633, 637, 642, 655, 765, 788, 790, 872, 927, 928, 931, 944, 947, 949, 950, 953, 954, 966, 977, 999, 1053, 1060, 1086, 1094, 1099, 1158, 1160, 1163, 1165, 1166, 1168, 1196, 1197, 1204, 1210, 1228, 1273, 1274, 1276, 1316, 1341, 1347, 1352, 1354, 1361, 1362, 1365, 1369, 1371, 1374, 1378, 1379, 1434, 1436, 1456, 1457, 1473, 1479, 1481, 1512, 1515, 1516, 1521, 1526, 1561, 1563, 1573, 1574, 1575, 1576, 1581, 1583, 1586, 1589, 1597, 1601, 1605, 1606, 1609, 1614, 1615, 1618, 1623, 1625, 1626, 1628, 1629, 1641, 1642, 1660, 1665, 1668, 1694, 1700, 1701, 1707, 1709, 1717, 1719, 1721, 1722, 1723, 1725, 1726, 1727, 1729, 1731, 1736, 1768, 1788, 1790, 1800, 1801, 1815, 1829, 1831, 1834, 1835, 1848, 1859, 1860, 1864, 1881, 1909, 1963, 1965, 2002, 2038 e 2045 da Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil", acrescenta dispositivos e dá outras providências.

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>>.

Acesso em: 16 jul. 2013.

FONTE, Eduardo da. **Projeto de Lei da Câmara dos deputados n.º 3075, de 2008**. Altera a redação do inciso I do art. 1.829, do art. 1.830, do art. 1.845 e revoga os arts. 1.831 e 1.832, todos do Código Civil. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=387838>>.

Acesso em: 16 jul. 2013.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Legislação do Brasil: Consolidação das leis do Brasil**. Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1876. Disponível em:

<<http://ia700505.us.archive.org/1/items/ConsolidaoDasLeisCivis/CLC.pdf>> Acesso em 12 abr. 2013.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Sucessão concorrential pelo cônjuge e pelo companheiro de acordo com o novo código civil. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 9, n. 18, p. 112-138, jul./dez. 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do código civil de 2002. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre. v.7, n. 29, p. 11-25, abr./maio 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões**. São Paulo: Atlas, 2003.

GÁSPERI, Luis de. **Tratado de derecho hereditario**. Buenos Aires: TEA, 1953.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre. v.7, n. 29, p. 88-127, abr./maio 2005.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. Revisão, atualização e aumento Mario Roberto Carvalho de Faria. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 7.

GONTIJO, Juliana. **Comentários ao título II do novo CC: arts. 1.639 a 1.722**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Juliana_Gontijo/Comentarios.pdf>. Acesso: em 02 fev. 2013.

HATEM, Daniela Soares. **A ordem de vocação hereditária no Código Civil de 2002: uma abordagem crítica**. 2009. 176 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

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

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil: direito das sucessões (arts.1.784 a 2.027.)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 21.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <<http://advogadacristina.blogspot.com.br/2011/04/principio-da-solidariedade-familiar.html>>. Acesso: em 21 set. 2013.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

- MADALENO, Rolf. **Do regime de bens entre os cônjuges**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha.(Coord.) *Direito de família e o novo código civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.55-71.
- MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito das sucessões no novo código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Juarez de oliveira, 2004.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. 1.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: dissolução da sociedade conjugal, eficácia jurídica do casamento**. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 37. ed. Atualização de Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. Fundamentos da sucessão legítima. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (Coord.) **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 663-687.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no código civil de 2002: uma abordagem à luz do direito civil constitucional. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre. v.8, n. 36, p. 139-169, jun./jul. 2006.
- NICOLAU, Gustavo Rene. Sucessão legítima: desacertos do sistema e proposta de alteração legislativa. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre. v.89, n.48, p. 40-53, jun./jul. 2008.
- NICOLAU, Gustavo Rene. Sucessão legítima no novo código civil. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre. v.9, n. 44, p. 48-58, out./nov. 2007.
- OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Curso de Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Andes, [1952 ?].
- OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1.
- OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Euclides de. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. **Revista Brasileira de Família**, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 26-44, abr./maio. 2005.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Revisão e atualização Carlos Roberto Barbo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 6 v.
- PETIT, Eugène Henri Joseph. **Tratado elementar de direito romano**. Tradução Jorge Luís Custódio Porto. 1. ed. Campinas: Russell, 2003.

PIETÁ, Janete Rocha. **Projeto de Lei da Câmara dos deputados n.º. 1878, de 2011**. Altera o inciso I do art. 1.829 da Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=513229>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

PORTUGAL Leis, etc.; ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes de. **Ordenações filipinas; ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei D. Filipe, o Primeiro**. São Paulo: Saraiva, 1957.

POUSADA, Estevan Lo Ré. **Preservação da tradição jurídica luso-brasileira**: Teixeira de Freitas e a introdução à consolidação das leis civis. 2006. 263 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

REALE, Miguel. O cônjuge no novo código civil. In REALE, Miguel. **Estudos preliminares do código civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003 p. 61-69.

REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 24, Ano 6, p. 205-228, out./dez. 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de justiça. Apelação Cível 70004348769, Relator: Des. Maria Berenice Dias, Rio Grande do Sul, 27 ago 2003. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/versao_impressao/imprimirjurisprudencia.php> Acesso em: 20 ago. 2013.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**: uma análise do novo código civil. 3. ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2011.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da Rocha. **Direito das sucessões**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ROCHA, Maria Vital da; SANTOS, Manuela Sales. **O regime matrimonial de separação convencional de bens: implicações no direito sucessório**. 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=119>>. Acesso: em 02 set. 2013.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: direito de família. Atualização de Francisco José Cahali. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: direito das sucessões. Atualização de Zeno Veloso. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENMANN, Max. Projeto de Lei da Câmara dos deputados n.º. 1792, de 2007. Dá nova redação ao inciso I do artigo 1829 da Lei n.º. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=275321>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Autonomia de vontade e os regimes matrimoniais de bens.** 2011. Disponível em: < <http://direitodefamiliares.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-autonomia-de-vontade-e-os.html>>. Acesso: em 05 fev. 2013.

TAHAYAMA, Hidekazu. **Projeto de Lei da Câmara dos deputados n.º 4908, de 2012.** Dá nova redação aos arts. 544, 1.561, 1.723, 1.789, 1.797, 1.829, 1.830, 1.831, 1.832, 1.836, 1.837, 1.839, 1.845, 1.846 e 2.003 da Lei n.º. 10.460, de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”, e ao art. 990 da Lei n.º. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que “Institui o Código de Processo Civil”, acrescenta e revoga dispositivos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564125>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil:** direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Método, 2013.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro.** São Paulo: Saraiva, 2010.

VERDE, Cleber. **Parecer do Projeto de Lei da Câmara dos deputados n.º 1792, de 2007.** Dá nova redação ao inciso I do artigo 1829 da Lei n.º. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=275321>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro:** Direito das sucessões. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.