

**Universidade Federal de Juiz de Fora
Faculdade de Direito
Graduação em Direito**

Larissa Zanetti Debussi

**A concorrência sucessória do cônjuge casado pelo regime da separação
convencional de bens à luz do princípio da proteção: uma crítica ao REsp
992.749/MS**

JUIZ DE FORA

2013

Larissa Zanetti Debussi

**A concorrência sucessória do cônjuge casado pelo regime da separação
convencional de bens à luz do princípio da proteção: uma crítica ao REsp
992.749/MS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal de
Juiz de Fora, na área de concentração de Direito
Civil, como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. ISRAEL CARONE RACHID

JUIZ DE FORA

2013

Larissa Zanetti Debussi

**A concorrência sucessória do cônjuge casado pelo regime da separação
convencional de bens à luz do princípio da proteção: uma crítica ao REsp
992.749/MS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal de
Juiz de Fora, na área de concentração de Direito
Civil, como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Aprovado em 21/03/2013

BANCA EXAMINADORA

Prof. Israel Carone Rachid - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a Flávia Lovisi Procópio de Souza
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. Isabela Gusman Ribeiro do Vale
Universidade Federal de Juiz de Fora

AGRADECIMENTO

Agradeço aos meus pais pelo amor e dedicação, e por terem sempre acreditado no meu sucesso; ao meu irmão, pela cumplicidade e amizade; aos meus professores, pela minha formação acadêmica, especialmente ao meu orientador, pelo conhecimento compartilhado; ao Gabriel, que esteve ao meu lado em mais esse momento da vida, aclarando minhas ideias e me acalmado nas horas de estresse e insegurança.

RESUMO

A presente pesquisa tem por finalidade analisar, com base no princípio da proteção do cônjuge sobrevivente, os fundamentos utilizados no julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 992.749/MS, em que, fundado em uma insólita interpretação do art. 1829, I do Código Civil, foi decidido que o cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens não faz jus à concorrência sucessória com os descendentes do falecido, tampouco ostenta a condição de herdeiro necessário. Para a concretização deste estudo, utilizou-se do método dedutivo, além de pesquisa jurisprudencial e bibliográfica. Concluímos neste trabalho que o novo entendimento sedimentado pelo STJ vai de encontro aos fundamentos que justificam a transmissão de bens *mortis causa*, como a consagração dos laços afetivos construídos em vida e o amparo ao consorte supérstite. Portanto, será demonstrado que o consorte sobrevivente casado pelo regime da separação convencional deve herdar, sim, os bens do autor da herança.

Palavras-chave: REsp 992.749/MS. Artigo 1.829,I, do Código Civil. Cônjuge. Proteção.

ABSTRACT

This research aims at analysing, based on the principle of the outliving spouse, the grounds over which the Superior Tribunal de Justiça based itself in order to judge the REsp 992.749/MS, in which it employed an unorthodox reading of the article 1829, I, of the Código Civil, to settle that spouses, in wedlock unions sorted by the conventional property division regime, are not eligible for succession contests with the offspring of the deceased, nor can she be regarded as the needful heir. The present study employs the deductive method, apart from jurisprudential and bibliographical research. We conclude that the novel understanding settled by the Superior Tribunal de Justiça substantiate the grounds which justify the transferring of property mortis causa, as the consecration of the affective bonds built in a lifetime, as well as the support to the outliving spouse. Therefore, we evince that the surviving consort whose union is ruled by the conventional division regime should be the inheritor of the deceased.

Keywords: Article 1.829, I, Civil Code. Spouse. Protection.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	07
2	OS FUNDAMENTOS DA SUCESSÃO <i>MORTIS CAUSA</i>	10
3	A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA POSIÇÃO DO CÔNJUGE NA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA	13
4	A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA SEGUNDO O ARTIGO 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL E A PROTEÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE	17
5	UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS DA INTERPRETAÇÃO CONFERIDA PELO STJ AO ART. 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	19
5.1.	SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS X SEPARAÇÃO CONVENCIONAL.....	19
5.2.	A AUSÊNCIA DE RESTRIÇÃO EXPRESSA À CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA NO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS.....	22
5.3.	O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS.....	27
6	CONCLUSÃO	33
	REFERÊNCIAS	36

1 INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça, através de sua Terceira Turma, em dezembro do ano de 2009, proferiu decisão inovadora no âmbito do Direito das Sucessões, nos autos do Recurso Especial 992.749, no qual figurou como Relatora a Ministra Nancy Andrighi.

O Recurso Especial foi interposto em face de Acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que deferiu o pedido de habilitação de viúva do autor de uma herança, na qualidade de herdeira necessária, em concorrência com os descendentes. Visavam os recorrentes a exclusão do cônjuge sobrevivente do rol de herdeiros do processo de inventário, sob o argumento de que o casal era casado pelo regime de separação convencional de bens, hipótese na qual, segundo eles, o cônjuge supérstite não tem direito à concorrência sucessória.

O STJ, por unanimidade, deu provimento ao recurso, entendendo que o cônjuge sobrevivente, casado pelo regime da separação convencional de bens firmado em pacto antenupcial, não tem direito à concorrência sucessória com os descendentes do falecido, tampouco ostenta a qualidade de herdeiro necessário. Tal decisão se embasou em interpretação do artigo 1.829, I do Código Civil, do seguinte teor:

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.¹

Foi seguida a orientação do Professor Miguel Reale, segundo a qual a expressão “separação obrigatória de bens” se aplica não só ao regime legal de separação de bens, mas também ao assim ajustado pelos nubentes mediante pacto antenupcial (regime de separação convencional), com a justificativa de que em ambos os casos é obrigatória a manutenção, em separado, do acervo patrimonial de cada cônjuge. Com efeito, para este autor, a separação obrigatória seria gênero que

¹ BRASIL. *Código Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

comporta duas espécies: a legal e a convencional, e a diferença entre elas residiria apenas na fonte que a originou – lei ou contrato.

Sendo assim, de acordo com esta linha de interpretação, a restrição imposta pelo art. 1829, I do Código Civil à concorrência sucessória abrangeria não só o regime de separação legal de bens, mas também o de separação convencional, de modo que em nenhuma destas hipóteses o cônjuge seria herdeiro necessário do autor da herança.

Ademais, a posição adotada preceitua que o artigo 1.829, I do Código Civil deve ser interpretado de forma sistemática, em conjunto com o artigo 1.687 do mesmo Código, devendo ser considerada a vontade dos cônjuges, que, ao estipularem o regime de separação de bens mediante pacto antenupcial, optaram por manter absolutamente separados os acervos patrimoniais de cada um. De acordo com a Ministra Relatora, referido pacto deve ser respeitado na vida e na morte, sob pena de se esvaziar o regime de separação convencional. A admissão da concorrência sucessória do cônjuge, nesse caso, significaria, segundo ela, uma alteração *post mortem* do regime matrimonial de bens, bem como uma violação do princípio da boa-fé objetiva, já que o cônjuge sobrevivente manifestou livremente sua vontade ao escolher o regime de bens, não podendo pleitear, após o falecimento do outro, direito do qual declinou.

Por derradeiro, foi sustentado, no julgado em questão, que a concorrência sucessória, nestas condições, confrontaria o princípio da exclusividade, que veda a interferência de terceiros e do próprio Estado nas escolhas feitas pelos membros da relação familiar.

Há de se ressaltar que a situação fática que serviu como pano de fundo da decisão em análise, consiste em um casamento que durou apenas dez meses, e, quando deste casamento, o autor da herança já havia construído todo o seu patrimônio e padecia de doença incapacitante. Ainda, na ocasião do casamento, o falecido contava com cinquenta e um anos de idade e a viúva, com vinte e um.

É possível perceber que o Superior Tribunal de Justiça partiu da premissa de que, ao optar pelo regime de separação convencional de bens, os cônjuges renunciam

não só ao direito à meação, mas também ao direito de herdar o patrimônio do autor da herança em concorrência com seus descendentes e à condição de herdeiro necessário. Diante disto, entendeu que o cônjuge casado pelo regime de separação convencional de bens não tem direito à meação nem à concorrência sucessória.

A despeito de a decisão produzir efeitos apenas entre os sujeitos da lide julgada, é forçoso admitir que irá repercutir na esfera de diversas famílias, na medida em que servirá de paradigma para orientar a jurisprudência dos tribunais pátrios, posto ser o STJ o intérprete maior da legislação federal.

Portanto, no presente trabalho, será realizada a análise dos fundamentos do *decisum* e da correção ou incorreção da premissa interpretativa adotada pelo STJ, à luz dos princípios que regem o direito das sucessões e o Direito de Família, sobretudo os princípios da solidariedade familiar e da proteção do cônjuge supérstite.

Pretendemos avaliar, ainda, alguns institutos específicos destes ramos do Direito Civil, tais como os regimes de bens da separação legal e convencional, a meação e a sucessão, para que possamos depreender se a decisão em questão se encontra em conformidade com seus verdadeiros significados.

Conforme será evidenciado no presente estudo, não se pode olvidar que, hodiernamente, a proteção, a união e a perpetuação da família vêm sendo admitidas como alguns dos principais fundamentos do direito sucessório. Neste sentido, o art. 5º, XXX da Constituição Federal de 1988 incluiu entre as garantias fundamentais o direito à herança, e o Código Civil de 2002 alçou o cônjuge à qualidade de herdeiro necessário e concorrente com descendentes e ascendentes.

Somente uma interpretação afinada com referidos princípios e fundamentos seria idônea para restringir o direito à herança, constitucionalmente garantido e historicamente consolidado.

2 OS FUNDAMENTOS DA SUCESSÃO *MORTIS CAUSA*

A história do Direito das Sucessões registra debates acirrados entre filósofos de correntes opostas e entre estes e juristas, que buscam justificar de diversas formas a transmissão do acervo de bens do autor da herança a determinadas pessoas. Os fundamentos atribuídos ao direito de herança variam de acordo com o momento histórico analisado e com a posição filosófica adotada.

Um dos fundamentos iniciais do direito da sucessão foi de ordem extrapatrimonial, mais especificamente de ordem religiosa, já que, na antiguidade, em países como Grécia e Roma, a religião tinha o fito de agregar a família. A propriedade também era considerada familiar, e a sucessão se traduzia na tomada de lugar do *de cuius* pelo varão mais velho, que passava a chefiar a família e a conduzir o culto doméstico. Entretanto, não havia transmissão de bens, haja vista que o patrimônio pertencia à família, não ao falecido.

A partir do momento em que a propriedade deixa de ser familiar para se tornar individual, a necessidade de se conservar o patrimônio dentro de um mesmo grupo, mantendo o poder da família, passa a ser o fundamento da sucessão.

Segundo alguns pensadores, como Cimbali, D'Aguano e Carlos Maximiliano, os alicerces do direito das sucessões correspondem à continuidade da vida humana ao longo das gerações.²

Em contrapartida, outros doutrinadores acreditam que o direito hereditário se justifica pelo direito de propriedade, já que esta – a propriedade - não pode ser extinta com a morte de seu titular, sob pena de se tratar de mero usufruto, pois possui caráter perpétuo. Dessa forma, a perpetuidade do direito de propriedade seria consagrada a partir da transmissão do patrimônio ao herdeiro.

Há, ainda, uma corrente que defende que a herança estimula o desenvolvimento

² CIMBALI; D'AGUANO; MAXIMILIANO apud GONÇALVES, 2007, p. 7.

da poupança, assegurando na descendência a continuação dos valores amealhados, o que impulsionaria o trabalho e a economia. A certeza de que o patrimônio adquirido seria transmitido aos herdeiros estimularia os indivíduos a pouparem.

Por outro lado, para os jusnaturalistas, a sucessão seria mera construção positivista, podendo ser abolida se sua extinção fosse socialmente conveniente.

Do mesmo modo, os socialistas negavam legitimidade ao direito de propriedade, na medida em que defendiam que todos os bens deveriam pertencer ao Estado e à sociedade, refutando, conseqüentemente, a transmissão de bens *mortis causa*.

Entretanto, a despeito das tantas tentativas de se justificar a sucessão de bens *post mortem*, o que se percebe é que, hodiernamente, com a evolução da sociedade, sobretudo no âmbito das famílias, vêm sendo admitidas como fundamentos precípuos do direito sucessório a proteção e a união familiar, de modo que o acervo patrimonial é deferido, nos ordenamentos civis atuais, aos parentes mais próximos e ao cônjuge do *de cuius*, em razão da afeição, real ou presumida, existente entre eles.

A família é a base da sociedade, como preconizado na Constituição Federal, e, por isso, é agasalhada pela proteção do Estado (art. 226, CRFB). A legislação constitucional e infraconstitucional incorpora e reflete os valores e princípios morais da sociedade que regula, emprestando-lhes conteúdo jurídico, não podendo se desassociar, de forma alguma, dos anseios e postulados éticos de seus cidadãos.

Assim, como preconizam os Mazeaud³, o direito sucessório se assenta na solidariedade familiar, que justifica a transmissão sucessória em decorrência de seu alcance moral, enrijecendo os laços e os vínculos familiares. Segundo estes doutrinadores, a eticidade da propriedade se revela quando os bens são utilizados como meios de cumprimento dos fins familiares.

No mesmo sentido, Rolf Madaleno leciona que:

Tem a sucessão, portanto, um sentido transcendente, eis que responde ao triunfo do amor familiar sobre a utópica pregação de cunho socialista

³ MAZEAUD, Henri, Léon e Jean. *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Quarta, vol.III, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976, p.146.

- de solidariedade social. Irrefutável consignar e ter bastante presente, que a herança visa a defender e a fortificar a família constituída pelo sucedido, repassando com a sua morte o patrimônio ao cônjuge e aos filhos, sujeitos de sua transcendência, personagens de estímulo à sua luta em vida e, colaboradores naturais da formação e produção da riqueza material que com a sua morte herdam e que não foi idealizada apenas, para que dela fossem meros usufrutuários.⁴

Com tais considerações, concluímos que o fundamento que justifica de forma mais razoável e ética a sucessão de bens *post mortem* está baseado nos laços afetivos familiares, na vontade do indivíduo de se perpetuar por gerações, e no compromisso moral de proteção da família.

⁴ MADALENO, Rolf. *Testamento, testemunhas e testamenteiro: uma brecha para a fraude*. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index.php?option=com_content&task=view&id=44&Itemid=39#_ftn1> . Acesso em 31 jan. 2013.

3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA POSIÇÃO DO CÔNJUGE NA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Até o início do século XX, os ordenamentos jurídicos brasileiros prescreviam que o cônjuge sobrevivente só seria chamado à sucessão se o falecido não houvesse deixado parentes até o 10º grau da linha colateral.

Em 1907, o Decreto nº 1.839 (Lei Feliciano Pena) promoveu uma importante alteração na ordem de vocação hereditária, dispondo que o cônjuge ficaria em terceiro lugar na linha sucessória, atrás apenas dos descendentes e ascendentes, deixando os colaterais na quarta colocação.

O Código Civil de 1916, em seu art. 1.603, reproduziu a ordem de vocação sucessória prescrita na Lei Feliciano Pena, atribuindo ao cônjuge a terceira posição na linha sucessória, e o art. 1.611 preconizava que, à falta de descendentes e ascendentes, a sucessão seria deferida ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal (redação alterada pela Lei do Divórcio).

Neste sentido, o Código de 1916 acertou em conceder ao cônjuge sobrevivente preferência na linha sucessória em relação aos colaterais. Segundo o emérito jurista Clóvis Beviláqua, a colocação do cônjuge supérstite à frente dos colaterais na ordem de vocação hereditária era uma necessidade moral indeclinável, tendo em vista a comunhão de afetos e interesses, e os mais íntimos laços de união existentes entre aquele e o falecido.

Em comentários ao art. 1.603 o civilista preconiza que:

Em rigor, o cônjuge supérstite deveria fazer parte das duas primeiras classes de sucessíveis, salvo se pelo regime do casamento lhe coubesse levantar a metade do patrimônio da família, porque, então, já estaria, economicamente, amparado.⁵

No entanto, no revogado Diploma Civil, o cônjuge era herdeiro facultativo, não

⁵ VELOSO, Zeno. *Direito Hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.20.

necessário, podendo ser excluído da sucessão pela via testamentária.

Não obstante, a legislação previa o direito do cônjuge sobrevivente não casado pelo regime de comunhão universal de bens ao usufruto vidual, de modo que enquanto os descendentes ou ascendentes ficavam com a nua propriedade dos bens objeto da sucessão, o cônjuge detinha o usufruto de uma quota parte destes bens. Ao cônjuge casado pelo regime de comunhão universal de bens, era conferido o direito real de habitação em relação ao imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único bem daquela natureza a inventariar.

O Código Civil de 2002, afinando-se ao texto constitucional, que assegura a proteção da família, apresentou mudanças substanciais no campo do Direito das Sucessões, sendo a preocupação pela estabilidade do grupo familiar ostentada em traços berrantes. Com o intuito de incentivar a conservação do patrimônio formado pelo *de cuius* e de atender à difundida preocupação de garantir o futuro não apenas dos filhos, mas também do cônjuge sobrevivente, preservando-o da adversidade, foi lhe conferida posição mais favorável na sucessão legítima. Assim, o CC/02 alçou o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, conjuntamente com os descendentes e ascendentes do falecido (art. 1.845), de modo que este terá garantida, pelo menos, a reserva da legítima. Com isso, repita-se, visa-se à proteção do cônjuge sobrevivente, que, ao tempo da morte do outro, não estava separado judicialmente, nem separado de fato há mais de dois anos, conforme preconiza o art. 1.830 do Diploma Civil.

Importa esclarecer que a condição de herdeiro necessário do cônjuge não depende do regime de bens do casamento, sendo clara e impassível de dúvidas a redação do art. 1.845: “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”.

Esta foi uma notável inovação no direito sucessório do cônjuge, tornando-o mais benéfico, pois se passa a considerar, então, que o vínculo conjugal, a afeição e a intimidade existentes entre consortes não são inferiores aos laços consanguíneos.

Nas palavras do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Massami Uyeda:

O Código Civil de 2.002 trouxe importante inovação, erigindo o cônjuge como concorrente dos descendentes e dos ascendentes na sucessão legítima. Com isso, passou-se a privilegiar as pessoas que, apesar de não terem qualquer grau de parentesco, são o eixo central da família.⁶

Ademais, a legislação civil em vigor não só conferiu ao cônjuge a condição de herdeiro necessário, mas a de herdeiro necessário privilegiado, pois, a despeito de ocupar a terceira classe dos sucessíveis, recolhendo a integralidade da herança na falta de descendentes e ascendentes, concorre com aqueles, na primeira classe, e com estes, na segunda, na forma do art. 1829, I e II do CC/02. Assim, permanece em terceiro lugar na ordem sucessória, mas não é mais excluído pelos descendentes e ascendentes na ordem de vocação hereditária.

Outra melhoria na posição do cônjuge é a extensão do direito real de habitação a todos os regimes de bens, não restringindo esta benesse àqueles casados pelo regime de comunhão universal tal como era feito no CC/16.

O atual Código não prevê mais o usufruto vidual acima mencionado, tendo o substituído pela concorrência em propriedade plena com descendentes e ascendentes, como dito alhures.

Assim, é possível constatar que no Código Civil de 2002 o legislador seguiu a atual tendência, estabelecendo a ordem de vocação hereditária de acordo com o vínculo afetivo familiar existente entre o falecido e os herdeiros. Neste sentido, partiu da premissa de que era da vontade do autor da herança assegurar estabilidade financeira e segurança primeiramente aos seus descendentes e a seu consorte, com quem partilhou a vida e o ajudou a construir o patrimônio deixado, dando-lhe apoio e afeto até o momento de sua morte.

Como leciona Giselda Hironaka:

O legislador parece ter-se enquadrado entre aqueles que veem como fundamento do direito sucessório não apenas o direito de propriedade em sua inteireza como também o direito de família, com o intuito de

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 954.567/PE, Relator Ministro Massami Uyeda. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

protegê-la, uni-la e perpetua-la.⁷

No presente trabalho, traduzimos esse inovador amparo ao cônjuge sobrevivente no que chamamos de *princípio da proteção*, que deve ser levado em consideração na elaboração das regras sucessórias, como fez o atual Código Civil, e na aplicação prática do direito hereditário.

⁷ HIRONAKA, 2007 apud GONÇALVES, 2007, p. 11.

4 A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA SEGUNDO O ARTIGO 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL E A PROTEÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

O art. 1.829, I, do Código Civil preceitua que:

Art. 1829. 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.⁸

Como se percebe, a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes do falecido depende do regime de bens do casamento.

Da redação do referido dispositivo depreende-se, ainda, que o legislador tencionou conferir direito à concorrência sucessória com os descendentes do falecido ao cônjuge que, em virtude do regime de bens adotado, não faz jus à meação, justamente para que este não fique patrimonialmente desamparado com o falecimento de seu consorte. Assim, exclui deste direito o cônjuge casado pelo regime da comunhão universal de bens, porquanto este já tem direito à meação de todo o patrimônio do autor da herança, ressalvadas as restrições legais; na mesma toada, preconizou que no regime de comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente só concorreria com os descendentes caso o falecido houvesse deixado bens particulares, pois já teria direito à meação no que tange aos bens comuns.

Devemos atentar ao fato de que o art. 1.829, I, do Código Civil traz a concorrência sucessória do cônjuge como regra, pontuando e deixando expressas as exceções. É a partir da análise destas exceções que se extrai o critério que guiou o legislador na elaboração da regra de concorrência entre descendentes e cônjuges: há herança quando não há meação, já que o cônjuge não necessita ser duplamente beneficiado, e os descendentes também não podem ser prejudicados. Aprofundando-nos mais no espírito da lei, podemos dizer que é a proteção do cônjuge sobrevivente o

⁸ BRASIL. *Código Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

alicerce de tal regra sucessória.

Esta é a interpretação conferida pela maior parte da doutrina ao artigo acima transcrito, tendo em vista a necessidade de se amparar o consorte, presumindo-se que era vontade do falecido beneficiar aquele com quem construiu um patrimônio, e, principalmente, comungou afeto e interesses, até o momento da morte.

Assim sinalizam Flávio Tartuce e José Fernando Simão: “A premissa que se adota para a interpretação do dispositivo em questão é a intenção do legislador em não deixar o cônjuge sobrevivente em desamparo ao concorrer com os descendentes”.⁹

Na mesma esteira, foi esta aceção que ensejou a aprovação do Enunciado n. 270, na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários ocorrida em Brasília no ano de 2004, segundo o qual:

O art. 1829, 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 aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.¹⁰

Dessa forma, adotando o princípio da proteção do cônjuge sobrevivente como premissa interpretativa do dispositivo em questão, no regime de separação convencional, o cônjuge teria, sim, direito à concorrência sucessória com os descendentes do falecido, na medida em que, salvo disposição em contrário no pacto antenupcial, ele não teria direito à meação, por inexistirem bens comuns.

⁹ SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 152.

¹⁰ ENUNCIADOS Aprovados – III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/iiijornada.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

5 UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS DA INTERPRETAÇÃO CONFERIDA PELO STJ AO ART. 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

No julgamento do REsp 992.749/MS, o Superior Tribunal de Justiça conferiu nova interpretação ao art. 1.829, I do Código Civil, baseada nas lições do jurista Miguel Reale, segundo o qual o cônjuge casado no regime de separação convencional de bens não faz jus à concorrência sucessória com os descendentes do *de cujus*.

Contudo, os fundamentos que embasaram a decisão em tela são frágeis, incapazes de sustentar a restrição ao direito de herança, um direito fundamental previsto no art. 5º, XXX da Constituição Federal, porquanto vão de encontro aos fundamentos e aos fins contemporâneos do Direito das Sucessões já expostos no presente trabalho, bem como aos princípios do Direito de Família.

A análise de tais fundamentos será realizada a seguir.

5.1 SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS x SEPARAÇÃO CONVENCIONAL

Ao julgar o REsp 992.749/MS, em que os recorrentes visavam à exclusão do cônjuge sobrevivente do rol de herdeiros no processo de inventário, sob o argumento de que o casal era casado pelo regime de separação convencional de bens, o STJ seguiu o entendimento do saudoso Professor Miguel Reale, asseverando que a separação obrigatória referida no art. 1829,I do CC/02 é gênero que comporta duas espécies: a separação legal e a convencional, e o único elemento que as difere é a fonte que as originam – lei e contrato, respectivamente.

Dessa forma, de acordo com essa teoria, ambas as espécies de separação seriam obrigatórias, uma vez que:

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

parágrafo único do art. 1.641.¹¹

Com base nisso, concluiu que o art. 1.829, I do CC/02 exclui da concorrência sucessória tanto o cônjuge casado no regime de separação legal como o casado no regime de separação convencional, de forma que estes não serão, em hipótese nenhuma, herdeiros necessários do autor da herança.

Todavia, em que pese o brilhantismo das lições do Professor Miguel Reale, a teoria exposta confronta a essência dos regimes de bens da separação legal – esta sim obrigatória – e da separação convencional.

A dicotomia entre as duas modalidades de separação de bens é clássica e cediça. A separação obrigatória de bens é, como o próprio nome diz, imposta por lei, para penalizar os nubentes que contrariaram a orientação legal de que não deveriam se casar. Isso porque o art. 1.523 do CC/02 dispõe sobre as hipóteses em que não deve haver o casamento, também chamadas de causas suspensivas, e o art. 1.641, I, do mesmo código preconiza que será obrigatório o regime de separação de bens no casamento das pessoas que o contraírem em inobservância das referidas causas suspensivas. Este regime também é imposto às pessoas maiores de 70 (setenta) anos, e àqueles que dependerem de suprimento judicial para casar (art. 1.641, II e III, Código Civil).

Em contrapartida, a adoção do regime de separação convencional de bens resulta da vontade, da livre escolha dos nubentes concretizada mediante pacto antenupcial.

Como se vê, na separação legal, a lei obstaculiza a vontade dos nubentes, ao passo que na separação convencional ela a consagra.

Há de ser considerado que o legislador excluiu o cônjuge casado no regime da separação legal da concorrência sucessória com os descendentes do falecido em virtude da penalidade lhe imposta por ter contrariado as causas suspensivas previstas em nosso Código Civil, não existindo razão para impor semelhante punição aos que

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 992.749/MS. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Brasília, 01 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 jun. 2012.

optaram, com respaldo da lei, por casar no regime de separação convencional de bens.

Ademais, não se pode olvidar que com a Súmula 377 do STF, segundo a qual “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, amplamente aplicada pelos tribunais pátrios, o cônjuge casado pelo regime da separação legal de bens tem direito à meação dos aquestos, findo o casamento. Assim, não fica patrimonialmente desprotegido ao ser excluído da concorrência sucessória pelo art. 1.829, I do CC/02.

Já no regime de separação convencional não há a comunicação de nenhum bem com o fim do matrimônio, pelo que, seguindo o espírito da lei, em que o consorte sobrevivente fará jus à concorrência sucessória quando não tem direito à meação, o cônjuge sobrevivente ostentará, sim, a condição de herdeiro concorrente.

Por outro lado, uma análise do Código Civil de 2002 permite-nos perceber que o legislador não utilizou o termo “separação obrigatória de bens” como gênero, mas sim como espécie, visto que no art. 1.641 estão elencadas as hipóteses em que a separação de bens é realmente obrigatória, ao passo que no art. 1.687 está regulado o regime em que a separação de bens é convencionalizada entre os cônjuges. Caso as duas espécies de separação fossem obrigatórias, como aduzido no julgado em apreço, não haveria razão para estarem disciplinadas de forma separada na Lei Civil. E mais: nesse caso, o capítulo VI, título II do Livro IV do Código Civil não seria denominado “DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS”, mas sim “DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS”.

Diante disso, podemos concluir que o gênero é o termo “separação de bens”, do qual nascem as duas espécies: separação obrigatória (legal) e separação convencional.

Por questões de técnica legislativa, é mantida uma paridade nas terminologias utilizadas para designar os institutos, facilitando a compreensão e a aplicação da lei. Assim, no art. 1.829, I do CC/02, o legislador manteve o termo “separação obrigatória” para se referir tão somente às hipóteses previstas no art. 1.641, em que a separação de bens é imposta legalmente pelos motivos já explicados, não excluindo da concorrência sucessória o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens.

Por todo o exposto, não é difícil perceber que o STJ ignorou todo o tratamento dado pela doutrina às categorias da separação legal e da separação convencional de bens, buscando atribuir conceito isolado aos institutos, de modo a justificar uma decisão também isolada.

Destarte, o entendimento de que a separação convencional está incluída nas exceções contidas no art. 1.829, I, do Código Civil só poderia prosperar se houvesse uma alteração legislativa que eliminasse o adjetivo “obrigatória” que qualifica o substantivo “separação”, consoante anota os doutrinadores Zeno Veloso¹² e Carlos Alberto Dabus Maluf.¹³

5.2 A AUSÊNCIA DE RESTRIÇÃO EXPRESSA À CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA NO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

Conforme exposto, o Código Civil de 2002 estabeleceu uma nova ordem de vocação hereditária, revolucionando o campo do Direito das Sucessões ao determinar a concorrência do cônjuge com descendentes e ascendentes. Ao mesmo tempo, várias polêmicas e críticas surgiram em relação ao dispositivo que regula a ordem sucessória, mais especificamente ao inciso I do art. 1.829, em decorrência de sua redação confusa, o que ensejou vários projetos de lei visando à sua modificação.

Formaram-se, assim, na doutrina e na jurisprudência, divergentes opiniões acerca de em quais regimes matrimoniais e em relação a quais bens o cônjuge concorreria com os descendentes, cada uma apontando para uma solução oposta em relação à outra, sendo interessante transcrever as palavras críticas de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Um fato nos parece absolutamente certo, contudo, nos casos de concorrência sucessória, aos quais nos referimos como de difícil ou complicada a solução do dimensionamento dos quinhões para cada concorrente, em razão do que existe na Legislação Civil de 2002: os

¹² VELOSO, Zeno. *Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70.

¹³ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A sucessão do cônjuge...* Disponível em: <http://www.direitofamilia.net/?pagina=detalhaartigo&idartigo=64>. Acesso em: 31 jan. 2013.

eventuais desacertos, ou as eventuais decisões judiciais que acontecem aqui e ali, neste país imenso, não resultam, ao menos desta feita, de insuficiência ou desmando judiciário, mas tão somente da falha do legislador, por ter produzido, não acidentalmente, um vazio de previsão.¹⁴

Contudo, a nosso ver, no que tange ao regime de separação convencional de bens, a norma esculpida no art. 1.829, I do CC/02 é clara: o cônjuge que optou por referido regime matrimonial concorre com os descendentes do falecido na sucessão de seus bens, visto não estar abrangido pela exceção expressa no referido dispositivo.

O professor Miguel Reale, defensor da exclusão do cônjuge casado pelo regime da separação de bens da concorrência sucessória prevista no artigo em análise, cuja posição já foi explicitada no presente trabalho, conclui sua tese com a seguinte nota:

Se no entanto, apesar da argumentação por mim desenvolvida, ainda persistir a dúvida sobre o inc. I do art. 1.829, o remédio será emenda-lo, eliminando o adjetivo “obrigatória”.¹⁵

Em contrapartida, Carlos Alberto Dabus Maluf aduz que:

Com efeito, se o próprio articulista entende que deverá haver uma alteração legislativa para deixar claro que o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens não é herdeiro necessário, nos é lícito concluir que enquanto não ocorrer a alteração por ele proposta o cônjuge que convolou núpcias no regime da separação convencional de bens é sim herdeiro necessário. De mais a mais, a norma em debate é clara e “in claris cessat interpretativo”. Assim, concluímos que o cônjuge sobrevivente casado no regime da separação convencional de bens é herdeiro necessário, não estando abrangido pelas exceções previstas no inciso I do art. 1.829 do Código Civil de 2002 e, que só perderá ele esta condição quando ocorrer uma alteração legislativa eliminando o adjetivo “obrigatória”.¹⁶

Comungamos com o entendimento acima transcrito, pois até mesmo uma leitura perfunctória do artigo 1.829, I, do Código Civil, permite-nos perceber que a regra estabelecida pelo legislador é a concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes, que só não ocorrerá em três hipóteses expressamente indicadas: se o regime de bens do casamento era o da comunhão universal, o da separação obrigatória

¹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira (coord). *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 20 v. Comentários de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

¹⁵ REALE, Miguel apud SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio, 2012, p. 164.

¹⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A sucessão do cônjuge...* Disponível em: <http://www.direitofamilia.net/?pagina=detalhaartigo&idartigo=64>. Acesso em: 31 jan. 2013.

ou o da comunhão parcial, sem que o falecido houvesse deixado bens particulares. Como se vê, o regime da separação convencional de bens não foi incluído nas exceções previstas, razão pela qual se conclui que, nesse caso, o cônjuge ostentará, sim, a qualidade de herdeiro concorrente e necessário.

Para que prevalecesse a posição de Miguel Reale, seria necessária uma alteração legislativa, eliminando o adjetivo “obrigatória”, que sucede o substantivo “separação”. Tal alteração só atingiria as sucessões abertas após sua efetivação.

Impende mencionar, por oportuno, os Projetos de Lei nº 4.775/2005 e 1.792/2007, que dão nova redação ao art. 1.829, I, do CC/02, excluindo a expressão “obrigatória” do dispositivo, e retirando, conseqüentemente, do cônjuge casado pelo regime da separação convencional a condição de herdeiro concorrente e necessário. Tais projetos baseiam-se nos mesmos fundamentos esposados pelo STJ no Recurso Especial analisado, fundamentos estes extremamente frágeis, como está sendo demonstrado no presente trabalho.

No entanto, os referidos Projetos encontram-se na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, e a alteração por ele implicada só vigorará caso sejam aprovados.

Portanto, a decisão do Superior Tribunal de Justiça viola diretamente o preceito contido no art. 1.829, I, do Diploma Civil, haja vista que ainda não foi aprovada nenhuma alteração legislativa que exclua o regime da separação convencional de bens da concorrência sucessória com os descendentes do autor da herança, e não cabe ao intérprete restringir o que a lei não restringe.

Além disso, a decisão em análise vai de encontro ao disposto no art. 1.845 do Código Civil, que atribui ao cônjuge a qualidade de herdeiro necessário independentemente do regime de bens adotado.

O que nos parece é que o STJ decidiu de acordo com o caso concreto, para evitar um possível “golpe do baú”. É que, no caso julgado, o falecido possuía cinquenta e um anos de idade, e a viúva, vinte e um. Além disso, quando se casaram, o autor da herança já havia formado seu patrimônio, e padecia de doença incapacitante. Por fim,

temos o fato de que o casamento durou apenas dez meses.

É certo que as circunstâncias fáticas do caso concreto não podem ser esquecidas quando da análise de um recurso, para que sejam evitados resultados injustos e ineficazes. Entretanto, o STJ é um Tribunal Superior, cuja função precípua é interpretar e uniformizar a aplicação da legislação federal, e não reanalisar fatos e provas. Suas decisões orientam os tribunais inferiores, de modo a gerar maior segurança jurídica àqueles que buscam o Poder Judiciário para a solução de suas querelas. Assim, decisões casuísticas devem ser evitadas, pois, ao passo que resolvem o problema em espécie, criam muitos outros, gerando grande incerteza e dúvida para a jurisprudência e doutrina nacionais.

Fato que reforça a ideia de que a decisão dada no Recurso Especial analisado foi casuística e influenciada por uma situação atípica, é que o próprio STJ, no REsp 1.111.095/RJ já havia reconhecido que a premissa utilizada para interpretar o art. 1.829, I, do Código Civil é a necessidade de se proteger o cônjuge que poderá ficar desamparado com a morte do outro. Nas palavras do ilustre Ministro Carlos Fernando Mathias, relator do aludido recurso:

Não se nega, todavia, que a alteração engendrada na norma civil, alçando o cônjuge supérstite à condição de herdeiro necessário, tem justamente o escopo de protegê-lo nas hipóteses em que desprovido o mesmo do recebimento de eventual meação advinda do regime matrimonial adotado.¹⁷

E mais. O Ministro Massami Uyeda, que compôs o julgamento do Recurso Especial objeto de análise no presente trabalho, acompanhando integralmente o voto da Ministra relatora, já havia se manifestado, no julgamento do REsp 954.567/PE, no qual foi relator, em sentido diametralmente oposto ao posicionamento ora questionado, afirmando que:

Observa-se que, em nenhum momento o legislador condicionou a concorrência entre ascendentes e cônjuge ao regime de bens adotado no casamento, ao contrário do que fora disposto no inciso I do art. 1.829 do Código Civil, em que **o cônjuge supérstite concorrerá com os descendentes, salvo se casado no regime de comunhão universal,**

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.111.095/RJ, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias. Brasília, 01 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

no de separação obrigatória, ou no de comunhão parcial, se o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Ademais, não se pode olvidar a qualidade de herdeiro necessário do cônjuge sobrevivente, que, por si só, lhe garante o direito à concorrer na legítima com o ascendente do finado. (Grifo nosso).¹⁸

É importante ressaltar que a própria Ministra Nancy Andrighi, quem relatou o REsp 992.749/MS e proferiu a decisão aqui combatida, acompanhou o voto dado pelo Ministro Massami Uyeda no julgamento do recurso acima citado.

Desse modo, não se pode tomar a interpretação adotada no REsp 992.749/MS como paradigma para todas as hipóteses de concorrência sucessória do cônjuge casado no regime da separação convencional de bens, porquanto a situação matrimonial que ensejou tal posicionamento é peculiar e específica, não correspondendo à maioria dos casamentos.

Não obstante a força normativa dos precedentes, os tribunais inferiores ainda não se afinaram ao posicionamento adotado pelo STJ, e, em sua maioria, seguem a interpretação aqui defendida nas decisões atinentes ao direito do cônjuge casado pelo regime da separação convencional concorrer com os descendentes do falecido. A resistência dos magistrados em seguir o novo entendimento esposado pelo Tribunal Superior é natural, na medida em que este é minoritário, não encontrando coro na doutrina ou sequer na jurisprudência anterior ao REsp 992.749/MS, mostrando-se uma verdadeira inovação no ordenamento jurídico.

A título de exemplo, seguem ementas de julgados atuais dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - ARROLAMENTO SUMÁRIO - EXCLUSÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE - SEPARAÇÃO UNIVERSAL DEBENS - REGIME CONVENCIONAL E NÃO OBRIGATÓRIO - DIREITO À SUCESSÃO LEGÍTIMA - INTELIGÊNCIA DO ART. 1829, I, DO CC/02.
 1. Não há falar em cerceamento de defesa se a parte teve acesso aos autos e aos documentos acostados.
 2. **O art. 1.829, inciso I, do CC/02, prevê o direito**

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 954.567/PE. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 10 de maio de 2011. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

do cônjuge sobrevivente à sucessão legítima em concorrência com os descendentes, não configurando óbice o regime convencional da separação universal de bens, porquanto a exceção prevista na norma diz respeito ao regime de separação obrigatório previsto no art. 1640, parágrafo único, do mesmo diploma legal.¹⁹ (grifo nosso).

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO Inventário. Viúva casada em regime de separação convencional de bens. Possibilidade de ser mantida como herdeira do acervo do “de cujus”. Hipótese não excepcionada no art. 1.829, I, do Código Civil, que contempla o regime de separação obrigatória de bens. Decisão mantida.²⁰

INVENTÁRIO. ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE COM OS FILHOS. CABIMENTO. 1. A lei que rege a capacidade sucessória é aquela vigente no momento da abertura da sucessão. Inteligência dos art. 1.787 do CCB. 2. **Tendo o casamento sido realizado pelo regime da separação convencional de bens, o cônjuge supérstite deve ser chamado para suceder, concorrendo com os filhos do casal aos bens deixados pelo falecido. Inteligência do art. 1.829, inc. I, do CCB.** 3. Depois de ter sido nomeado perito e oferecido o laudo com a apuração dos haveres, descabe oportunizar a nomeação de assistentes técnicos.²¹ (grifo nosso).

5.3 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

Outro argumento suscitado para embasar a decisão em análise foi o respeito à autonomia da vontade dos cônjuges. Isso porque, segundo o entendimento assentado pelo STJ, ao optarem pelo regime da separação de bens, os nubentes decidem ter patrimônios totalmente distintos, estipulando a incomunicabilidade dos bens na vida e na morte. Assim, não gostariam que o cônjuge sobrevivente fosse alçado à condição de herdeiro em concorrência com os descendentes, devendo este, pois, ser excluído da sucessão, como forma de se observar a vontade livremente manifestada pelo casal.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Civil n. 1.0479.03.050346-6/001. Relator Elpídio Donizetti. Belo Horizonte, 24 de julho de 2012. Disponível em: <[http://: www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>. Acesso em: 04 fev. 2013.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 0067399-32.2012.8.26.0000. Relator Desembargador Gilberto de Souza Moreira. São Paulo, 20 de outubro de 2012. Disponível em: <[http://:www.tjst.jus.br](http://www.tjst.jus.br) >. Acesso em: 04 fev.2013.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70020919817. Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 24 de outubro de 2007. Disponível em: <[http://:www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>. Acesso em: 04 fev. 2013.

É o que se depreende das palavras da Ministra Nancy Andrighi:

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 distintos, 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.

(...)

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 nada, nem em vida.²²

Portanto, o STJ defendeu que deve ser conferida ao art. 1.829, I, do CC/02 uma interpretação sistemática e harmônica com os princípios e os demais dispositivos que regem a matéria, sobretudo o art. 1.687 do mesmo Código, sob pena de se provocar a morte do regime de separação de bens.

Concordamos com o STJ no que tange à necessidade de se interpretar o mencionado dispositivo à luz dos princípios e fundamentos que regem o Direito de Família e das Sucessões. Contudo, de tal conclusão resulta que a decisão do Tribunal marcha em contramão da direção da evolução destes campos do Direito.

Isso porque, como explicado no início do presente trabalho, a legislação sucessória brasileira e estrangeira tem evoluído no sentido de conferir maior proteção ao cônjuge sobrevivente, o amparando patrimonialmente após a morte de seu consorte. Esta alteração na condição do cônjuge se justifica pelo fato de que, hodiernamente, se admite como fundamento precípua da sucessão *mortis causa* o vínculo de afeto existente entre o falecido e seus herdeiros.

Dessa forma, uma interpretação sistemática do art. 1.829, I, do CC/02 com os princípios e as diretrizes teóricas que regem a matéria nos conduziria à conclusão de que o regime de separação convencional está abrangido pela regra do referido

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 992.749/MS. Relatora Ministra. Nancy Andrighi. Brasília, 01 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 jun. 2012.

dispositivo, segundo a qual o cônjuge ostenta a qualidade de herdeiro concorrente, consagrando-se o que neste trabalho denominamos princípio da proteção.

Por outro lado, não há que se falar em violação ao art. 1.687 do mesmo código e ao regime de separação de bens, na medida em que a argumentação desenvolvida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, com a devida *venia*, acabou por confundir os institutos da meação e da herança.

A meação é instituto do Direito de Família, varia conforme o regime de bens adotado e preexiste ao falecimento do cônjuge, devendo ser realizada sempre que dissolvida a sociedade conjugal. Assim, cada cônjuge é coproprietário dos bens comuns, e, dissolvendo-se o matrimônio, seja por divórcio ou pela morte, extingue-se o condomínio, e o cônjuge sobrevivente receberá 50% do acervo adquirido conjuntamente, o que corresponde à meação. Observa-se que o montante a ser recebido a partir da meação já lhe pertencia anteriormente.

Noutro giro, a herança é instituto do Direito das Sucessões, e compreende os bens de propriedade exclusiva do falecido, não obstante posições contrárias cuja abordagem não é pertinente neste trabalho. É este patrimônio que será transmitido aos sucessores legítimos e testamentários do autor da herança.

Sendo assim, quando optam pelo regime da separação convencional de bens, os nubentes estão renunciando tão somente à meação, posto não haver, em regra, a comunicabilidade de bens em tal regime. Isso não significa dizer que estarão, também, abdicando de seu direito de participar da concorrência sucessória quando do falecimento de um dos consortes.

O patrimônio de cada um se manterá independente, desassociado em vida, durante o casamento, como impõe o regime de bens escolhido pelo casal; entretanto, esta situação não há de ser estendida após a morte de um dos cônjuges, quando então são aplicáveis as regras do direito sucessório. O regime de bens vigora durante o casamento, e não após este ter se findado, quer por divórcio quer pela morte.

Nas palavras de Zeno Veloso:

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.²³

Diante disso, a concorrência sucessória do cônjuge casado pelo regime da separação convencional não implicaria em violação ao art. 1.687, pois este dispõe sobre a separação do patrimônio do casal em vida, e, como dito, prevê apenas a inexistência de meação, não de herança.

O regime de bens terá sido respeitado, porquanto não haverá meação de bens após a morte de um dos cônjuges. Ocorrerá somente a repartição dos bens particulares do falecido conforme as regras sucessórias.

Na mesma esteira, a vontade dos nubentes não é ferida, pois, conforme explicado, ao estipular a separação de bens como regime a reger o matrimônio, abdicam apenas do direito à meação, face à inexistência de patrimônio comum.

Por outro lado, o entendimento assentado pelo STJ no recurso especial analisado não poderia prosperar ainda que se considerasse que a vontade dos nubentes, ao optarem pelo regime da separação convencional de bens, é de garantir a incomunicabilidade dos patrimônios tanto em vida como na morte, isto é, que desejam que o outro não herde nenhuma parte de seus bens após seu falecimento. É que o princípio da autonomia privada não é absoluto, sendo mitigado com o intuito de beneficiar e resguardar o próprio indivíduo, garantindo-lhe um patrimônio mínimo após a morte de seu consorte, o que corresponde à reserva da legítima.

Não podemos ficar alheios à essência protecionista do Estado no qual estamos inseridos, que erigiu a família como um valor constitucionalmente previsto, assegurando sua proteção. Assim, não se está defendendo a limitação injustificada da vontade do casal, mas sim uma restrição em prol de outros valores e interesses, tal como a

²³ VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71.

proteção do cônjuge supérstite, e que promova a concretização dos princípios constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana.

Como bem observam Flávio Tartuce e José Fernando Simão:

Não quis o legislador permitir que o falecido deixasse o cônjuge em desamparo. Cercou, limitou e restringiu de maneira eficaz a vontade do morto, que terá que garantir ao cônjuge supérstite pelo menos seu quinhão da legítima.²⁴

Ademais, ainda no que tange à questão da vontade dos cônjuges, podemos apontar outra falha presente na fundamentação utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça: se se considerasse como correto o fundamento de que o direito sucessório do cônjuge sobrevivente é incompatível com o regime da separação de bens, ter-se-ia que se admitir, por questões de coerência, a exclusão daquele que se casou neste regime, da concorrência sucessória com os ascendentes do falecido, retirando-o até mesmo da terceira posição na ordem sucessória, de modo que, caso o autor da herança não tivesse deixado descendentes nem ascendentes, seus bens seriam herdados pelos colaterais até o quarto grau (art. 1839, Código Civil). Isso significa dizer que o acervo patrimonial poderia ser herdado por pessoas completamente distantes do *de cuius*, que nunca participaram de sua vida e nunca formaram com ele um vínculo afetivo. Ainda, na ausência de colaterais, seus bens seriam destinados ao Município, ao Distrito Federal ou à União, de acordo com o art. 1.844 do Código Civil, apesar da existência do cônjuge sobrevivente e do convívio de anos firmado entre este e o falecido, somente porque seu casamento era regido pelo regime de separação convencional de bens.

Ora, se a vontade dos cônjuges é violada quando da inclusão do consorte sobrevivente na concorrência sucessória com os descendentes do falecido, por terem optado pela separação do patrimônio em vida e em morte, como afirmado pelo Tribunal Superior, também estaria sendo ferida nos outros casos acima especificados.

Contudo, tal solução é totalmente descabida, por ser incompatível com nossa legislação civil, uma vez que o cônjuge concorre com os ascendentes do falecido e figura na terceira posição da ordem de vocação hereditária qualquer que seja o regime

²⁴ SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 163.

de bens, nos termos dos incisos II e III do art. 1.829 do Código Civil. No mesmo sentido, o art. 1.845 do Código Civil também não impõe restrições à qualidade de herdeiro necessário do cônjuge sobrevivente.

Além disso, o casamento gera o dever de mútua assistência entre os consortes, devendo estes oferecerem respaldo um ao outro, tanto afetiva como financeiramente. Em que pese a morte gerar a dissolução da sociedade conjugal, as obrigações do finado continuam híidas, não podendo o cônjuge sobrevivente ser deixado ao desamparo, enquanto o patrimônio do falecido é destinado a pessoas que possivelmente não mantiveram laços de afeto com o mesmo, como explicitado anteriormente.

Sob outro prisma, a interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil adotada pelo STJ quanto ao regime da separação convencional de bens também guarda uma contradição com o tratamento dado no caso da sucessão no regime da comunhão parcial de bens, como bem anota o doutrinador Mauro Antonini:

Seria incoerente assegurar ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que sejam os únicos deixados pelo *de cujus*, e não conferir o mesmo direito ao casado pela separação convencional. Quando se casaram pela comunhão parcial, o intuito foi evitar a comunicação dos bens anteriores ao casamento. Apesar dessa opção dos nubentes, na sucessão, o viúvo terá participação hereditária nesses bens. Pela mesma razão deve ser assegurada cota na herança dos bens particulares quando se trata de separação convencional.²⁵

Sequer no revogado Código Civil de 1.916, em que a situação hereditária do cônjuge era menos expressiva, o regime de separação convencional acarretava a vedação a direito sucessório do cônjuge sobrevivente. Há ainda menos razão para tal vedação ocorrer no atual sistema civil, em que se ampliou notavelmente a proteção conferida ao consorte. Do contrário, estaríamos vivendo um retrocesso jurídico.

²⁵ ANTONINI, Mauro et al. *Código Civil Comentado*. 6ª ed. Barueri: Manolo, 2012, p. 2204.

6 CONCLUSÃO

A decisão proferida no REsp 992.749/MS, pelo Superior Tribunal de Justiça, em dezembro do ano de 2009, foi de encontro ao direito do cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens, no tocante à concorrência sucessória com os descendentes do falecido, haja vista o disposto no art. 1.829,I, do Código Civil de 2002, o qual explicita que o legislador pretendeu conferir tal direito àqueles que não fazem jus à meação, em uma clara intenção de protegê-los patrimonialmente.

A evolução do Direito das Sucessões, especialmente do direito hereditário do cônjuge sobrevivente em nosso ordenamento jurídico, bem como os fundamentos nos quais se baseia a transmissão de bens *mortis causa*, permitem a conclusão de que, atualmente, são a união familiar, a proteção patrimonial dos herdeiros e os laços afetivos existentes entre estes e o falecido os alicerces sobre os quais se apoia o direito sucessório.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça, relativa ao REsp 992.749/MS, no sentido de que o cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens não faz jus à concorrência sucessória com os descendentes, ou sequer ostenta a qualidade de herdeiro necessário, não se coaduna com os princípios e regras civis, pois tem cunho estritamente patrimonialista, visto que não considerou que a solidariedade familiar e a dignidade do cônjuge sobrevivente são os fundamentos precípuos da transmissão da herança.

Inegavelmente, o Superior Tribunal de Justiça desconsiderou a terminologia utilizada no Código Civil de 2002 e as peculiaridades e diferenças existentes entre os regimes da separação obrigatória e da separação convencional de bens, considerando-os ambos regimes de separação obrigatória, para justificar a exclusão do cônjuge casado pelo segundo regime de bens da concorrência sucessória prevista no art. 1.829,I, da Lei Civil, em uma decisão isolada e casuística. Aquela decisão se revelou casuística, por enfrentar uma situação fática que teve como pano de fundo um casamento que durou apenas dez meses, em que a diferença de idade entre os cônjuges era de trinta anos, e que fora realizado após o autor da herança já ter

construído todo o seu patrimônio e quando o mesmo já padecia de doença incapacitante.

Aquela decisão, outrossim, foi embasada no argumento de que os cônjuges, ao escolherem o regime da separação convencional de bens para reger seu casamento, optaram pela incomunicabilidade dos respectivos patrimônios, tanto na vida quanto na morte. Na verdade, os consortes renunciaram apenas à meação, não se podendo falar que, futuramente, não farão jus à herança. Além disso, ainda que o cônjuge desejasse que o outro não herdasse seus bens após seu falecimento, o princípio da autonomia da vontade deve ser mitigado em prol do princípio da proteção do consorte sobrevivente, que, após anos de convivência e comunhão de afetos e interesses, deve ter resguardado um patrimônio mínimo após o fim do matrimônio em razão da morte.

Ademais, a decisão em apreço viola o texto do art. 1.829, I do Código Civil, que pontua expressamente as exceções à regra da concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes, não incluindo nestas exceções aquele casado pelo regime da separação de bens. Ora, o intérprete não pode restringir o que a própria lei não restringe, do contrário, estar-se-ia permitindo uma violação ao princípio da separação dos poderes, além de gerar grande insegurança jurídica na sociedade e nos operadores do Direito.

Assim, para que tal entendimento prevaleça, torna-se necessária uma alteração legislativa, em que o regime da separação de bens seja expressamente ressalvado das hipóteses de concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes, e que o cônjuge casado neste regime não seja mais considerado herdeiro necessário.

Conclui-se, portanto, que o entendimento esposado no REsp 992.749/MS não pode ser tomado como paradigma para todos os casos de concorrência sucessória do cônjuge casado pelo regime de separação convencional de bens, porquanto a situação fática que o ensejou é atípica, divergente da maioria dos matrimônios; e porque não se pode admitir que o consorte sobrevivente, que partilhou a vida e contribuiu para a construção do patrimônio do falecido, seja sujeitado a uma situação de desamparo patrimonial, tampouco que os laços de afeição construídos em vida sejam esquecidos,

devendo ser observados os valores éticos e morais inseridos na transmissão de bens *mortis causa*.

REFERÊNCIAS

ANTONINI, Mauro et al; *Código Civil Comentado*. 6ª ed. Barueri: Manole, 2012.

APPENDINO, Fábio; MIRANDA, Luís Gustavo. *Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens não tem direito de concorrência hereditária com os descendentes do falecido*. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI100019,51045-Conjuge+sobrevivente+casado+pelo+regime+de+separacao+convencional+de>>. Acesso em: 14 fev. 2013.

AZEVEDO, Antônio Junqueira (coord). *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 20 v. Comentários de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Civil n. 1.0479.03.050346-6/001. Relator Elpídio Donizetti. Belo Horizonte, 24 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 04 fev. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 0067399-32.2012.8.26.0000. Relator Desembargador Gilberto de Souza Moreira. São Paulo, 20 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 04 fev. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70020919817. Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 24 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 04 fev. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 992.749/MS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 01/12/2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 18 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.111.095/RJ, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias. Brasília, 01 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 21 fev. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 954.567/PE. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 10 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

BRASIL. *Vade Mecum*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 6 v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2007. VII v.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Sobre a Ordem de vocação hereditária: condições para a concorrência do cônjuge e do convivente no chamamento dos herdeiros antecedentes*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=287&fb_source=message>. Acesso em: 28 jan. 2013.

MADALENO, Rolf. *Testamento, testemunhas e testamentário: uma brecha para a fraude*. Disponível em <http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index.php?option=com_content&task=view&id=44&Itemid=39>. Acesso em: 31 jan. 2013.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A sucessão do cônjuge...* Disponível em: <http://www.direitofamilia.net/?pagina=detalhaartigo&idartigo=64>. Acesso em: 31 jan. 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Família e dignidade humana: V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

SEVERINO, Antônio Joaquim, *Metodologia do Trabalho Científico*. 21. ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2000.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 152-168.

VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.