



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
MARTA UGOCCIONI

**O CÔNJUGE CASADO NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE
BENS: QUESTÕES DIVERGENTES NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO**

Florianópolis

2018

MARTA UGOCCIONI

**O CÔNJUGE CASADO NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE
BENS: QUESTÕES DIVERGENTES NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito, da Universidade do Sul de Santa
Catarina, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Régis Schneider Ardenghi, Msc.

Florianópolis

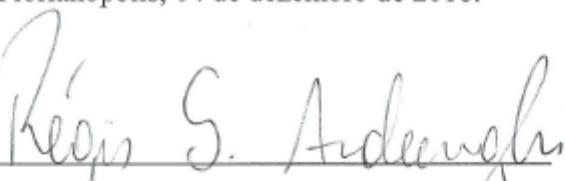
2018

MARTA UGOCCIONI

**O CÔNJUGE CASADO NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE
BENS: QUESTÕES DIVERGENTES NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO**

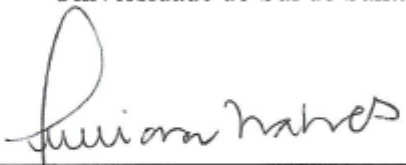
Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, 04 de dezembro de 2018.



Prof. e orientador Régis Schneider Ardenghi, Msc.

Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Luciana Faísca Nahas, Dra.

Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Gisele Rodrigues Martins Goedert, Msc.

Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

O CÔNJUGE CASADO NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS: QUESTÕES DIVERGENTES NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, 04 de dezembro de 2018.



MARTA UGOCCIONI

Ao meu marido Edson e as minhas filhas Elisa e Alessandra, por ordem de nascimento, porque saibam quanto pleno é o meu amor por eles e para que as minhas filhas, um dia, possam encontrar aqui um singelo incentivo aos estudos, e acreditar que é possível se reinventar sempre, se necessário, independentemente da idade e dos ventos contrários.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, guia supremo da minha vida que me presenteou com uma família extraordinária.

Agradeço aos meus amores, meu marido Edson, pela presença constante, pela compreensão, o encorajamento e a confiança que sempre depositou em mim, e as minhas filhas, minha alegria de viver, meu ar, meu tudo.

Agradeço aos meus pais que, embora longe fisicamente, sempre estiveram ao meu lado nas escolhas da minha vida, e continuam sendo exemplos de pessoas e profissionais.

Agradeço ao meu irmão Alessandro, por ter me ensinado o que significa ser forte e superar as adversidades da vida.

Agradeço aos meus amigos brasileiros, a minha nova família, aos colegas de trabalho e aos alunos de italiano, que me receberam de braços abertos, e me ensinaram muito sobre essa pátria, agora amada, que como uma mãe gentil me acolheu como se filha dela fosse.

Agradeço o professor Régis, por ter aceitado de ser o meu orientador, inesgotável fonte de conhecimento e incansável mentor, pela generosidade de transmitir o seu saber e pela gentileza com a qual sempre me recebeu, e me incentivou.

“Somente aquele que não deixará afetos como herança pouca felicidade encontrará na morte.” (Ugo Foscolo)

RESUMO

A monografia tem o objetivo de refletir sobre a existência ou não da concorrência sucessória do cônjuge na primeira classe da ordem de vocação hereditária, quando casado no regime da separação convencional. O método de abordagem utilizado é de tipo dedutivo qualitativo, começando com considerações gerais sobre direito de família e sucessões e procedendo com o estudo mais aprofundado do artigo 1.829 do Código Civil. As técnicas de pesquisa são a bibliográfica, por meio de pesquisa doutrinária e documental, por meio de consulta à legislação e jurisprudência. O artigo 1.829 estabelece uma ordem preferencial de chamamento dos herdeiros dispostos em quatro classes, o cônjuge, elevado a condição de herdeiro necessário na terceira classe, é também concorrente com os ascendentes e os descendentes nas primeiras duas. Todavia, a concorrência disposta no inciso I do artigo 1.829 fica vinculada ao regime de bens adotado pelos cônjuges. Essa exigência abriu margem a dúvidas e divergências de entendimentos tanto em âmbito doutrinário como no âmbito jurisprudencial. Neste sentido, o trabalho visa estudar a possibilidade de inclusão ou não do cônjuge casado no regime da separação convencional a participar da herança, já que em vida, por meio de pacto antenupcial, dispôs, de comum acordo com o falecido, pela incomunicabilidade de seu patrimônio. O estudo realizado em jurisprudência corrobora com o último entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens concorre à herança com os descendentes do falecido. Todavia, apesar de aparentemente pacificado, o tema continua sendo alvo de debates em âmbito acadêmico e doutrinário.

Palavras-chave: Separação convencional. Direito Sucessório. Cônjuge.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	DIREITO DAS FAMÍLIAS	12
2.1	O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA.....	13
2.2	O REGIME DE BENS E O PACTO ANTENUPCIAL.....	16
2.2.1	Princípios norteadores dos regimes de bens.....	17
2.2.2	Pacto antenupcial.....	19
2.2.3	Regimes de bens.....	20
3	DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE.....	25
3.1	BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DO CÔNJUGE COMO HERDEIRO.....	26
3.2	A SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	29
3.2.1	Requisitos à sucessão do cônjuge sobrevivente.....	30
3.2.2	Direito real de habitação.....	33
3.2.3	Sucessão, herança e meação	34
3.3	O CÔNJUGE COMO HERDEIRO LEGÍTIMO NECESSÁRIO	36
4	SUCESSÃO DO CÔNJUGE CASADO NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS	41
4.1	CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE	42
4.1.1	Concorrência do cônjuge com os ascendentes	44
4.1.2	Concorrência do cônjuge com os descendentes.....	44
4.2	DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS À CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE CASADO NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL COM OS DESCENDENTES DO FALECIDO.....	50
4.3	DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS À CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE CASADO NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL COM OS DESCENDENTES DO FALECIDO.....	55
5	CONCLUSÃO	62
	REFERÊNCIAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

O incessante avanço da sociedade e a procura de uma maior liberdade de escolha quanto a própria vida privada, em que cada cônjuge quer resguardar seu patrimônio adquirido, em vista também da fragilidade em que se encontram as relações matrimoniais hoje, e mulheres cada vez mais partícipes da vida econômica familiar, encontram no regime da separação de bens a manifestação inequívoca daquela livre vontade. Por meio de *pacto antenupcial*, os nubentes optam em vida pela incomunicabilidade de seu patrimônio enquanto perdurar o casamento, mas será que garantem a preservação desta vontade para além da morte?

A questão central a ser estudada diz respeito ao tratamento que o Código Civil (CC) reserva a estes bens após o falecimento do cônjuge que casou no regime da separação convencional. O artigo 1.829, I do CC de 2002, cuja redação continua alvo de críticas, elevou o cônjuge sobrevivente casado no regime da separação convencional de bens a herdeiro na primeira classe de sucessão, concorrendo com os descendentes do falecido. Todavia, esse entendimento não é pacífico nem em âmbito jurisprudencial, nem no doutrinário.

A atualidade do problema, objeto de reflexões no âmbito acadêmico e a insegurança advinda da divergência de entendimentos sobre a aplicação do artigo 1.829, I, justificam a importância do estudo em análise, o qual, longe de ter a presunção de encontrar uma resposta às dúvidas existentes, quer refletir sobre um assunto tão importante quanto complexo que atinge uma crescente parte da comunidade que, cada vez mais procura por esta modalidade de regime e precisa de uma maior segurança jurídica.

Para o presente trabalho, o método de abordagem utilizado é de tipo dedutivo qualitativo, começando com considerações gerais sobre direito de família e sucessões e procedendo com o estudo mais aprofundado do artigo 1.829 do CC. As técnicas de pesquisa são a bibliográfica, por meio de pesquisa doutrinária e documental, por meio de consulta à legislação e jurisprudência.

No capítulo inaugural do trabalho serão abordados o novo conceito de família, o pacto antenupcial e os tipos de regimes de bens previstos pelo direito civil brasileiro, por constituírem a base teórica para os demais capítulos.

Proceder-se-á, assim, à análise do direito sucessório do cônjuge, com um breve esboço histórico quanto à condição do cônjuge como herdeiro nas precedentes legislações até chegar ao atual Código Civil de 2002.

Por fim, analisar-se-á a sucessão do cônjuge casado no regime da separação convencional de bens na ordem de vocação hereditária e a concorrência sucessória deste com os descendentes do falecido. Por meio de análise doutrinária e jurisprudencial serão estudadas as controvérsias existentes com relação a aplicação do artigo 1.829, inciso I, relativas à possibilidade ou não de o cônjuge sobrevivente concorrer à herança quando casado no regime da separação convencional, já que em vida o casal optou pela incomunicabilidade de seu patrimônio.

2 DIREITO DAS FAMÍLIAS

Para análise dos efeitos patrimoniais do regime de separação convencional de bens em âmbito sucessório, torna-se necessário abordar, ainda que de forma sintética, conceitos gerais de direito de família e de regime de bens.

Afirma Savigny (apud MONTEIRO; PINTO, 2011, p.18) que, “o direito das sucessões se tornaria ininteligível se não lhe fosse dada por base exposição pormenorizada e completa de família.” Nesta linha de pensamento, o presente trabalho, apesar de não entrar de forma detalhada no direito de família, não podia deixar de levantar alguns conceitos que se tornarão importantes para a compreensão do tema tratado.

O direito de família é a área do direito mais ligada à esfera privada das pessoas, “é o ramo do direito civil concernente as relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável, ou pelo parentesco, e aos institutos complementares de direito protetivo ou assistencial.” (DINIZ, 2018, p.18).

O objeto do direito de família é o complexo de normas que, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira (2017, p.37):

[...] ora regem as relações pessoais entre cônjuges, ou entre os ascendentes e descendentes ou entre parentes fora da linha reta, ora disciplinam as relações patrimoniais que se desenvolvem no seio da família, compreendendo as que se passam entre cônjuges, entre pais e filhos, entre tutor e pupilo; ora finalmente assumem a direção das relações assistenciais, e novamente têm em vista os cônjuges entre si, os filhos frente aos pais, o tutelado em face do tutor, o interdito diante do seu curador. Relações pessoais, patrimoniais e assistenciais – são os três setores em que o Direito de Família atua.

Para adentrar-se na esfera do direito de família, imprescindível se faz a compreensão e a delimitação do termo *família* no âmbito jurídico, pois vocábulo abrangente e rico de significados.

Como salienta Maria Helena Diniz (2018, p.23), dentro da seara jurídica, é possível identificar três acepções do vocábulo *família*, são eles: a amplíssima, a lata e a restrita. A “amplíssima” é aquela acepção que abrange todos os indivíduos ligados pelo vínculo de consanguinidade ou afinidade, incluindo estranhos como no caso do artigo 1.412, §2º do CC, em que as necessidades da família do usuário compreendem as das pessoas de seu serviço doméstico. A acepção “lata”, é a que abrange não somente o cônjuge ou companheiros e seus filhos, mas também parentes de linha

reta ou colateral, bem como os afins (os parentes de outro cônjuge ou companheiro) como previsto nos artigos 1.591 e s. do CC, o Decreto-Lei nº 3.200/41 e a Lei nº 8.069/90, art. 25, parágrafo único, acrescentado pela Lei nº 12.010/2009. Na significação “restrita”, a autora faz uma ulterior distinção entre o conceito de *família* (artigo 226, §§ 1º e 2º, CRFB), conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (artigos 1.567 e 1.716 do CC); e o conceito de *entidade familiar*, comunidade formada pelos pais, que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais e descendentes, independentemente de existir ou não o vínculo conjugal que a originou, assim como prevê o artigo 226, §§ 3º e 4º da CRFB, inovando respeito à Carta de 1916 (artigo 175) em que somente seria núcleo familiar aquele constituído pelo casamento.

No âmbito sucessório, como será visto mais adiante, a acepção da palavra *família* compreende as pessoas chamadas por lei a herdar uma das outras. Parentes em linha reta (ascendentes e descendentes), os cônjuges e companheiros (artigo 1.790 do CC) e os colaterais até o 4º grau (artigos 1.829, IV, 1.839 a 1.843 do CC).

2.1 O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA

A família é um instituto social muito antigo que veio mudando ao longo da história, e é por isso que as paráfrases utilizadas para o descrever são intrinsecamente ligadas à época em que tal instituto foi conceituado.

Não cabe aqui percorrer o longo histórico do direito de família, para não se afastar do objetivo desta pesquisa, apontam-se apenas os elementos significativos do moderno conceito de direito de família, ou como releva Maria Berenice Dias (2017, p.38), “direito das famílias, expressão que melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação tenham a formação que tiver.”

Assevera Carlos Roberto Gonçalves (2017, p.32):

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores vigentes no século passado, regulavam a família unicamente pelo casamento, de modo patriarcal e hierarquizado, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as novas relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação. Nessa linha a família socio afetiva vem sendo priorizada em nossa doutrina e jurisprudência.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB)¹ começou a desconstituir a ideia ultrapassada de família já a partir do caput do artigo 226. O artigo não dá uma definição de família, nem faz menção a uma tipologia específica de família, deixando, assim ao jurista, uma margem de interpretação maior e mais abrangente, incluindo no conceito novas entidades familiares (GONÇALVES, p. 33).

A este propósito, Maria Berenice Dias e Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. XIX) afirmam que:

A Constituição Federal de 1988 adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família a partir de três eixos básicos. O artigo 226 afirma que a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição, voltando o seu olhar para a realidade dos arranjos que mostram as várias possibilidades de representação social da família. O segundo eixo transformador encontra-se no § 6º do artigo 227. É a alteração do sistema de filiação, proibindo designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento [...]. A terceira grande revolução situa-se no artigo 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres [...].

Com isso, “tendo como marco inicial a Carta Federal de 1988, o Direito de Família passou a ser balizado pela ótica exclusiva dos valores maiores da dignidade e da realização da pessoa humana.” (MADALENO, 2017, p.1).

Hoje, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser compreendida como a faculdade de autodeterminação da pessoa, desse modo, segundo Lorena Moura Boente (2012) “não cabe ao Estado, ao ordenamento e nem mesmo às pessoas determinarem o sentido da dignidade, sob afronta de se negar a possibilidade do indivíduo exercer sua autonomia privada e conseguir sua realização pessoal.”

A dignidade humana atua na órbita constitucional na condição de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (artigo 1, III, CRFB), e consagra os valores mais importantes da ordem jurídica, e esses valores, havidos como fundamentais, impedem as ingerências dos poderes públicos na esfera jurídica

¹ A atual Constituição Brasileira encontra-se em consonância com as demais constituições do Século XX, de espírito democrático liberal de caráter mais humanitário em que a instituição do Estado Democrático de Direito visa assegurar valores fundamentais como o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. (LENZA, p. 142).

individual, tendo esses mesmos poderes públicos o dever de tutelá-los. (MADALENO, 2017, p.29).

Ainda, o conceito de família na contemporaneidade se ampliou ulteriormente, para além da Constituição Federal.²

É nesse cenário de mudanças que foi aprovado, em 2002, o vigente Código Civil brasileiro, que, como releva Carlo Roberto Gonçalves (2017, p.34, grifo do autor):

[...] amplia, ainda, o conceito de família, com a regulamentação da *união estável* como entidade familiar; revê os preceitos pertinentes à contestação, pelo marido, da *legitimidade do filho* nascido de sua mulher, ajustando-se à jurisprudência dominante; reafirma a *igualdade entre os filhos* em direitos e qualificações, como consignado na Constituição Federal; atenua o princípio da *imutabilidade do regime de bens* no casamento; limita o parentesco até o *quarto grau*, por ser este o limite estabelecido para o direito sucessório; introduz novo regime de bens em substituição ao regime dotal, denominado regime de *participação final nos aquestos*; confere nova disciplina à matéria de invalidade do casamento[...].

Em consonância com a evolução da sociedade contemporânea, a respeito da igualdade entre homens e mulheres, vale lembrar a igualdade de direitos e obrigações decorrentes do casamento para ambos os consortes em dirigir a sociedade conjugal, assim como preza o artigo 1.567 do CC de 2002, que, como salienta Maria Helena Diniz (2018, p.153):

[...] veio a instaurar efetivamente uma cogestão e a isonomia conjugal tanto nos direitos e deveres do marido e da mulher como no exercício daqueles direitos. Eliminou-se o sistema de privilégios atribuído por leis especiais à mulher casada, por força do critério da especialidade, que visava tratar desigualmente os desiguais, bem como os direitos e deveres próprios do marido e da mulher.

Desaparece, assim, a ideia de chefe de família, preconizado pelo Código Civil de 1916, e o tratamento diferenciado que a mulher sofreu durante muito tempo.³

² Em âmbito doutrinário distinguem-se a família matrimonial, a família monoparental, família anaparental, família reconstituída, a família paralela, a união poliafetiva, a família natural, a família extensa ou ampliada, a família substituta, a família edumonista e a família homoafetiva. (MADALENO, 2017, p.4-17).

³ Como explica Maria Helena Diniz (2018, p.155; 158), “os direitos e deveres das mulheres no Brasil, passaram por sensíveis e grandes modificações, principalmente antes as disposições instituídas nas Leis ns. 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) e 6.515/77, no sentido de emancipá-la dentro do lar, pois o Código Civil de 1916 continha preceitos que a descriminavam, dentre eles o art.6º, que a considerava relativamente incapaz. Todavia, é bom esclarecer que tal incapacidade vigorou em função do matrimônio e não do sexo, sendo defendida em razão da necessidade de ter a sociedade conjugal uma chefia, e, como esta competia ao homem, a mulher passou a ser tida como incapaz. [...] No regime

Pelo novo dispositivo legal, a mulher não é mais subordinada ao marido, “deixa de ser simples colaboradora e companheira, para passar a ter ‘poder de decisão’, conjuntamente com o esposo” (REALE, 2005, p.109), cabendo a ambos os cônjuges o provimento à manutenção da família, na proporção de seus bens e rendimentos do trabalho, assim como disposto nos artigos 1.565, 1.567 e 1.568 do CC de 2002.⁴

O Código Civil atual destina o Livro IV à parte especial relativa ao direito de família, no primeiro título “do direito da pessoa” e no segundo “do direito patrimonial”, decorrente do casamento, dando ênfase ao regime de bens, que interessa a essa pesquisa, e à qual dedicar-se-á o parágrafo a seguir.

2.2 O REGIME DE BENS E O PACTO ANTENUPCIAL

A união pelo casamento almeja mútua cooperação, assim como assistência moral, material e espiritual. No entanto, a união de corpo e alma do homem e da mulher traz inexoravelmente reflexos patrimoniais para ambos, mormente após o desfazimento do vínculo conjugal. (VENOSA, 2018, p. 368).

O Código Civil atual, a partir do artigo 1.639, destina seu título segundo ao “direito patrimonial”, à regulamentação dos efeitos patrimoniais advindos do casamento, por meio do regime de bens escolhido pelos nubentes.

Uma vez realizado o matrimônio, explica Maria Helena Diniz (2018, p. 173):

Surgem direitos e obrigações em relação à pessoa e aos bens patrimoniais dos cônjuges. A essência das relações econômicas entre os consortes reside no regime matrimonial de bens, que está submetido a normas especiais disciplinadoras de seus efeitos.

anterior não podia, a mulher, sem o consentimento marital, exercer qualquer profissão, e que com o advento do Estatuto da Mulher Casada assegurou-se-lhe o direito de exercer livremente, qualquer profissão.”

⁴ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. [...]. Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses. Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial. (BRASIL, 2002).

Desse modo, “o regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento.” (GONÇALVES, 2017, p. 436). Estas relações econômicas submetem-se a princípios básicos que serão tratados na seção a seguir.

2.2.1 Princípios norteadores dos regimes de bens

No significado lógico do termo, os princípios são enunciados admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber. (REALE, 2004, p. 303).

Esclarece Miguel Reale (2004, p.304) que:

O legislador é o primeiro a reconhecer que o sistema das leis não é suscetível de cobrir todo o campo da experiência humana, restando sempre grande número de situações imprevistas, algo que era impossível ser vislumbrado sequer pelo legislador no momento da feitura da lei. Para essas lacunas há a possibilidade do recurso aos princípios gerais do direito [...].
A nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.

Dentro da seara do Direito de Família, relativamente aos regimes de bens, às relações econômicas entre os cônjuges, e entre estes e terceiros submetem-se a três princípios básicos, são eles:

O Princípio da variedade de regime de bens, a norma não impõe um só regime matrimonial aos nubentes, mas oferece-lhes quatro tipos diferentes: o da comunhão universal de bens, o da comunhão parcial de bens, o da participação final nos aquestos e o da separação de bens. (DINIZ, 2018, p. 174).

O princípio da livre estipulação, como ensina Maria Helena Diniz (2018, p. 175), “decorrente do primeiro, pois permite-se aos nubentes a livre escolha do regime que lhes convier, para regulamentar os interesses econômicos decorrente do ato nupcial.” É o que determina o artigo 1.639 do CC: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.” (BRASIL, 2002).

Ademais, poderão os nubentes combinar os regimes, formando um regime misto ou especial, sendo-lhes lícito, ainda, estipular cláusulas, desde que respeitados

os princípios da ordem pública, os fins e a natureza do matrimônio. (DINIZ, 2018, p.175).

E o parágrafo único do artigo 1.640 do CC, complementa:

Art. 1.640

[...]

Parágrafo Único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação. Optar por qualquer dos regimes que este Código regula. **Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.** (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Exceção ao princípio da liberdade de estipulação são os casos previstos no artigo 1.641 do CC:

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

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

II- da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº12.344 de 2010)

III- de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial. (BRASIL, 2002).

O princípio da mutabilidade motivada ou justificada, inovação introduzida pelo Código Civil de 2002, que, em seu §2º do artigo 1.639, prevê a possibilidade de alterar o regime de bens por meio de autorização judicial:

Art.1.639

[...]

§2º é admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros. (BRASIL, 2002).

Trata-se de exceção à regra da imutabilidade, e que pode ser concedida somente em casos especiais, por meio de requerimento voluntário de ambos os cônjuges, garantidos os direitos de terceiros.⁵ (GONÇALVES, 2017, p.439).

⁵ A Súmula 377 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) abriu possibilidade de amenizar o princípio da imutabilidade do regime legal do casamento, ao proclamar que, 'no regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento'. Permitiu, desse modo, que sejam reconhecidos, no aludido regime, a colaboração e o esforço comum dos cônjuges. No caso da separação convencional não basta, todavia, para que ocorra a comunicação, a vida em comum[...], é necessário que se unam em empreendimentos estranhos ao casamento. (GONÇALVES, 2017, p. 439).

A escolha do regime de bens, portanto, com exceção dos casos impostos pelo artigo 1.641, é ato facultativo dos nubentes, e se dará por meio de pacto antenupcial.

2.2.2 Pacto antenupcial

Como observado no parágrafo precedente, pelo princípio da livre escolha, os nubentes, antes da celebração do casamento, têm a faculdade de decidir qual regime de bens vigorará entre eles a partir do casamento e enquanto ele perdurar.

Esta escolha se dá por meio de pacto antenupcial, que, conforme leciona Gonçalves (2017, p. 461, grifo do autor), “é contrato solene e condicional. *Solene*, porque será nulo se não for feito por escritura pública, e *condicional*, porque só terá eficácia se o casamento se realizar.”

Nas lições de Pontes de Miranda (2000, p.307) “os nubentes que pretendem escapar ao regime legal têm de fazer contrato de casamento para que outro regime se estabeleça, ou que se modifique o regime da comunhão parcial.”

A eficácia do contrato vinculada à realização do casamento é prevista no artigo 1.653 do CC, que assim estabelece: “É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.” (BRASIL, 2002).

Esta liberdade e autonomia exercida conjuntamente pelo casal, todavia, está subordinada a princípios que condizem com a ordem pública. (GONÇALVES, 2017, p. 462). É quanto exige o artigo 1.655 do CC, ao dispor que: “É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.” (BRASIL, 2002).

Por ser uma faculdade, caso os nubentes não convencionarem, vigorará entre eles o regime legal ou supletivo, da comunhão de bens. É o exposto no *caput* do artigo 1.640 do CC: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.” (BRASIL, 2002).

Passa-se, portanto, à apresentação dos regimes de bens previstos pela legislação pátria.

2.2.3 Regimes de bens

Quanto ao regime de bens no casamento, o Código Civil brasileiro, prevê e disciplina quatro regimes matrimoniais, são eles:

O *regime da comunhão parcial*, ou efeito legal do matrimônio, previsto nos artigos 1.658 a 1.666 que, como lembra Rolf Madaleno (2017, p.284), “é o regime oficial do Código Civil para o casamento e para união estável (art. 1.640 e 1.725), quando ausente, ineficaz, nulo ou anulado o pacto antenupcial ou o contrato de convivência.”

Nesse regime comunicam-se os bens adquiridos pelos cônjuges com o matrimônio ou a união estável, e excluem-se aqueles que já pertenciam a cada um deles ao casar ou aqueles frutos de doação, sucessão ou os sub-rogados, assim como disposto no artigo 1.659 do CC:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

- I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
 - II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
 - III - as obrigações anteriores ao casamento;
 - IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
 - V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
 - VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
 - VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.
- (BRASIL, 2002).

Assim como serão comunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento (artigo 1.661 do CC).

O *regime da comunhão universal* foi o regime legal que vigorou no Código anterior 1916.⁶ Este regime é aquele em que se comunicam todos os bens, atuais e futuros, dos cônjuges, ainda que adquiridos em nome de um só deles, bem como as dívidas posteriores ao casamento, salvo os expressamente excluídos pela lei ou pela vontade dos nubentes, expressa em convenção antenupcial. (GONÇALVES 2017, p.478).

⁶ A Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 26-12-1977) substituiu o aludido regime legal pelo da comunhão parcial preferido nos países europeus, sistema este mantido pelo Código Civil de 2002. (GONÇALVES, 2017, p.479).

Por tratar-se de regime convencional, deve ser estipulado em pacto antenupcial.

Os bens excluídos da comunhão universal estão relacionados no artigo 1.668 do CC:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

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

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

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

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

V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.(BRASIL, 2002)

O *regime de participação final nos aquestos* é um regime novo no panorama jurídico brasileiro, trazido pelo Código Civil de 2002 e está regulamentado nos artigos 1.672 a 1.686. A palavra “aquestos” indica os bens adquiridos onerosamente durante o casamento.⁷ (GONÇALVES, 2017, p.486)

Como leciona Sílvio de Salvo Venosa (2018, p.393), “trata-se de um regime híbrido, no qual se aplicam regras da separação de bens quando da convivência e da comunhão de aquestos, quando do desfazimento da sociedade conjugal.”

Na visão de Rolf Madaleno (2017, p.324), trata-se de um regime de separação de bens em que cada consorte tem a livre e independente administração do seu patrimônio pessoal, dele podendo dispor quando for bem móvel e necessitando da outorga do cônjuge se imóvel (salvo dispensa em pacto antenupcial para os bens particulares, CC, art.1.683).

Por ocasião da dissolução do casamento, os aquestos serão divididos em partes iguais entre os consortes, assim como acontece no regime de comunhão parcial.

Pondera Rolf Madaleno (2017, p.326, grifo do autor):

Embora haja uma natural inclinação doutrinária em identificar no regime da participação final nos aquestos uma natureza híbrida entre o regime de completa separação de bens na constância do relacionamento, consubstanciando-se na *comunhão parcial* quando da separação do casal, é

⁷ O regime de participação final nos aquestos toma o espaço ocupado pela letra morta do regime dotal previsto no Código Civil de 1916 (MADALENO, 2017, p. 325)

correto afirmar que não se trata de regimes absolutamente iguais, porque existem semelhanças, contudo, pontuais diferenças, como, por exemplo, o artigo 1.672 do Código Civil, ao estabelecer que por ocasião da dissolução da sociedade conjugal no regime da participação final nos aquestos só serão divididos os bens adquiridos pelo casal, a *título oneroso*, enquanto no regime da comunhão parcial comunicam-se os bens que sobreviverem na constância do casamento (CC. Art. 1.658), pouco importando tenham sido adquiridos graciosa ou onerosamente, como ocorre, por exemplo, em um prêmio ou loteria. Outra substancial diferença entre o regime da comunhão parcial e o da participação final nos aquestos pode ser constatada da circunstância de que neste último são indiscutivelmente comunicáveis os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, e também serão comunicáveis as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes, como a previdência privada [...].

Na opinião de Sílvio de Salvo Venosa (2018, p.394), “esse regime não se adapta ao gosto de nossa sociedade, como já confirmado nestes anos de vigência do atual Código Civil. [...] Verifica-se que se trata de uma estrutura complexa, disciplinada por nada menos de 15 artigos, com inúmeras particularidades.”

O regime da separação de bens, como ensina Pontes de Miranda (2000, p.431; 432), “pode nascer *ex potestate legis*, quando a lei civil o torna obrigatório em certos casos especiais [...], ou pode ser instituído nos pactos antenupciais.”

Assim, falar-se-á em: *regime da separação convencional ou absoluta*, quando escolhido livremente pelos nubentes por meio de pacto antenupcial, regulado nos artigos 1.687 e 1.688 do CC, e de *regime de separação obrigatória ou legal*, quando decorre por imposição legal por alguma das hipóteses previstas no artigo 1.641 do CC:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
 I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
 II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;(Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)
 III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.
 (BRASIL, 2002).

No que diz respeito ao casamento de maior de 70 anos, não faltam críticas em âmbito doutrinário acerca da constitucionalidade do dispositivo, segundo Sílvio Rodrigues (2008, p.144) “tal restrição se mostra atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz decerto é descabida e injustificável.”

Quanto aos efeitos patrimoniais, é imposto obrigatoriamente o regime da separação de bens, segundo o qual não só os bens particulares, ou seja, os bens que

cada um possuía antes do casamento, não se comunicam, mas também os aquestos, bens que forem adquiridos durante a vida em comum. (DIAS, 2018, p. 345).

Assevera Rolf Madaleno (2017, p.331) que:

Quando se trata do regime legal de separação de bens, imposto por algumas das hipóteses previstas no artigo 1.641 do Código Civil, para uma vertente doutrinária, existe a possibilidade de aplicação da Súmula 377 do STF, em que o regime da separação total de bens se transforma em comunhão parcial de bens, com a divisão dos aquestos ao tempo da dissolução da sociedade conjugal.⁸

Esta restrição à autonomia da vontade e a vedação do enriquecimento injustificado levou o Supremo Tribunal Federal (STF) a sumular a matéria. Como exemplifica Maria Berenice Dias (2018, p. 346, grifo da autora), *“a interpretação exata da súmula é no sentido de que, no regime da separação legal, os aquestos se comunicam pelo simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento, não importando se resultaram ou não, de comunhão de esforços.”*

No regime de separação de bens convencionalizada pelos nubentes, não há comunicabilidade entre os bens dos consortes.

Afirma Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 490): “cada cônjuge, conserva plena propriedade, a integral administração e fruição de seus próprios bens, podendo aliená-los, e gravá-los de ônus real livremente, sejam móveis ou imóveis.” É o que está disposto no artigo 1.687 do CC: “Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.” (BRASIL, 2002).

A única menção quanto à participação comum diz respeito às despesas do casal, conforme artigo 1.688 do CC: “Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.” (BRASIL, 2002).

Em mira à locução do artigo 1.688 do CC, releva Rolf Madaleno (2017, p.332), “a tão só adoção do regime convencional da separação de bens faz presumir a independência financeira de cada cônjuge ou parceiro.”

⁸ Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (STF): No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. (BRASIL, 1964).

Pode-se afastar, portanto, a feição negativa deste regime quanto à distribuição das riquezas e oportunidades entre os cônjuges.

Os conceitos vistos, ligados à esfera do Direito de Família, representam elementos fundamentais e básicos para enfrentar e melhor entender a temática tratada neste trabalho.

Construída a “ponte” entre o Direito de Família e o Direito Sucessório, estudar-se-á, na seção a seguir, a condição hereditária do cônjuge casado no regime da separação convencional de bens em concorrência com os descendentes do autor da herança.

3 DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE

No presente capítulo será abordado o direito sucessório do cônjuge, principais elementos históricos, a condição do cônjuge no Código Civil vigente, bem como a sua condição de herdeiro legítimo necessário na terceira classe e em concorrência com os descendentes e ascendentes do *de cujus*, nas primeiras duas classes.

O termo Sucessório vem do latim *successio*, de *succedere* (suceder), em sentido etimológico amplo, sucessão, exprimindo uma relação de ordem, de continuidade, define o que se segue, o que vem para colocar-se em lugar de qualquer outra coisa. Na etimologia jurídica, a sucessão conduz sentido de substituição de uma coisa ou pessoa. (SILVA, 2016, p.1345).

Como explicam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosental (2018, p. 30-32, grifo dos autores):

Quando se trata de uma substituição do *objeto de uma relação jurídica*, tem-se a *sub-rogação real*. O objeto da relação jurídica é substituído por outro sem alterar a natureza do vínculo existente. Quando se tratar de substituição do *sujeito de uma relação jurídica*, caracterizar-se-á a *sub-rogação pessoal*. Essa substituição do sujeito da relação jurídica pode decorrer de um ato *inter vivos* (é o caso do pai que assume a obrigação pecuniária do seu filho que não possui condições de honrar o débito) ou por conta da morte de seu titular, seja sujeito ativo ou passivo. É exatamente aqui que exsurge o Direito das Sucessões.

Neste sentido, o Direito das Sucessões como define Sílvia Rodrigues (2007, p.3), “se apresenta como o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores.”⁹

Para Flávio Tartuce (2018, p.3):

O Direito Sucessório está baseado no direito de propriedade e na sua função social (art. 5.º, XXII e XXIII, da CF/1988). No entanto, mais do que isso, a sucessão *mortis causa* tem esteio na valorização constante da dignidade humana, seja do ponto de vista individual ou coletivo, conforme os arts. 1.º, inciso III, e 3.º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, tratando o último preceito da solidariedade social, com marcante incidência nas relações privadas. Nesse contexto de fundamentação, deve-se atentar ao fato de ser,

⁹ “A definição usa a palavra patrimônio, em vez de referir-se à transmissão de bens ou valores, porque a sucessão hereditária envolve a passagem, para o sucessor, tanto do ativo como do passivo do defunto.” (RODRIGUES, 2007).

o direito à herança, garantido como um direito fundamental pelo art. 5.º, XXX, da Constituição da República brasileira.

O Direito das Sucessões encontra-se no Livro V da Parte Especial do Código Civil, e constitui o último conjunto de normas que regulam a vida dos particulares, que começou com a sua concepção ou nascimento (artigo 2º do CC.) por assim terminar com a sua morte. (BRASIL, 2002).

3.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DO CÔNJUGE COMO HERDEIRO

O Direito Sucessório começa quando termina a vida de um ser humano, sendo a morte o fato inexorável que põe fim à sua existência. É com a morte que cessa a personalidade do indivíduo e a passagem aos seus sucessores da titularidade de seu patrimônio¹⁰. “É o homem perseguido pelo estigma de sua finitude, mas a sucessão, de algum modo, tem uma sensação de prolongamento da pessoa, ou de atenuação do sentimento do completo desaparecimento.” (RIZZARDO, 2018, p.1).

Como salientam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2018, p.93):

Mesmo após a extinção da pessoa e, por conseguinte, da sua personalidade, subsistirá a sua vontade para os fins do que, eventualmente, tiver o falecido disposto em testamento (CC, art. 1.857) ou codicilo (CC, art. 1.881), bem como no que concerne ao destino do cadáver, se, em vida ocorreu expressa manifestação de vontade própria (CC, art. 14).

No direito sucessório o cônjuge ocupou diferentes posições ao longo da história. No Direito Romano não havia propriamente sucessão do cônjuge, já que a transmissão se efetuava pela linha masculina. Apenas na última fase do Direito Romano, já com Justiniano, é que se permitiu à mulher suceder nos bens do marido, estabelecendo-se uma possibilidade de usufruto, concorrendo com os filhos. (VENOSA, 2017, p. 168).

¹⁰ Trata-se do *Princípio da Saisine (posse)*, instituído pelo direito francês, e adotado pelo ordenamento brasileiro (art. 1.784 do CC), em que há transmissão automática da posse e da propriedade das relações patrimoniais do falecido aos seus herdeiros, formando um condomínio ou uma composses, até a partilha, com a divisão dos quinhões. [...] A respeito do tema, o art. 1.787 da Lei Civil não deixa margem de dúvidas, a norma que disciplina a sucessão é aquela vigente na data de sua abertura. [...]. Assim a legitimação para suceder deve ser verificada no momento da abertura da sucessão. Advirta-se, porém, que a capacidade testamentária, bem como as regras de validade da declaração de última vontade estão submetidas à norma jurídica vigente na data da feitura do testamento. Ou seja, a capacidade testamentária é aferida pela norma vigente na sua lavratura, diferentemente da análise da legitimação para suceder. (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 121; 124, grifo dos autores).

Nas origens do direito português vigorou o direito romano, com a ordem de vocação hereditária fixada no Código justiniano, direito este que só foi alterado nas Ordenações do Reino. Com as Ordenações Filipinas consagra-se, efetivamente, o cônjuge na ordem de vocação hereditária, embora em penúltimo lugar, podendo-se até dizer ser um direito sucessório meramente formal, pois raramente ocorreria de o *de cujos* não ter nenhum colateral até o décimo grau. (CARVALHO NETO, 2015, p. 57).

O verdadeiro avanço no regime sucessório foi dado pelo Decreto Lei nº 1.839 de 1907, que leva o nome de seu autor, o senador mineiro Feliciano Pena, alterando a posição do cônjuge e elevando-o a terceiro na ordem de vocação hereditária (inverteram-se as posições do cônjuge e dos colaterais).¹¹ (VENOSA, 2017, p. 168).

Em 1916 o Código Civil brasileiro manteve a inovação introduzida pela Lei Feliciano Pena (artigo 1.603).¹² No entanto, vale lembrar que “no referido diploma legal, o cônjuge é herdeiro legítimo não necessário, podendo ser excluído da sucessão, bastando, para tanto, que o testador disponha do seu patrimônio sem o contemplar (CC/16, art. 1.725).” (NEVARES, 2015, p.3).

Como pondera Caio Mário da Silva Pereira (2018, p.119):

O Código Civil de 1916 condicionava sua vocação a que, ao tempo do óbito, não estivesse dissolvida a sociedade conjugal (art. 1.611, caput)¹³. Portanto, em relação às sucessões regidas por aquele diploma, o chamamento do cônjuge somente não ocorria quando, ao tempo do óbito, já fora decretada a separação do casal.

Embora os pequenos avanços, urge lembrar que o Código Civil de 1916 era filho do século XIX, e retratava a sociedade patriarcal e conservadora daquela

¹¹ Art.1º do Decreto nº 1.839/1907: Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão ab intestato ao conjugue sobrevivente, si ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos collateraes até ao sexto gráo por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Districto Federal, si o de cujus for domiciliado nas respectivas circumscripções, ou á União, si tiver o domicilio em territorio não incorporado a qualquer dellas. (BRASIL, 1907).

¹² Art. 1.603. do Código civil brasileiro de 1916 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. V - Aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.(BRASIL,1916).

¹³ Esta redação foi dada pela Lei do Divórcio (Lei nº6.515/1977); a qual alterou a nomenclatura para a dissolução da sociedade conjugal: o “desquite” consagrado no Código Civil passou a se chamar “separação judicial”. (CARVALHO NETO, 2015, p. 95; 107).

época. Duas Leis trouxeram alguns avanços em matéria de direito sucessório do cônjuge, são elas: a Lei nº 4.121 de 1962, o Estatuto da Mulher Casada, e a Lei nº 6.515 de 1977, a Lei do Divórcio. (DIAS, 2005, p.23).

O Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121, promulgada em 1962, criou uma herança concorrente, em usufruto, do cônjuge, com descendentes ou ascendentes. (CARVALHO NETO, 2015, p. 100).

De acordo com Sueli A. De Pieri (2014, p.21), “com o intuito de melhorar a condição da mulher, o Estatuto, introduziu os parágrafos 1º e 2º no artigo 1.611 do Código Civil brasileiro de 1916, cuidando do instituto do usufruto e do direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente.”

O usufruto vidual, como esclarece Inacio de Carvalho Neto (2015, p. 100), “era o direito que se dava ao cônjuge viúvo, enquanto durasse a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filhos, ou à metade, se não houvesse filhos, desde que não fosse o regime de bens o da comunhão universal.”

Ademais, acrescido pelo Estatuto, ao cônjuge sobrevivente casado sob o regime da comunhão universal, enquanto vivesse e permanecesse viúvo, seria assegurado, sem prejuízo da participação que lhe coubesse na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único imóvel a inventariar. Tratava-se, portanto, do direito de habitar gratuitamente. (CARVALHO NETO, 2015, p.100)

A Lei do Divórcio, Lei nº 6.515 de 1977, por sua vez, além de introduzir a dissolubilidade do vínculo matrimonial, que por si só representava uma verdadeira ruptura com o passado, e trazer algumas inovações significativas com relação às mulheres¹⁴, alterou o regime legal de bens, no lugar da comunhão universal, passou a vigorar o regime de comunhão parcial.(DIAS, 2005, p.25).

Assim sendo, o projeto do Código Civil do jurista Miguel Reale, convertido em 2002 no Código Civil atual, nas palavras de Arnaldo Wald (2009, p.98), “ao aceitar o regime da comunhão parcial como regime legal supletivo, assegurou ao cônjuge direito sucessório mais amplo.”

Significativas, neste sentido, as palavras de Miguel Reale (2005, p. 230):

¹⁴ Como leciona a Dias (2005, p.25), “tronou facultativa a adoção do patronímico do marido; estendeu ao marido o direito de pedir alimentos, direito que antes só era assegurado à mulher ‘honesta e pobre’.”

Tornou-se evidente que o cônjuge, sobretudo quando desprovido de recursos, corria o risco de nada herdar no tocante os bens particulares do falecido, cabendo a herança por inteiro aos descendentes e aos ascendentes. Daí a ideia de tornar o cônjuge herdeiro no concernente aos bens particulares do autor da herança.

Desse modo, o Código Civil de 2002, como descrito por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2018, p.311):

Concedeu proteção sucessória diferenciada ao cônjuge sobrevivente, depois de pôr fim ao usufruto decorrente da viuvez: além de ostentar a condição de herdeiro necessário (CC, art. 1.845),¹⁵ não podendo ser excluído por testamento, passou a concorrer na herança juntamente com os descendentes e ascendentes convocados antes dele.

O Código Civil de 2002 é o dispositivo legal que disciplina o direito sucessório do cônjuge na atualidade, que será objeto de estudo na seção a seguir.

3.2 A SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Conforme mencionado no parágrafo anterior, o atual Código Civil, de forma historicamente inédita, demonstra uma certa intenção protecionista com relação ao cônjuge sobrevivente (ou companheiro).¹⁶

Afirma Sueli A. De Pieri (2014, p.37) que, “de forma privilegiada, o atual Código Civil, por intermédio de seu art. 1.829, elevou o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, em concorrência com descendentes e ascendentes, alterando, assim, a ordem de vocação hereditária.” Destarte, o cônjuge está presente em todas as três primeiras classes da ordem sucessória; em concorrência com os descendentes do autor da herança, na primeira posição, com algumas restrições,¹⁷ em concorrência também com os ascendentes, na segunda, e com exclusividade na terceira, consoante artigo 1.829 do CC:

¹⁵ Garantindo assim a legítima, conforme artigo 1.846 do CC: “pertencem aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”. (BRASIL, 2002).

¹⁶A matéria relativa ao Companheiro, não será tratada neste trabalho, todavia vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a diferenciação quanto às regras de concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro (art.1.790) é inconstitucional, devendo-se aplicar ao companheiro as regras do regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do CC. Acórdão do Recurso Extraordinário (646.721/RS). (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2017).

¹⁷ No caso de herança em concorrência com os descendentes, prevista no inciso I do artigo 1.829 do CC, esta dependerá do regime de bens que vigorava entre os cônjuges durante o casamento. (BRASIL, 2002).

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

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o **cônjuge**;

III - ao **cônjuge** sobrevivente;

IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Ademais, reitere-se que, ao cônjuge sobrevivente, desde o precedente Código Civil de 1916, continua sendo-lhe garantido o direito real de habitação, nos moldes do artigo 1.831 do CC:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, **qualquer que seja o regime de bens**, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Todavia, no novo Código Civil, como releva Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007, p. 224), “a posição do cônjuge supérstite é-lhe favorável, mas as regras que dispõem acerca dessa sua condição complicaram-se, no sentido de que multiplicaram as hipóteses, as regras e as exceções sempre que ele é chamado a adquirir *mortis causa*.”

Com isso, passa-se ao estudo dos requisitos exigidos para que o cônjuge possa gozar destes direitos e suceder na herança, bem como do direito real de habitação, enquanto direito sucessório do cônjuge, finalizando com a diferença entre os termos sucessão, herança e meação.

3.2.1 Requisitos à sucessão do cônjuge sobrevivente

Para que o cônjuge seja reconhecido como herdeiro nas três classes, enquanto concorrente nas primeiras duas ou isoladamente na terceira, ele deve preencher alguns requisitos.

Os *requisitos legais gerais*¹⁸ encontram-se no artigo 1.830 do CC, cuja redação estabelece:

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

¹⁸ Expressão empregada pela autora Maria Helena Diniz (2018, p.144).

convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. (BRASIL, 2002).

O artigo consagra a premissa de que o cônjuge sobrevivente somente terá direitos sucessórios se mantiver efetivamente e no plano real a comunhão plena de vida que justifica o tratamento sucessório. (TARTUCE, 2018, p. 221).

De acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2018, p.317):

No que tange ao divórcio e à separação judicial, o texto fala por si. Cessa o direito à participação sucessória, sozinho ou em concorrência com os descendentes ou ascendentes, em qualquer das hipóteses, por conta da dissolução matrimonial. Entrementes, o texto codificado peca gravemente ao fazer alusão a um prazo [dois anos] para a cessação do direito sucessório em caso de separação de fato [...]. E pior: ultrapassado esse lapso temporal, ainda assim o cônjuge sobrevivente poderia recuperar o direito à herança se provasse que o término da relação decorreu de culpa do outro, sem culpa sua.

A menção à culpa, como elemento de prova para recuperar o direito à herança, caso o cônjuge sobrevivo provar ser ela atribuível ao falecido, é amplamente criticada pela doutrina. Essa legitimidade do cônjuge, como ensina Caio Mário da Silva Pereira (2018, p. 168), não podendo ser decidida no bojo do inventário, pois será de alta indagação, deverá ser versada em ação autônoma, paralisando-se o inventário. Por consequência, poderão gerar-se conflitos entre descendentes, cônjuge e companheiro para se atingir a declaração judicial de exclusão ou admissão de herdeiro.

Como leciona Rolf Madaleno (2018a, grifo nosso):

Abre a nova lei o exame da **culpa funerária**, ao prescrever que só conhece o direito sucessório do cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. É a pesquisa oficial da **culpa mortuária** passados até dois anos de fática separação, quando toda a construção doutrinária e jurisprudencial já vinha apontando para a extinção do regime de comunicação patrimonial com a física separação dos cônjuges, numa consequência de lógica coerência da separação objetiva, pela mera aferição do tempo, que por si mesmo sepulta qualquer antiga comunhão de vida.

Mas ainda, frisa Flávio Tartuce (2018, p.224), “de fato, nota-se que o problema não está somente na menção à culpa, mas também no prazo de separação

de fato de dois anos.” Nesse âmbito exemplificam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p.234):

Discordamos, outrossim, à menção ao prazo mínimo de dois anos. Na medida em que, como se sabe, a união estável pode configurar-se a qualquer tempo, não é razoável estabelecer-se um lapso mínimo de separação de fato — como *conditio sine qua [non]* para a legitimidade sucessória — se, antes mesmo da consumação do biênio, a parte já pode ter formado outro núcleo familiar. Vale dizer, Carmela está separada de fato de seu marido Alisson há um ano e já constitui nova família com o seu companheiro Jordao. Se Alisson, antes do prazo bienal, morre, por óbvio, já não teria sentido algum conferir-se direito a Carmela, integrante de outro núcleo familiar!

Neste sentido, “vários julgados, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, fazem a *leitura idealizada* [do artigo 1.830] e consideram que a separação de fato por longo período põe fim à sociedade conjugal e ao regime de bens sem apego ao rigor do prazo de dois anos.” (TARTUCE, 2018, p. 225 grifo do autor).

Em consonância com o posicionamento doutrinário majoritário, a Comissão de Assuntos Legislativos do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), em seu Anteprojeto de Lei para reforma do direito das sucessões, propôs alteração ao aludido artigo,¹⁹ em que “já estando o casal separado de fato, desapareçam os direitos sucessórios dos cônjuges, devendo ser afastada qualquer referência a prazo mínimo de separação fática para que tal fenômeno ocorra, bem como, ainda, o questionamento da culpa.” (GONÇALVES, 2010, p.182).

Além das exigências previstas no artigo 1.830 do CC, outro requisito, desta vez relativo apenas ao cônjuge em concorrência com os descendentes na primeira classe, é o do regime de bens.

Como explica Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007, p.225):

O inciso I do artigo 1.829, faz depender a vocação do cônjuge supérstite do regime de bens escolhido pelo casal, quando de sua união, uma vez que o legislador enxerga nessa escolha uma demonstração prévia dos cônjuges no sentido de permitir ou não a confusão patrimonial e em que profundidade querem ver operada tal confusão.

¹⁹ Alteração do artigo 1.830 do CC, proposta pela comissão do IBDFAM: “Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge e ao companheiro sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato.” (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2018).

Aos requisitos da legitimidade de sucessão do cônjuge previstos no inciso I do artigo 1.829 do CC será dedicado parágrafo próprio no capítulo a seguir.

3.2.2 Direito real de habitação

Caso preenchidos os requisitos do artigo 1.830 do Código Civil, estudados na precedente seção, o dispositivo legal, em seu artigo 1.831, assegura ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação nos seguintes moldes:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. (BRASIL, 2002).

De acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2018, p.343), “o direito real de habitação é a garantia reconhecida ao cônjuge (e ao companheiro) de continuar residindo no imóvel, de natureza residencial, que, durante a convivência, servia de lar para o casal, após a morte do outro componente da sociedade afetiva.”

Cuida-se de direito personalíssimo e vitalício, devendo o beneficiário utilizar o bem como residência sua, não podendo alugá-lo ou cedê-lo, independente de manter-se viúvo. (MONTEIRO; PINTO, 2012, p.113).

Como leciona Flávio Tartuza (2018, p.229):

Esse direito real recai sobre a coisa, conforme o art. 1.225, inc. VI, da codificação, dando ao habitante, seu beneficiado, o direito de residir no bem, sem a necessidade de pagamento de qualquer valor aos demais herdeiros, caso de eventuais aluguéis. A propriedade do bem é atribuída a quem de direito, caso do herdeiro legítimo ou testamentário, mantendo-se a restrição real, que não impede a venda do imóvel para terceiros. A propriedade do bem clausulado pode ser vendida, mas não o direito real de habitação, que é inalienável como o é o usufruto, por combinação dos arts. 1.393 e 1.416 do Código Civil.

No Código Civil de 1916, o direito real de habitação sofria uma limitação legal, na medida em que a viúva (ou viúvo) somente poderia exercê-lo se fosse casada(o) ‘sob o regime da comunhão universal’. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p.232). No atual Código Civil esse direito não é condicionado ao regime de bens, encontrando-se, portanto, em sintonia com o fim social da norma, que é proteger o

direito de moradia do cônjuge, direito fundamental reconhecido pelo artigo 6º da Constituição Federal,²⁰ bem como para garantir o mínimo existencial para sobrevivência do indivíduo.

Em síntese, o cônjuge sobrevivente, em qualquer classe sucessória que ele se encontre, isoladamente ou em concorrência com os descendentes²¹ ou ascendentes, e seja qual for o regime de bens do casamento, terá direito à moradia relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Importante salientar nesse ponto, que, para o reconhecimento de tal direito, o dispositivo exige que o imóvel seja o único com aquela característica, de residência do casal, pois havendo mais de um imóvel não será concedido o direito, e que este seja de propriedade do casal, pois “não há que reconhecer o direito real de habitação se o falecido for um mero usufrutuário do imóvel, sendo a nua propriedade de um terceiro.” (TARTUCE, 2018, p. 231).

Feita essas considerações, imprescindível se faz a delimitação dos conceitos de sucessão, herança e meação.

3.2.3 Sucessão, herança e meação

Sucessão, herança e meação são termos próprios do Direito das Sucessões, mas tem significados diversos, e não se confundem.

Como visto na introdução do capítulo 3, *Direito sucessório do cônjuge*, o termo sucessão em sentido amplo “refere-se ao **ato de suceder**, que pode ocorrer por ato ou fato entre vivos ou por causa da morte.” (VENOSA, 2017, p.11, grifo nosso).

Enquanto que o termo herança é exclusivo da sucessão *mortis causa*, isto é, decorrente da morte de alguém, o falecido. “Para tal figura são utilizados os termos *morto, autor da herança, e de cujus (de quem)*, que simplifica a expressão *aquele de quem a herança se trata*.” (TARTUCE, 2018, p.2, grifo do autor).

²⁰ O codificador de 2002 suprimiu o direito real de habitação em favor do filho com necessidade especial, na falta do pai ou da mãe, conforme previa o § 3.o do art. 1.611 do Código revogado, incluído pela Lei n. 10.050 de 2000. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p.232).

²¹ O direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência do casal deve ser conferido ao cônjuge/companheiro sobrevivente não apenas quando houver descendentes comuns, mas também quando concorrerem filhos exclusivos do de cujus. (STJ, REsp 1.134.387/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, j. 16.04.2013, DJe 29.05.2013). (TARTUCE, 2018, p.231).

Conforme mencionado, “entender-se *herança* como o conjunto de direitos e obrigações que se transmite, em razão da morte, a uma pessoa, ou a um conjunto de pessoas, que sobreviveram ao falecido. Destarte, a herança deve ser vista como o patrimônio do de cujus.” (VENOSA, 2017, p.11, grifo do autor).

Nas palavras de Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2017, p.300, grifo nosso):

Com a abertura da sucessão causa mortis, **a herança, o monte, o acervo hereditário, o espólio (sob o ponto de vista processual)**, representados por todo o conjunto de bens, direitos e obrigações transmissíveis do falecido, mediante uma ficta iuris denominada de droit de saisine, é por esse transferida imediatamente aos seus herdeiros legais e testamentários, sem necessidade de qualquer formalidade (le mort saisit le vif).

Quanto à meação, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira (2017, p.121), “não há como confundir o direito à herança, reconhecido ao cônjuge supérstite, com a sua meação. À meação, em regra, já tem o cônjuge direito em vida do outro, na vigência da sociedade conjugal, não lhe advindo, portanto, *successionis causa*.”

Como exemplifica Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2017, p.51):

A meação é a comunicação de bens *inter vivos* advinda do regime patrimonial aplicável ao casamento ou à união estável do hereditando (arts. 1.639 e ss. e art. 1.725, ambos do CC), sendo efeito oriundo do estatuto patrimonial da família. [...] Assim, quando a pessoa vier a falecer, vai fazer parte de sua herança a sua eventual meação, mesmo que alguns dos bens que a integrem estejam inteiramente em nome do cônjuge sobrevivente.

O que interessa a esse trabalho, é a sucessão hereditária ou *mortis causa*, que, como exemplifica Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007, p.17 - 18, grifo nosso), pode se dar em virtude de lei, *sucessão legítima* (sempre a título universal, em que há transferência do patrimônio como um todo) às pessoas constantes da ordem de vocação hereditária, ou por ato de última vontade, *sucessão testamentária* (a título universal ou singular sendo sucessor o testamentário ou o legatário respectivamente), que não entra nos objetivos de estudo do presente trabalho.

Na sucessão legítima (*ab intestato*), decorrente da lei, a herança do falecido será distribuída seguindo uma ordem de “chamamento”,²² ordem de vocação hereditária. Neste sentido, é importante frisar que, os herdeiros *necessários*, distinguem-se dos demais por serem eles inafastáveis do direito à sucessão, ou seja, não podem ser excluídos nem por vontade testamentária, como dispõe o artigo 1.789 do CC: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.” (BRASIL, 2002).

A classe dos herdeiros necessários, como aponta Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007, p.19), “é composta pelos ascendentes e pelos descendentes do *de cujus*, sendo que o Código Civil incluiu nessa classe o cônjuge supérstite.”

É sobre a sucessão do cônjuge como herdeiro legítimo necessário que se passará a estudar na seção a seguir.

3.3 O CÔNJUGE COMO HERDEIRO LEGÍTIMO NECESSÁRIO

Como visto na primeira parte deste capítulo, é novidade do atual Código Civil a inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros necessário.²³ “No regramento anterior, pois, o consorte sobrevivente não era considerado herdeiro necessário, nem, muito menos, era detentor de direito concorrencial em face de ascendentes ou descendentes, como se dá na vigente normatização” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p.227), de certo modo, como aponta Arnaldo Wald (2009, p.17), “houve uma modificação de tratamento com a finalidade de limitar a vontade do testador e, ao mesmo tempo, proteger a família que ele deixou com a sua morte.”

A expressão herdeiro legítimo e necessário não se confundem, uma vez que, nas palavras de Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto (2011, p. 124), “todo herdeiro necessário é legítimo, mas nem todo herdeiro legítimo é necessário, também designado como legitimário, reservatário, obrigatório ou forçado.”

²² Vocação hereditária, assim, traz o mesmo sentido de sucessão legítima, cuja ordem de chamamento, ou de convocação, é determinada pelo Código Civil. (SILVA, 2016, p.1503).

²³ O projeto CLÓVIS BEVILÁQUA já previa tal inclusão, no anseio de proteger o consorte sobrevivente, seguindo uma tendência que se observava em outros países. Todavia, a iniciativa não foi aprovada, vindo a ser acolhida somente agora, no Código Civil de 2002. (GONÇALVES, 2010, p.204).

Os *herdeiros legítimos* são aqueles que, caso o falecido não tenha deixado testamento (ou se este for declarado inválido), serão chamados a herdar segundo ordem estabelecida em lei (artigo 1.829 CC), “[...] daí a afirmativa, encontradiça em muitos escritores, de que a sucessão legítima é o testamento presumido do *de cujus*” (RODRIGUES, 2007, p.16), enquanto que, os *herdeiros necessários* são os descendentes, os ascendentes e, a partir do Código de 2002, o cônjuge (artigo 1.845 CC), aos quais, mesmo existindo testamento, lhes é reservada a metade da herança, constituindo a legítima (artigo 1.864 do CC).

Assim determina o Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima. (BRASIL, 2002).

Dois conceitos aparecem com o herdeiro necessário, são eles: a legítima e a porção disponível. “A *legítima*, que corresponde à metade dos bens do testador, ou à metade da sua meação, nos casos em que o regime do casamento a instituir. A *porção ou quota disponível*, constitui a parte dos bens de que o testador pode dispor livremente [...]” (GONÇALVES, 2010, p. 205 e 206, grifo do autor).

Vale aqui lembrar que herança não se confunde com meação, sendo aquele direito decorrente da morte do consorte e este advindo do regime patrimonial que vigorou entre os cônjuges na constância do casamento.

Destarte, “se o testador é casado pelo regime da comunhão universal (art.1.667), a metade dos bens pertence ao outro cônjuge; portanto para o cálculo da legítima e da porção disponível ter-se-á em vista, exclusivamente a meação que toca ao testador.” (MONTEIRO; PINTO, 2012, p. 20).

Dessa forma, existindo descendentes, ascendentes ou cônjuge, o testador não poderá dispor da totalidade de seus haveres, pois a liberdade de testar é restrita *ex lege*. Contudo, “quando fundamentado em fato caracterizador de ingratitude por parte de seu herdeiro necessário, poderá o autor da herança afastá-lo.” (HIRONAKA, 2007, p.260 e 261). Dessa forma, os herdeiros necessários, como afirma Eduardo de Oliveira Leite (2004, p.155), “só podem ser excluídos da legítima nos casos excepcionais de indignidade (art.1.814) e por deserdação (art. 1.961, 1.962 e 1.963).”

Como observam Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto (2012, p.21; 23) “através da legítima [...] obtém-se a tutela da família, também colimada pelo direito das sucessões. [...] Outorgar ao indivíduo, plena liberdade de testar seria conferir preeminência ao elemento individual, em detrimento do social.”

Na mesma linha, doutrina Ana Luiza Maia Nevares (2015, p.26):

A legítima concretiza no Direito Sucessório a solidariedade constitucional, prevista no art. 3º, inciso I da Carta Magna, na medida em que preconiza uma distribuição compulsória dos bens entre os membros mais próximos da comunidade familiar em virtude da morte de um deles.

Como exposto no primeiro capítulo, “é certo de que a evolução de conceito de família, que é cambiante, sofrendo as sucessivas rupturas que a história e os valores da sociedade impõem, determina modificações na ordem de vocação sucessória adotada por cada país.” (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p.275).

Neste sentido, o codificador de 2002 revogou o usufruto viual que existia no Código de 1916,²⁴ “por perda da necessidade prática, da instituição em favor do cônjuge sobrevivente dos direitos reais de uso ou usufruto, uma vez que esta passa a herdar sempre que não lhe faltar legitimidade para tanto.” (HIRONAKA, 2007, p. 222).

Desse modo, como relevam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2018, p.277), “como forma compensatória pela perda do usufruto viual, o cônjuge e o companheiro passaram a ter uma porção da herança, em concorrência direta com os descendentes e os ascendentes.”

A alteração aportada no atual Código Civil foi assim justificada por Miguel Reale (2005, p.114):

Com a adoção do regime legal de separação parcial com comunhão de aquestos, entendeu a Comissão que especial atenção devia ser dada aos direitos do cônjuge supérstite em matéria sucessória. Seria, com efeito, injustificado passar do regime da comunhão universal, que comporta a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, para o regime da comunhão parcial, sem se atribuir ao cônjuge supérstite o direito de concorrer com descendentes e ascendentes. Para tal fim, passou o cônjuge a ser considerado herdeiro necessário, com todas as cautelas e

²⁴ Nos termos do art. 1.611, § 1.º, do Código Civil de 1916, ora revogado, o cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não fosse o da comunhão universal de bens, teria direito, enquanto durasse a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filhos, deste ou do casal. Se não houvesse filhos, embora sobrevivessem ascendentes do *de cujus*, o cônjuge supérstite teria direito ao usufruto sobre a metade dos bens do falecido. (TARTUCE, 2018, p.162).

limitações compreensíveis em questão tão delicada e relevante, a qual comporta diversas hipóteses que exigiram tratamento legal distinto.

Nesse sentido, “quando o *de cujus* falece *ab intestato*,²⁵ o chamamento dos sucessores é feito de acordo com uma sequência denominada *ordem de vocação hereditária*.” (GONÇALVES, 2010, p.159).

A ordem de vocação hereditária é, segundo Sílvia Rodrigues (2007, p.94), “a relação preferencial, estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder o finado. O legislador, nessa relação de pessoas, as divide em várias classes”. Com efeito o artigo 1.829 do CC consagra quatro classes:

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).

De acordo com Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto (2011, p.101), “cada inciso do citado artigo 1.829 diz respeito a uma classe, cuja convocação é sucessiva, uma depois da outra.”

Exemplificam os autores que:

[...] só se convocam ascendentes se não houver os descendentes; por sua vez o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes, com as exceções previstas no inciso I do artigo 1.829, com os ascendentes, e é chamado com exclusividade se não existem descendentes ou ascendentes; e à falta dos anteriores, convocam-se os colaterais [até o quarto grau]. (MONTEIRO; PINTO, 2011, p.101).

É o previsto nos artigos 1.836, 1.838 e 1.839 do CC, *ipsis verbis*:

Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.
 § 1º[...]
 § 2º[...]

²⁵ O caráter subsidiário da sucessão legítima é estabelecido no artigo 1.788 do CC, verbis: Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.(GONÇALVES, 2010, p.157).

Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau. (BRASIL, 2002).

Afirma Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007, p.225) que, “tornar o cônjuge sobrevivente herdeiro necessário do falecido, é medida que se coaduna com a colocação daquele nas duas primeiras classes de vocação sucessória em concorrência com os descendentes e ascendentes.”

Nota-se, assim, que o atual Código Civil inovou ao alçar o cônjuge a herdeiro necessário e a concorrente com os descendentes e os ascendentes na primeira e na segunda classe, respectivamente, reservando-lhe uma posição sucessória inegavelmente privilegiada.

Nas palavras de Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2017, p. 317), “o cônjuge sobrevivente é a ‘estrela’ do direito sucessório [brasileiro] nos dias de hoje.”

Partindo-se da ordem de vocação hereditária, estudar-se-á, no capítulo a seguir, a posição do cônjuge nas classes de sucessão, analisando-se a concorrência do cônjuge supérstite casado no regime da separação convencional de bens como herdeiro legítimo na primeira classe da ordem de vocação hereditária, fruto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

4 SUCESSÃO DO CÔNJUGE CASADO NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

No presente capítulo será abordado o tema da vocação concorrente do cônjuge casado no regime da separação convencional de bens com os descendentes do autor da herança. Serão estudadas as principais divergências doutrinárias e jurisprudenciais, e analisadas as recentes decisões dos tribunais quanto à matéria em pauta.

Como visto no capítulo anterior, “na ciência jurídica, quando se fala em direito das sucessões, está se tratando de um campo específico do direito civil: a transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte. É o direito hereditário[...]” (VENOSA, 2006, p.1).

Foi visto também que, “a sucessão por morte divide-se em duas grandes categorias: legítima (ou legal) e testamentária.” (LEITE, 2004, p.132).

Na sucessão legítima, que interessa a esse trabalho, o chamamento dos herdeiros respeita uma ordem legal, *ordem de vocação hereditária*, em que “o critério da vocação é a proximidade do vínculo familiar. [...] O grau de parentesco indica proximidade (dos parentes próximos) ou remotividade (parentes distantes) e estes elementos produzem importantes efeitos no direito sucessório.” (LEITE, 2004, p. 133).

De acordo com Maria Helena Diniz (2018, p.127) “a relação é, sem dúvida, preferencial; há uma hierarquia de classes obedecendo a uma ordem, porque a existência de herdeiro de uma classe exclui o chamamento à sucessão dos herdeiros da classe subsequente.”

A esse respeito, cumpre salientar que, nos termos do artigo 5º, XXXI, da Constituição Federal, que repete com pequena alteração o artigo 10, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), esta ordem de vocação hereditária pode ser alterada tratando-se de bens existentes no Brasil, pertencentes a estrangeiro falecido, casado com brasileira e com filhos brasileiros, se a lei nacional do *de cujus* for mais favorável àquelas pessoas do que o seria a brasileira. (DINIZ, 2018, p.128).

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.162), “é corrente na doutrina o entendimento de que o legislador, ao estabelecer a ordem de vocação hereditária, funda-se na vontade presumida do falecido.”

Quanto à presunção desta vontade, muito pode ser questionado acerca da adequação ou não da norma à luz das novas relações conjugais, em nome da família afetiva e do grande número de separações e divórcios que se registram na sociedade contemporânea.²⁶

4.1 CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE

Como estudado nas seções precedentes, com o Código de 2002 a situação do cônjuge, em âmbito sucessório melhorou muito, podendo-se dizer que a sua posição de herdeiro, nunca foi tão privilegiada. (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p.321).

A colocação do cônjuge como herdeiro necessário concorrendo com os herdeiros das primeiras duas classes foi uma das mais importantes inovações aportadas pelo Código Civil de 2002 à ordem de vocação hereditária. (GONÇALVES, 2010, p.160).

Dispõe o artigo 1.829 do Código Civil:

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)

Na hipótese prevista no inciso III, introduzida com o Código de 1916, ao cônjuge, na falta de ambas as classes anteriores (de acordo com o artigo 1.838 do CC), e preenchidos os pressupostos legais do artigo 1.830, lhe será deferida a totalidade da herança com exclusividade. Neste trabalho indagar-se-á a posição do cônjuge como herdeiro necessário nas primeiras duas classes, concorrendo à legítima com os descendentes e os ascendentes do falecido, para assim refletir sobre a condição do cônjuge que, casado no regime de separação convencional de bens concorre com os descendentes na primeira classe da ordem sucessória.

²⁶ Em 33 anos, divórcios aumentam 269%, enquanto a população cresceu apenas 70%. (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2018).

Nota-se que a diferença substancial entre a concorrência do cônjuge com os descendentes e ascendentes é que, enquanto esta independe do regime de bens, naquela o cônjuge só terá direito a concorrer na herança se não é casado no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens, ou se, no regime de comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. (BRASIL, 2002).

Feita essa premissa, importante relevar que, como leciona Flávio Tartuce (2017, p.160), “o sistema de concorrência sucessória do cônjuge introduzido foi inspirado substancialmente em duas outras codificações privadas europeias: o Código Civil Italiano de 1942 e o Código Civil Português de 1966.”

No entanto, como bem frisa o autor, os dois códigos são filhos de outra época, quando os valores da sociedade eram outros, totalmente diversos da contemporaneidade, eram valorizadas sobremaneira o casamento tradicional, a família típica e a propriedade irretocável. As gerações anteriores imaginavam, como premissa-regra, que o casamento era para toda a vida, até que a morte separasse os cônjuges. Por isso, explica o autor, era imperioso valorizar a figura do cônjuge, ao lado dos descendentes, como fizeram as três legislações civis citadas. (TARTUCE, 2017, p. 161).

Vale, para os fins desta pesquisa, citar as palavras de Flávio Tartuce (2017, p.161) *ipsis litteris*:

[...] Passados mais de treze anos da entrada em vigor do Código Civil brasileiro de 2002, temos nos filiado aos críticos do sistema de concorrência sucessória, pois ele não se coaduna com a realidade social e familiar, tendo sido um grande equívoco a sua inclusão no sistema jurídico nacional. Estudos antropológicos demonstram que os mais jovens- componentes das gerações denominadas de X, Y e Z- tendem a ter casamentos menos duradouros, instáveis, que dificilmente chegam a uma década. Muitos, aliás, têm feito a opção de casamento pelo regime da separação convencional ou por regimes mistos, que afastam a comunicação de alguns bens. O casamento perpetuo está em crise. Não o casamento em si, pois as pessoas das gerações mais novas continuam se casando, e cada vez mais, mas aquele modelo tradicional, cativo no tempo, indissolúvel, está em derrocada. Aqui já existem motivos sociais consideráveis para se abandonar o sistema introduzido pelo Código Civil de 2002.

Quanto da redação dos dois códigos europeus, urge esclarecer que nenhum dos dois faz depender a concorrência do cônjuge ao regime de bens adotado pelos cônjuges durante o casamento,²⁷ enquanto que, “o critério utilizado pelo

²⁷ Código Civil Italiano, art. 581. (ITÁLIA, 1942). Código Civil Português, art. 2.133. (PORTUGAL, 1966).

legislador brasileiro, como condição para saber se haverá ou não concorrência do cônjuge com os descendentes do *de cujus* na partilha do acervo hereditário é o regime de bens adotado no casamento.” (AITA, 2018).

4.1.1 Concorrência do cônjuge com os ascendentes

O inciso II do artigo 1.829 do CC dispõe que, não existindo os descendentes, serão chamados a suceder, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, que se encontrar nas condições exigidas pelo artigo 1.830, qualquer que seja o regime de bens, os seus ascendentes (CC, art.1.836), sendo que o grau mais próximo exclui o mais remoto, não se devendo atender à distinção de linhas, porque entre os ascendentes não há direito de representação. (DINIZ, 2018, p. 139).

É o previsto no artigo 1.852 do CC: “o direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente.” (BRASIL, 2002).

Quanto ao cônjuge, como leciona Sílvia de Salvo Venosa (2006, p.121):

[...] a sua herança será de um terço da universalidade se concorrer com ascendente de primeiro grau, sendo a metade se concorrer com um só ascendente, ou se maior for o grau (art.1.837). Assim, de acordo com o atual Código, a herança será dividida em três partes iguais se o cônjuge sobrevivente concorrer com sogro e sogra. Se houver apenas o sogro ou a sogra vivo ou se os herdeiros ascendentes forem de grau mais distante, o cônjuge receberá sempre a metade.

O cônjuge, portanto, independentemente do regime de bens e nas condições expostas acima, quando concorre com os ascendentes, fará jus à sua parte da herança. Diferente de quanto acontece se o mesmo concorrer na herança com os descendentes na primeira classe de sucessão, em que a participação à herança dependerá do regime de bens que vigorou durante o casamento, como será estudado adiante.

4.1.2 Concorrência do cônjuge com os descendentes

A primeira classe a ser chamada à sucessão é a dos descendentes do *de cujus* em concorrência com o cônjuge supérstite, o qual participará da herança nos moldes do artigo 1.832 do CC:

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. (BRASIL, 2002).

A regra geral é de que o cônjuge supérstite e os descendentes recebam a mesma quota hereditária. Todavia, essa regra encontra exceção na parte final do artigo, sempre que a concorrência se der entre o cônjuge supérstite e quatro ou mais dos descendentes que teve em comum com o *de cujus*. (HIRONAKA, 2007, p. 234).

Como explica Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007, p.234; 235, grifo da autora):

[...] o acervo hereditário será dividido em tantas partes quantos forem os sucessíveis desta classe, *mais uma parte* atribuível ao cônjuge supérstite. Essa regra aplica-se a todos os herdeiros de primeira classe que recebam por direito próprio (ou filhos, ou netos, ou bisnetos) ou que recebam por força do direito de representação (por estirpe), concorrendo com os sucessíveis de grau imediatamente anterior. Todavia, se a quota-parte cabível ao cônjuge sobrevivente for menor do que a quarta parte do monte-mor, e se todos os chamados a suceder forem também seus descendentes, a lei lhe reserva esse montante, que será então descontado do acervo hereditário, repartindo-se os outros 75% entre os descendentes que com este concorrem à sucessão. Mas, se à sucessão concorrem descendentes apenas do *de cujus*, então a reserva da quarta parte ao sobrevivente não prevalecerá, e a herança dividir-se-á em tantas partes quantos forem os descendentes *mais uma* a ser entregue ao cônjuge.

O artigo 1.832 não prevê a hipótese de o cônjuge sobrevivente concorrer com filhos de origem híbrida, ou seja, com descendentes comuns (ao cônjuge falecido e ao cônjuge sobrevivente) e com descendentes exclusivos do autor da herança. A omissão deixa dúvidas sobre o prevalecimento da reserva da quarta parte dos bens a serem partilhados. Dentre as três correntes doutrinárias, aquela que prevalece e que melhor atende a *mens legis*, “pois a intenção do legislador foi, sem dúvida, beneficiar o cônjuge, acarretando o menor prejuízo possível aos filhos”, é aquela que assegura a reserva da quarta parte somente quando todos os descendentes forem comuns. (GONÇALVES, 2010, p.176;177).

Continuando nos estudos, note-se que, “ao disciplinar a concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes do finado, o legislador estabeleceu uma correlação (condicional) com o regime de bens do casamento dissolvido pelo óbito.” (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p.321).

Conforme quanto previsto no artigo, que por importância de estudo será aqui novamente exposto:

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 [...]. (BRASIL, 2002).

O artigo prevê, como regra, o direito à concorrência e, em seguida, três casos de exclusão: quando o cônjuge sobrevivente foi casado com o falecido no regime da comunhão universal de bens, no da separação obrigatória de bens, e quando casado no regime da comunhão parcial de bens, o falecido não houver deixado bens particulares. (BRASIL, 2002).

A lógica seguida pelo legislador leva em consideração os conceitos vistos de meação e herança, afirma Flávio Tartuce (2017, p.174, grifo do autor), “o espírito da codificação é trazer a premissa de que o cônjuge *ou meia ou herda sobre os bens do falecido*.”

Desse modo, no regime da comunhão universal não há concorrência sucessória, o cônjuge sobrevivente recebe a sua meação, calculada sobre a totalidade do patrimônio do casal, e que já lhe pertence, sem qualquer participação na meação do falecido, que constitui a herança dos descendentes. (MONTEIRO; PINTO, 2011, p. 111).

Como leciona Carlo Roberto Gonçalves (2010, p.170), “entende o legislador que a confusão patrimonial já ocorrera desde a celebração da união nupcial, garantindo-se ao cônjuge sobrevivente, pela meação adquirida, a proteção necessária.”

Todavia, a comunhão universal de bens não é absoluta, observando as exceções previstas no artigo 1.668 do CC.

Por consequência, “surge questão de debate, relativa a possibilidade de concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes quanto aos bens particulares que não se comunicam na comunhão universal, descritos no artigo 1.668 do CC.” (TARTUCE, 2017, p. 182).

Alguns doutrinadores seguem a corrente de que, se houver bem particular, apesar de o regime ser o da comunhão universal, deverá haver concorrência sucessória, todavia, “em pesquisa jurisprudencial, não se encontrou qualquer julgado

aplicado, existem apenas arestos que afastam a concorrência sucessória do cônjuge na comunhão universal, sem qualquer ressalva.” (TARTUCE, 2017, p. 183).

Resta afastada também a concorrência do cônjuge se o regime de bens do casal era o da separação obrigatória de bens, que, como visto na seção dedicada ao regime de bens, trata-se de regime imposto pela lei (obrigatório) nos casos previstos no artigo 1.641 do CC.²⁸

Vale lembrar que, como ensina Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.170):

Essa separação obrigatória é total e permanente, atingindo, inclusive, os bens adquiridos na constância do casamento, que não se comunicam. Exatamente por não se admitir qualquer tipo de comunicação patrimonial por vontade dos cônjuges é que se afasta o direito de concorrência com os descendentes, a fim de evitar qualquer burla à imposição legal.

E ainda, salienta o autor: “é a única exceção ao princípio de que, inexistindo meação, haveria concorrência.”

De acordo com Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007, p.226), “os casados pelo regime da separação obrigatória de bens, vêem-se impedidos por lei de estabelecer regime patrimonial diverso daquele que determina que os bens de cada um dos cônjuges não se comunicam[...]”.

Destaca-se que: “não faria sentido, com efeito, permitir ao cônjuge eventualmente receber, a título de herança, os mesmos bens que não podiam comunicar-se no momento da constituição do vínculo matrimonial.” (GONÇALVES, 2010, p. 171).

Entretanto, nota-se que, como será visto adiante, o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens não recebeu o mesmo tratamento.

Ponderam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2018, p.325):

[...] a jurisprudência mitigou, arrefeceu, a dureza da separação obrigatória de bens, garantindo ao cônjuge o direito à meação sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da relação (aquestos), presumindo esforço comum, com vista a impedir o enriquecimento sem causa, é o que garante a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.²⁹[...] Ignorou, portanto, o legislador toda a evolução jurisprudencial conferida ao regime da separação obrigatória

²⁸Observe-se que a lei faz remissão ao art. 1.640 parágrafo único (que diz respeito à separação convencional), sendo que o texto referente ao regime de separação obrigatória está no art. 1.641. O PL 699/2011, pretende alterar a menção constante do inciso I do artigo 1.829, para o art.1.641 da própria codificação. (TARTUCE, 2017, p.173).

²⁹ Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (STF): No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. (BRASIL,1964).

de bens ao negar direito sucessório a quem está submetido ao regime da separação imposta por lei.

Continuando com os casos de exclusão, o legislador afastou da concorrência o cônjuge casado no regime da comunhão parcial de bens quando o falecido cônjuge não deixou bens particulares.

Vale lembrar que “a premissa-regra deste regime é a comunicação somente dos bens havidos durante o casamento, excluindo-se os bens anteriores e havidos por doação ou sucessão.” (TARTUCE, 2017, p. 164).

Na visão de Flávio Tartuce (2017, p. 165), “o texto praticamente não tem incidência prática, pois a lei não expressa a existência de bens imóveis, ou um patrimônio mínimo para incidência ou não da concorrência”, fazendo supor que, sempre existirá algum bem particular.

O assunto tem-se mostrado polêmico, criando divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à quota conferida ao cônjuge, se essa deve ser calculada sobre todo o espólio ou somente sobre os bens particulares deixados pelo falecido. (GONÇALVES, 2010, p.171).

Como exemplifica Flávio Tartuce, “o Tribunal da Cidadania em 2015, consolidou a posição majoritária da doutrina, no sentido de que a concorrência do cônjuge, no regime da comunhão parcial de bens, diz respeito aos bens particulares, aqueles que não fazem parte da meação.”³⁰

Recentemente, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2018, p. 324) pontuaram que:

Em relação à exclusão do cônjuge casado em comunhão universal, ou no regime de comunhão parcial sem bens particulares, pontua-se que haverá direito sucessório para ele sobre bens eventualmente excluídos da comunhão, os chamados bens particulares. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, reconheceu ao cônjuge casado em qualquer regime de bens o direito sucessório sobre bens recebidos com a cláusula restritiva de incomunicabilidade. [...] Ilustrativamente, se uma pessoa casada em regime de comunhão universal ou parcial receber por doação ou testamento um bem com cláusula de não comunhão, [...] vindo a falecer o beneficiário, o cônjuge viúvo terá direito sucessório sobre a coisa, malgrado a clareza da vontade do disponente ao praticar a liberdade em não desejar a comunhão [...].

³⁰ Superior Tribunal de Justiça (STJ), Recurso Especial nº 1.368.123/SP. 2ª Seção, Relator Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 22 de abril de 2015a.

Por outro lado, o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes do autor da herança nos casos não excetados no artigo 1.829, I, ou seja, quando casado no regime da separação convencional de bens e no regime da participação final nos aquestos.

Quanto ao regime da participação final nos aquestos, o cônjuge sobrevivente “receberá a sua meação nos bens comuns e participará dos bens particulares em concorrência com os descendentes sucessíveis.” (MONTEIRO; PINTO, 2012, p.112).

Conforme ao disposto no artigo 1.672 do CC, no regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge, na constância do casamento possui patrimônio próprio, cabendo-lhe à época da dissolução do casamento e da sociedade conjugal, direito a metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso. (BRASIL, 2002).

De acordo com Flavio Tartuce (2017, p.184), “a participação final dos aquestos é próxima de uma separação convencional de bens, o que já justificaria a concorrência.”

Por outro lado, no entendimento de Rolf Madaleno (2018b) não cabe a concorrência, uma vez que:

Como pode ser facilmente conferido, nem ao largo e por lembrança, o art. 1.829 do novo Código Civil ou qualquer de seus incisos faz qualquer referência ao o novo regime de bens, da participação final nos aquestos. Trata-se, em verdade, de um regime de separação de bens onde cada consorte tem a livre e independente administração do seu patrimônio pessoal, dele podendo dispor livremente. Apenas na hipótese de ocorrer a separação judicial é que serão apurados os bens de cada cônjuge separando, tocando a cada um deles a metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso na constância do casamento.

Trata-se de um regime complexo, introduzido com a codificação de 2002, e que, como releva Flávio Tartuce (2017, p.183) “tem pouca incidência prática”, e que por isso, como pondera Rolf Madaleno (2018b), será “a jurisprudência que cuidará de iluminar os caminhos que se criaram neste escuro trajeto que leva a dar solução aos problemas que inevitavelmente surgirão[...]”.

Em resumo, as pessoas excluídas da sucessão são aquelas casadas nos regimes da comunhão universal, na comunhão parcial sem bens particulares e na separação obrigatória de bens, enquanto que nos demais regimes, comunhão parcial com bens particulares, participação final nos aquestos, separação convencional de bens, a que será dedicado o tópico a seguir, haverá concorrência hereditária com os descendentes.

4.2 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS À CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE CASADO NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL COM OS DESCENDENTES DO FALECIDO

Como visto na seção anterior, o artigo 1.829, inciso I, ao enumerar as exceções relativas à concorrência do cônjuge com os descendentes do autor da herança, não excepcionou o regime da separação convencional de bens, sendo lícito ao intérprete concluir que nesta hipótese haverá a aludida concorrência. (GONÇALVES, 2010, p.173).

Entretanto, esse entendimento não é unânime, nem em âmbito doutrinário, nem em âmbito jurisprudencial.

Segundo Flávio Tartuce (2017, p.173) “na separação convencional de bens, a concorrência sucessória está presente, pois esta não está abrangida pela exclusão que consta da parte final do artigo 1.829, inciso I, da codificação privada.”

Na mesma esteira, outros doutrinadores, como Maria Helena Diniz (2018), Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007), Carlos Roberto Gonçalves (2010), Ana Luiza Maia Nevares (2015), entendem que, devido à separação absoluta dos bens, e “como não há meação ou qualquer outra participação do cônjuge sobre os bens do outro, deve-se reconhecer a concorrência sucessória. Mantém-se a ideia de que, [...]o cônjuge ou *meia ou herda sobre os bens do falecido*.” (TARTUCE, 2017, p.174).

Recentemente os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, dedicaram um inteiro tópico do livro de Direito das Sucessões ao tema, entendendo como “ilógica” a concorrência do cônjuge casado no regime da separação absoluta de bens com os descendentes do falecido. (FARIAS; ROSENTHAL, 2018, p.326, grifo nosso).

Entendem os autores que “[...]as *pessoas casadas no regime de separação convencional de bens não podem herdar, em concorrência com os descendentes, sob pena de afronta direta à autonomia privada e a todos os princípios garantidores da liberdade de autodeterminação*.” (FARIAS; ROSENTHAL, 2018, p.327, grifo dos autores).

Da mesma opinião, é Paulo Lôbo (2013, p.138), que afirma:

A interpretação que postula a extinção do efeito essencial do regime de separação convencional de bens, esvazia de sentido lógico suas finalidades e nega respeito à liberdade de escolha e, consequentemente, ao princípio

constitucional da liberdade que é expressão do macro princípio da dignidade da pessoa humana, pois não há dignidade se a pessoa não pode organizar livremente o seu projeto de vida privada e familiar.

Entretanto, pondera Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.174): “trata-se, em realidade, de direito sucessório, e não propriamente de comunicação de patrimônio. Com a morte extinguiu-se o regime, subsistindo, todavia, o direito do cônjuge a uma parte da herança.”

Miguel Reale, principal idealizador do atual Código Civil, reputa “não aceitável” a interpretação de que o cônjuge casado no regime de separação convencional de bens concorra como herdeiro, pois, afirma o autor: “a primeira regra da hermenêutica jurídica estabelecida pelo jurisconsulto Jean Portalis, [...] é de que, ‘em um código os artigos se interpretam uns pelos outros’.” Desta forma, continua Reale, “se o cônjuge casado no regime de separação de bens, fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança, estaríamos ferindo substancialmente o disposto no artigo 1.687 [...]” (REALE, 2005, p.229; 230).

Esclarece o autor, “A obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo expressão ‘separação obrigatória’ aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1.641.”³¹ (REALE, 2005, p. 230).

Seguindo o entendimento de Reale, Eduardo de Oliveira Leite (2009, p.277; 278) aduz:

A coerência e cientificidade de Reale mais uma vez se impõe: desconsiderar os efeitos decorrentes do regime de separação convencional revela-se, senão difícil, impossível, e desconsiderar a vontade manifesta das partes materializada no pacto antenupcial implicaria invalidar um ato jurídico formal, que produziu todos os efeitos durante a vida em comum do casal e, pois, não poderia deixar de valer após a morte de um de seus subscritores. Desconsiderar o escopo da separação convencional, devidamente materializada no formalismo do pacto antenupcial, acarretaria uma insegurança jurídica que fica negada veementemente, pelas mais elementares noções de Direito. Ou, como agudamente concluiu Daneluzzi, ‘os titulares dos bens tinham certeza que eles permaneceriam no âmbito de determinada família; o que veio a causar espécie é que essas pessoas não terão mais a mesma certeza, o que poderá provocar insegurança jurídica, em que pesem as justificativas para tal mudança coadunarem com o anseio de transformação familiar, privilegiando a afetividade, em detrimento da consanguinidade’.

³¹ O artigo 1.641 não possui paragrafo único, sendo os casos de imposição da separação de bens elencados nos incisos do mesmo artigo. (REALE, 2005, p. 230).

Além disso, ressaltam Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald (2018, p.332), “chegar-se-ia ao cúmulo de dizer [...] que, se o casamento está submetido à separação obrigatória, não há direito à herança, mas em se tratando de separação consensual, escolhida livremente pelas partes, haveria direito sucessório. O disparate seria evidente.”

Nesta mesma esteira, o Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro (2018, p.723):

Com todo o acatamento não pode haver efeito jurídico diverso para quem se casa com pacto de separação total de bens, diante dos que se casam em tal regime por força de lei, porque a norma não fez tal distinção. Não faz sentido possibilitar aos cônjuges a livre escolha do regime de bens, formalizada no pacto antenupcial, para depois lhes negar os efeitos práticos do regime lícitamente escolhido.

E em resposta aos doutrinadores que afirmam que o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens, excluído da sucessão hereditária, ficaria desprotegido, os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2018, p.331) utilizam-se da seguinte argumentação: “se o outro consorte deseja ampará-lo materialmente, garantindo um patrimônio básico ao outro, poderá se valer de testamento, ou de doação em seu favor, o que, uma vez mais, respeita sua vontade.”

Conforme estudado até agora, nota-se que o cônjuge sobrevivente, hoje, além de indiscutivelmente privilegiado pela norma, se tornou de certa forma inafastável da sucessão hereditária. Vale lembrar que, além de ser herdeiro nas três classes da ordem sucessória, foi elevado à condição de herdeiro necessário, não podendo ser afastado da sucessão pelo autor da herança, nem por vontade testamentária. Ademais, é meeiro (dependendo do regime de bens) e poderá gozar do direito real de habitação, sem limitação de tempo, sendo este benefício vitalício.

No dizer de Mário Luiz Delgado (2018, grifo nosso):

O herdeiro necessário é um privilegiadíssimo personagem do Direito das Sucessões, cuja existência impede o autor da herança de dispor integralmente do seu patrimônio, reduzindo ou retirando a quota a que faz jus esse herdeiro privilegiado.

No ordenamento jurídico brasileiro atual, a qualidade de herdeiro necessário encontra-se expressamente atribuída a determinadas pessoas pelo artigo 1.845 do Código Civil. Existem, assim, três classes de herdeiros necessários, conforme a ordem da sucessão legítima: a primeira classe, constituída pelos descendentes; a segunda classe, formada pelos ascendentes; e a terceira, integrada pelo cônjuge sobrevivente.

Somente a lei pode retirar esse título privilegiado dos descendentes, dos ascendentes e do cônjuge sobrevivente. Não pode o autor da herança, ainda que proprietário em vida de todo o patrimônio, excluir nenhum desses

herdeiros de sua sucessão, salvo nas estreitas hipóteses que autorizam a deserdação.

Ao permitir a concorrência sucessória do cônjuge casado sob o regime de separação convencional de bens, lembram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2018, p.328, grifo dos autores) que:

[...] ignora o legislador, por completo, o regime de bens eleito pelo casal, afrontando a autonomia privada, para contemplar o consorte sobrevivente com a herança do falecido, *retirando-a dos seus descendentes*. No ponto, não se pode esquecer que *os descendentes do falecido podem não ser filhos ou netos do cônjuge sobrevivente!*

Em consonância com o exposto, o Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro releva:

É louvável a posição que vê na lei uma maior proteção ao cônjuge sobrevivente como corolário da dignidade da pessoa humana. No entanto, sob outro prisma, os filhos teriam diminuída sua participação na herança, apesar da livre manifestação da vontade pactuada em vida pelos seus pais, na maioria das vezes, com a pretensão de melhor proteger o direito sucessório de sua prole. E não se pode esquecer que os filhos também merecem a proteção da lei, visando a preservação da sua dignidade.

De acordo com Rolf Madaleno (2017, p.331), “em favor do regime da separação de bens estão a independência patrimonial e a liberdade de atuação de cada um dos esposos, próprio e adequado para proclamar a perfeita igualdade de armas e de equiparação dos cônjuges[...]”, e que, vale a pena lembrar, está em perfeita harmonia com o princípio da igualdade entre homens e mulheres consagrado na Constituição Federal. (BRASIL, 1988, artigo 226, § 5º).

Entretanto, como afirma o autor: “a redação do artigo 1.829, I, não implementou, na prática, aquela independência e autonomia entre homens e mulheres que foi construída e planejada pela Constituição Federal de 1988 [...]”. (MADALENO, informação verbal).³²

O Direito das Sucessões, na ordem de vocação hereditária prevista no Código de 2002, ficou ancorado a uma realidade que não mais reflete a complexa situação contemporânea.

³² Palestra do professor Rolf Madaleno no seminário organizado pelo *Instituto Brasileiro de Direito de Família* (IBDFAM) em comemoração dos 30 anos da Constituição: *Os desafios contemporâneos do Direito de Família e Sucessões*. Auditório da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Seccional de Santa Catarina, Florianópolis, 17 out.2018.

Nas palavras de Rolf Madaleno:

[...] muito mais em função do passado, diferente do presente, o legislador criou mecanismos de proteção do cônjuge sobrevivente. O olhar era voltado para o cônjuge sobrevivente mulher, pois era quem não tinha renda, bens, e quem precisava, com o fim do casamento pela morte, de um auxílio financeiro, de um lastro patrimonial, para que, com este lastro, pudesse fazer frente às intempéries da vida. (informação verbal).³³

A ordem de vocação hereditária e a sucessão legítima, ambas reguladas pelo Código Civilista, visam proteger o patrimônio que é deixado pelo *de cujus* aos seus familiares. A ordem preferencial de herdeiros necessários foi estabelecida pelo legislador com a intenção de proteger a *presumida vontade* do *de cujus*, de que os seus bens ficassem àqueles que integravam o seu núcleo familiar. (OLIVEIRA, 2018, p. 207, grifo nosso)

Entretanto, Maria Fernanda de Oliveira (2018, p.208) questiona: “o legislador se baseou em uma vontade presumida. Mas se não fosse essa a vontade do *de cujus*?”

Significativo o posicionamento de Flávio Tartuce (2017, p.161, grifo do autor):

[...] temos nos filiado aos críticos do sistema de concorrência sucessória, pois ele não se coaduna com a realidade social e familiar, tendo sido um grande equívoco a sua inclusão no sistema jurídico nacional. A ordem de vocação hereditária que constava da codificação brasileira de 1916 era muito mais simples e *presumia melhor* a vontade do morto, seja para ele mesmo, seja em âmbito social.

Como visto nesta seção, não há unanimidade de entendimentos entre os doutrinadores quanto ao direito à concorrência sucessória do cônjuge casado no regime da separação convencional, bem como surgiram questionamentos sobre o sistema de concorrência sucessória e da ordem de vocação hereditária, assim como prevista no artigo 1.829 do CC. Resta analisar, por fim, o entendimento dos tribunais pátrios, acerca da concorrência do cônjuge sobrevivente casado no regime da separação convencional de bens.

³³ Palestra do professor Rolf Madaleno no seminário organizado pelo *Instituto Brasileiro de Direito de Família* (IBDFAM) em comemoração dos 30 anos da Constituição: *Os desafios contemporâneos do Direito de Família e Sucessões*. Auditório da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Seccional de Santa Catarina, Florianópolis, 17 out.2018.

4.3 DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS À CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE CASADO NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL COM OS DESCENDENTES DO FALECIDO

A jurisprudência mostrou, ao longo dos anos, uma certa divergência de entendimentos quanto à inclusão ou não do cônjuge casado no regime de separação convencional de bens, a participar da herança em concorrência com os descendentes do falecido.

Muitos foram os julgados que reconheceram tal direito ao cônjuge casado no regime da separação convencional, com base no entendimento de que, primeiro, não tem sido a separação convencional arrolada entre as exceções de concorrência pelo artigo 1.829, inciso I do CC, e que, em segundo lugar, não se pode confundir o regime da separação obrigatória de bens, que se dá quando presentes as hipóteses previstas no artigo 1.641 do CC, com a separação convencional, adotada pelos nubentes, por livre vontade, instituindo-se através de convenção nupcial (artigo 1.639 do CC).

Todavia, não faltaram decisões que entenderam em sentido contrário, dentre todas, uma merece destaque, foi o *decisum* da terceira turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de 2010, que, com fundamento no texto de Miguel Reale, interpretou de forma extensiva o texto legal, incluindo a separação convencional de bens como sendo separação obrigatória, e portanto, afastando-a da herança. (STJ, REsp 992.749/MS, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 01.12.2009, DJe 05.02.2010).

A respeito da decisão do STJ, Flávio Tartuce esclarece que a situação fática que envolveu o julgado referia-se a uma situação peculiar, de um homem viúvo, com 51 anos de idade e graves problemas de saúde, que se casou com uma mulher de 21 anos de idade pelo regime da separação convencional de bens. E que, portanto, pela evidência de um suposto *golpe do baú*, houve-se por bem desenvolver a tese exposta, a fim de afastar o direito sucessório da esposa. (TARTUCE, 2017, P. 175, grifo do autor).

E ainda, esclarece o autor que, “a principal crítica se refere ao fato de o julgado ignorar a norma jurídica de regência, bem como todo o tratamento doutrinário referente às categorias da separação legal e da separação convencional de bens, sendo apenas a primeira a *obrigatória*.” (TARTUCE, 2017, p.178, grifo do autor).

Posteriormente à ementa do Superior Tribunal de Justiça alguns acórdãos estaduais seguiram a então nova posição do superior, cabendo a colação dos seguintes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. DESCABIMENTO DO DIREITO DE CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES NA SUCESSÃO LEGÍTIMA. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.829, INC. I, DO CÓDIGO CIVIL. Da análise sistemática dos dispositivos constantes do Novo Código Civil, se extrai que o cônjuge supérstite casado pelo regime da separação convencional de bens não possui direito à concorrência com os descendentes na sucessão legítima, com fulcro no art. 1.829, inciso I, do Código Civil. Precedente do STJ (REsp 992.749/MS), com amparo em lição de Miguel Reale. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70054712559, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 29/08/2013).

APELAÇÃO CÍVEL - SUCESSÃO - CÔNJUGE SOBREVIVENTE - SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS - REGIME CONVENCIONADO - EXCLUSÃO DA LEGÍTIMA - ART. 1829, INCISO I DO CÓDIGO CIVIL - INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA - PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE - PRECEDENTES DO STJ. - Tendo em vista que o regime da separação obrigatória de bens é gênero, a abarcar as espécies da separação convencional e da separação legal, o cônjuge sobrevivente não é chamado a concorrer à sucessão legítima, por força da aplicação analógica do disposto no art. 1.829, inciso I do CC. Ao contrário, restaria suprimida a própria autonomia da vontade, sendo desrespeitado no post mortem o pacto firmado entre as partes. (Apelação Cível nº 1.0024.12.255061-9/001 - comarca de Belo Horizonte, acorda, em Turma, a 5ª câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos em conhecer e negar provimento ao recurso de apelação. Relator: Des. Versiani Penna, 14/10/2014).

Entretanto, não faltaram julgamentos que consideraram equivocada a decisão do Superior Tribunal de Justiça, e que, portanto, a *contrário sensu* decidiram.

Destaca-se, entre todos, o julgamento do próprio Superior Tribunal de Justiça, que, com decisão publicada em 26 de maio de 2015, consolidou o entendimento de que “o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário e concorre, em regime de separação convencional, com os descendentes”:

DIREITO CIVIL. CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO EM REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL E SUCESSÃO “CAUSA MORTIS”. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre na sucessão causa mortis com os descendentes do autor da herança. [...] Assim, de acordo com art. 1.829, I, do CC, a concorrência é afastada apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do CC, uma vez que o cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do CC). Precedentes citados: REsp 1.430.763-SP, Terceira Turma, DJe 2/12/2014; e REsp 1.346.324-SP, Terceira Turma, DJe 2/12/2014. (REsp 1.382.170-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/4/2015, DJe 26/5/2015). (2015b).

A decisão foi publicada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM, 2015), com explicação de Mário Luiz Delgado, neste sentido:

[...] trata-se de princípio norteador do direito sucessório concorrencial do cônjuge, qual seja o de que só existirá direito de concorrência com os descendentes onde não houver meação. Onde houver meação, não deve haver concorrência. “É por isso que no regime de comunhão universal o cônjuge não concorre. Ora, sendo o regime da separação convencional marcado, exatamente, pela inexistência de bens comuns, crucial que nesse regime se assegure a participação do cônjuge na herança, em concorrência com os descendentes.

Entretanto, apesar da decisão do Superior Tribunal de Justiça de 2015, alguns Tribunais, sob a fundamentação de que a liberdade, prevista no art. 5.º, caput, da Constituição Federal, é sintetizada na autonomia da vontade no âmbito do direito privado, continuaram decidindo em sentido contrário:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INVENTÁRIO - INDEFERIMENTO DA QUALIDADE DE HERDEIRA DA CÔNJUGE SUPÉRSTITE[...] - CASAMENTO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS - PACTO ANTINUPCIAL - DIREITO DE CONCORRÊNCIA HEREDITÁRIA COM DESCENDENTES DO FALECIDO – DESCABIMENTO – PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA DA VONTADE DOS CONTRAENTES E DA BOA-FÉ OBJETIVA - MELHOR INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL - RECURSO DESPROVIDO. [...] Os princípios da autonomia da vontade, eticidade e boa-fé objetiva impõem a prevalência do regime de separação convencional com pacto antenupcial não só em vida, mas também após a morte dos nubentes, sob pena de se impor partilha patrimonial de forma diversa da desejada pelo falecido, acatando-se a incoerência de que consortes teriam liberdade de autodeterminação em vida, que seria desrespeitada com o advento da morte – razão pela qual há que se interpretar o art. 1.829, I, do Código Civil com ressalvas, inclusive com o escólio de Miguel Reale (Estudos preliminares do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P.61-64). Assim, há que ser mantida a decisão que declara que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação total de bens convencionalizado por escritura pública de pacto antenupcial não é herdeiro em concorrência com descendentes do falecido. (AI 144854/2014, Desa. Marilsen Andrade Addario, segunda câmara de direito privado, Julgado em 16/12/2015, Publicado no DJE 21/01/2016).

Continuando no estudo da jurisprudência, nota-se que, no julgamento do REsp 1.111.095/RJ pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Fernando Gonçalves proferiu voto-vista, seguindo a citada orientação doutrinária de Miguel Reale [...]. Naquela oportunidade, o Ministro Luis Felipe Salomão consignou no seu voto-vista as seguintes conclusões (RIBEIRO, 2018, p.725; 727):

[...] o regime de separação de bens, em estrita observância ao referido princípio da autonomia da vontade, lei alguma posterior poderia alterá-lo por

se tratar de ato jurídico perfeito; permanecendo, portanto, com plena eficácia, o pacto antenupcial, devem ser respeitados os atos jurídicos subsequentes, dele advindos[...]. Existe no plano sucessório, influência inegável do regime de bens no casamento, não se podendo afirmar que são absolutamente independentes e sem relacionamento no tocante às causas e aos efeitos esses institutos que a lei particulariza nos direitos de família e das sucessões; a dissolução do casamento pela morte dos cônjuges não autoriza que a partilha de seus bens particulares seja realizada por forma diversa da admitida pelo regime de bens a que submetido o casamento [...].

Feito um levantamento da jurisprudência dos principais tribunais do país, resultou em consonância o entendimento que o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens concorre à herança com os descendentes do falecido, corroborando o último posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

A exemplo disso, coleciona-se aqui, alguns arrestos pesquisados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. Decisão que determinou a emenda da inicial para que o cônjuge supérstite concorra à herança juntamente com o filho da falecida. Insurgência. Descabimento. Cônjuges casados sob o regime da separação convencional de bens. Passamento ocorrido na vigência da Código Civil de 2002. Direito sucessório do cônjuge sobrevivente mantido. Inteligência do artigo 1.829, I, do Código Civil. RECURSO IMPROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2233526-47.2017.8.26.0000; Relator (a): Rosangela Telles; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araraquara - 1ª Vara da Família e das Sucessões; Data do Julgamento: 15/02/2018; Data de Registro: 15/02/2018)

O recurso foi interposto pelo único filho da viúva, o qual ficou inconformado com a decisão que reconheceu a existência da concorrência sucessória do padrasto que foi casado com a falecida mãe pelo regime da separação convencional de bens.

A situação fática que envolveu o julgamento é muito parecida com o caso julgado pelo STJ no REsp 992.749/MS da relatoria da Ministra Andrihgi. Pelos autos, extrai-se que a *de cujus* tinha 40 anos de idade quando casou com o cônjuge de 27 anos pelo regime da separação convencional. No entanto, diversamente do julgamento do STJ, o agravo aqui interposto foi improvido sob a fundamentação de que o artigo 1.829, I não apresenta ressalvas no tocante à separação convencional de bens, pois separação obrigatória não se confunde com separação convencional, e que deve-se manter a regra de que o viúvo não tendo meação a resguardá-lo, terá direito a cota hereditária para protegê-lo.

Na mesma esteira, o Tribunal de Justiça do Paraná julgou o seguinte arresto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINOU A CITAÇÃO DA VIÚVA - REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS - IRRESIGNAÇÃO DOS HERDEIROS - PLEITO PARA PRESERVAÇÃO DA VONTADE MANIFESTADA PELO CASAMENTO - REQUERIMENTO DE NÃO INCLUSÃO DA VIÚVA - INDEFERIMENTO - moderna jurisprudência entende pela concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes - inteligência do artigo 1.829, I, código civil - decisão que determinou a habilitação da viúva deve ser mantida - recurso não provido.[...]. (TJPR - 12ª C.Cível - AI - 1693583-6 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Marques Cury - Unânime - J. 23.08.2017).

Note-se que a decisão atacada foi proferida com entendimento de que não assiste razão aos herdeiros uma vez que, o casamento do *de cujus* com a viúva foi regido pelo regime da separação convencional de bens, não sendo este excluído da herança, mas somente da comunicação à época do casamento. Desta forma, o recurso foi improvido ratificando o entendimento proferido pelo juízo de origem.

Apresenta-se a seguir mais um julgado no mesmo sentido, proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. INVENTÁRIO. DECISÃO JUDICIAL QUE AFASTOU A CONDIÇÃO DE HERDEIRA DA VIÚVA, FALECIDA APÓS A ABERTURA DO INVENTÁRIO, E INDEFERIU O PEDIDO DE HABILITAÇÃO DE SUA SUCESSORA. EXTINÇÃO NA FORMA DO ART. 485, IV, DO CPC. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. 1. O cônjuge supérstite, casado pelo regime da separação convencional de bens, concorre com os descendentes aos bens deixados pelo falecido, por força do disposto no art. 1.829, I, CCB. Enunciado nº 270 da III Jornada de Direito Civil do CJF e Uniformização de Jurisprudência nº 70062220777 desta Corte de Justiça. [...]. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70077373447, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 16/08/2018).

No presente caso, a decisão do tribunal de origem havia afastado o direito da filha da *de cujus* a participar da inventariança dos bens do *de cujus* que com sua mãe, hora falecida, fora casado pelo regime da separação convencional de bens. O juiz singular extinguiu o processo sob o entendimento de que a filha da falecida não é herdeira do *de cujus* assim como a mãe dela não o era, já que o casamento era regido pelo regime da separação convencional. Ao reexame da matéria em sede recursal, o entendimento foi no sentido contrário, reconhecendo direito à participação à herança justamente por não contemplar o artigo 1.829, I o regime da separação convencional como excludente da herança.

Os casos aqui trazidos são pequenas demonstrações de que as divergências de entendimentos continuam existentes, e de que é importante discutir e

refletir sobre um tema tão complexo quanto presente na vida de cada ser humano, pois a vida, inexoravelmente, e de forma imprevisível chegará ao seu fim para todos, e que em vista disso, afastados medos e superstições, os casais tenham pleno conhecimento das consequências que a escolha do regime de bens trará na vida deles para além da morte.

O tema continua sendo objeto de discussões no mundo acadêmico, tanto é que, no seminário organizado pelo *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, em comemoração aos 30 anos da Constituição Federal, o professor Rolf Madaleno, trouxe a reflexão aqui transcrita:

[...] numa vida tão dinâmica como a de hoje, em que as pessoas casam mais de uma vez, cada vez mais as pessoas acabam entendendo que os bens que se constroem durante a vida, são os bens que devem pertencer à sua família, [...] no entanto, esses bens agora correm o risco, pelo Código Civil de 2002, de serem deferidos por herança concorrencial ao cônjuge viúvo da segunda relação etc. Em função disso, o jurisdicionado, começou a se preocupar, pois entendeu que precisava haver uma fórmula que pudesse evitar que o cônjuge sobrevivente herdasse os bens particulares, porque é isso que o código diz no artigo 1.829, 'o cônjuge sobrevivente, e agora o convivente (por decisão do STF), herdam sobre os bens particulares', exatamente onde o autor da herança não queria que os bens se comunicassem, e isso é tão verdade que até fez um pacto antenupcial, ou um contrato de convivência que estabeleceu um regime de separação de bens. Quando se deram conta que esse regime de separação de bens não tinha efeitos jurídicos para depois da morte, salvo a primeira decisão da Ministra Nancy Andrighi, histórica, mas rapidamente derrubada, de modo que hoje todos os Tribunais, inclusive o Superior, reconhecem que o cônjuge ou convivente sobrevivente vai herdar sempre onde existiam bens particulares, porque nos bens comuns não há herança, só há meação. [...] E isso criou um pandemônio, primeiro, então, as pessoas deixaram de casar, pois até com a união estável o companheiro foi incluído, por decisão do STF, como herdeiro universal, e isso não tem lógica nenhuma, porque **se alguém quis que os bens não se comunicassem durante o casamento, ou durante a união estável, por quê haveria de querer que esses bens se comunicassem com a sua morte? Se ele quisesse que esses bens se comunicassem após a sua morte teria feito um testamento, se ele não fez o testamento, a presunção é de que ele não queria a comunicação destes bens.** E essa comunicação de bens é contrária a tudo que ele tentou evitar. A insegurança que isso gerou na população, levou os juristas a pensar as soluções possíveis, mas nenhuma trouxe consistência suficiente para que se pudesse afastar, com o pacto antenupcial ou qualquer outro contrato sucessório o direito à herança sobre esses bens, que são definidos, ou repassados ao cônjuge ou convivente sobrevivente como benefício *ex legis*, por imposição da lei, e que o próprio falecido, em vida, nunca teve essa pretensão, foi a lei que impôs. [...]. (informação verbal).³⁴

³⁴ Palestra do professor Rolf Madaleno no seminário organizado pelo *Instituto Brasileiro de Direito de Família* (IBDFAM) em comemoração dos 30 anos da Constituição: *Os desafios contemporâneos do Direito de Família e Sucessões*. Auditório da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Seccional de Santa Catarina, Florianópolis, 17 out.2018. (grifo nosso).

Significativas as palavras de Francisco José Cahali (2012, p.192;193):

Pouco clara, mas compreensível na sua literalidade, a exegese do artigo 1.829 em exame, porém, agita estudiosos e magistrados, instiga o debate e, então, faz emergir posições antagônicas. Assim cria uma total insegurança ao destinatário da norma, pois não se sabe qual a posição que irá prevalecer.

Na mesma posição do mencionado, o *Instituto Brasileiro de Direito de Família* (2018), propôs no anteprojeto de lei para reforma do Direito das Sucessões, alteração do pressuposto da sucessão do cônjuge e do companheiro quando em concorrência com os descendentes³⁵.

Como estudado nesse trabalho, o conceito de família veio mudando ao longo dos anos; o número crescente de divórcios, a recomposição de novos núcleos familiares, além da nova condição da mulher na sociedade contemporânea, cada vez mais independente e inserida no mundo do trabalho. Estes, dentre outros motivos, levaram e continuam levando os doutrinadores a repensarem à posição *privilegiadíssima*³⁶ do cônjuge no âmbito da sucessão hereditária.

Torna-se ulteriormente importante a rediscussão do tema, ainda mais hoje, em que muitos jovens “têm feito a opção de casamento pelo regime da separação convencional ou por regimes mistos, que afastam a comunicação de alguns bens.” (TARTUCE, 2017, p. 161).

Questiona-se hoje, se o cônjuge continua precisando de todos aqueles mecanismos de proteção previstos no texto civilista ou se a norma deveria ser flexibilizada de modo a respeitar a vontade real do autor da herança, sem que o legislador presumidamente a determine *ex-legis*.

³⁵ Alteração do artigo 1.829 do CC proposta pela comissão do IBDFAM: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o companheiro sobrevivente. II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o companheiro sobrevivente; III - ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente; IV - aos colaterais.” (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2018).

³⁶ Utiliza-se aqui a expressão de Mário Luiz Delgado. (2018).

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve o objetivo de refletir sobre a possibilidade ou não da concorrência sucessória do cônjuge na primeira classe da ordem de vocação hereditária, quando casado no regime da separação convencional de bens.

Foram averiguados alguns conceitos básicos de direito de família; as mudanças histórico-normativas que ocorreram em virtude dos novos modelos familiares; o pacto antenupcial e os regimes de bens previstos pelo Código Civil brasileiro.

Acreditando firmemente que não há condição presente que possa ser compreendida sem a devida análise do cenário histórico em que essa se formou, foi estudada a posição que o cônjuge ocupava como herdeiro nas precedentes legislações até chegar ao atual Código Civil de 2002. Pôde-se notar uma crescente preocupação do legislador com relação à proteção do cônjuge após a mudança do regime legal de bens, que passou da comunhão universal para a comunhão parcial. Ainda ligado à concepção da dependência que o cônjuge, geralmente mulher, ocupava na sociedade conjugal, o legislador quis protegê-lo. O cônjuge, assim, foi elevado à condição de herdeiro legítimo necessário na terceira classe da ordem sucessória, mas concorrente com os ascendentes e os descendentes nas primeiras duas.

O artigo 1.829 estabelece uma ordem preferencial de chamamento dos herdeiros dispostos em quatro classes, o cônjuge está presente, de forma inédita e privilegiada, nas primeiras três, mas com algumas diferenças significativas.

Seguindo a disposição do texto legal, quando inexistentes as primeiras duas classes, o cônjuge sobrevivente na terceira classe terá direito exclusivo à totalidade da herança, quando existentes apenas os ascendentes, o cônjuge poderá concorrer com eles à sua quota parte seguindo para tanto o disposto no artigo 1.837. A participação à herança do cônjuge sobrevivente, nestas duas hipóteses é independente do regime de bens escolhidos no casamento. No entanto, quando presentes os descendentes, na primeira classe da ordem sucessória, a participação concorrencial do cônjuge à herança fica vinculada ao regime de bens adotado pelos cônjuges.

Essa exigência, definida no inciso I do artigo 1.829, abriu margem a dúvidas e divergências de entendimentos tanto em âmbito doutrinário como no âmbito jurisprudencial.

A situação polêmica tratada no presente trabalho diz respeito à possibilidade de inclusão ou não do cônjuge casado no regime da separação convencional, a participar da herança, já que em vida, por meio de pacto antenupcial, dispôs de comum acordo com o falecido, pela incomunicabilidade de seu patrimônio.

O estudo mostrou as controvérsias doutrinárias existentes a respeito da matéria, podendo-se dividir os entendimentos entre aqueles que, reconhecendo uma afronta à autonomia privada, afastam a possibilidade de direito à sucessão do cônjuge que casou no regime da separação convencional de bens. E aqueles que, mantendo-se fiéis à literalidade da lei, e sob a égide de que meação não se confunde com herança, reconhecem o direito concorrencial do cônjuge.

Feito um levantamento da jurisprudência dos principais tribunais do país, resultou em consonância o entendimento de que o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens concorre à herança com os descendentes do falecido, corroborando o último entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que já demonstrou outrora posicionamento contrário. Todavia, embora aparentemente pacificados os entendimentos em âmbito jurisprudencial, o tema continua sendo alvo de debates em âmbito acadêmico e doutrinário, fazendo emergir posições antagônicas, e criando insegurança jurídica nos destinatários finais da norma.

As mudanças ocorridas na sociedade trouxeram e continuam trazendo novos desafios ao Direito Sucessório. A crescente busca por uniões afetivas que prezam pela independência econômica, em vista da fragilidade das relações matrimoniais não encontra, na atualidade, uma resposta satisfatória no regramento do Direito Sucessório.

Longe de encontrar uma resposta à complexa situação existente, esse trabalho quis refletir sobre um tema tão importante quanto complexo que atinge uma crescente parte da comunidade que, cada vez mais, procura por esta modalidade de regime e precisa de uma maior segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

AITA, Rodrigo. **A resposta do STJ à polêmica sucessão do cônjuge em concorrência com os filhos do falecido**. Disponível em: <<http://ssa.com.br/wp-content/uploads/2016/04/a-sucessao-do-conjuge-em-concorrenca-com-os-filhos-do-falecido.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

BOENTE, Lorena Moura. Realidade familiar atual: Necessidade de respeito à autonomia privada, **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XV, n.96, jan. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10961&revista_caderno=14>. Acesso em: 26 ago. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>>. Acesso em 09 set. 2018.

BRASIL. Constituição. 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 377. 1964. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=377.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 05 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.368.123-SP. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 22 de abril de 2015a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1303827&num_registro=201201031033&data=20150608&formato=HTML>. Acesso em: 26 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 992.749-MS. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 05 fev. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8592148/recurso-especial-resp-992749-ms-2007-0229597-9/inteiro-teor-13675032>>. Acesso em 26 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.382.170-SP. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, DF, 22 de abril de 2015b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1382593&num_registro=201301311977&data=20150526&formato=HTML>. Acesso em: 026 out. 2018.

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

CARVALHO NETO, Inacio de. **Direito Sucessório do cônjuge e do companheiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011340/cfi/6/10!/4/2/4/2@0:0>>. Acesso em: 26 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

DELGADO, Mário Luiz. Chegou a hora de revisitar os ascendentes e descendentes. Disponível em < <http://cnbba.org.br/noticias/artigo-chegou-hora-de-revisitar-legitima-dos-descendentes-e-ascendentes-por-mario-luiz-delgado>>. Acesso em: 29 out. 2018

DE PIERI, Sueli A. **Sucessão do cônjuge**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484515/cfi/2!/4/4@0.00:66.1>>. Acesso em 09 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre Família, sucessões e o novo Código Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o novo Código Civil**. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5**: Direito de Família. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6**: Direito das Sucessões. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. 4.ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 7**: Direito das Sucessões. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217266/cfi/3!/4/4@0.00:67.6>>. Acesso em: 23 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6**: Direito de Família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 7**: Direito das Sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil, parte especial**: do direito das sucessões, vol. 20 (Arts. 1.784 a 1.856). 2ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Anteprojeto de lei para reforma do direito das sucessões**. Disponível em:

<http://ibdfam.org.br/assets/upload/anteprojeto_sucessoes/anteprojeto_sucessoes.pdf>. Acesso em 23 set. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Em 33 anos, divórcios aumentam 269%, enquanto a população cresceu apenas 70%**. Fonte JM online. Data de Publicação: 2018. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/namidia/16311>>. Acesso em: 12 out. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Supremo decide pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 e põe em igualdade cônjuge e companheiro**: O STF decidiu, nesta quarta-feira (10), pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, o qual sustenta diferenciação entre cônjuge e companheiro, no que tange à sucessão hereditária. Data de Publicação: 2017. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6280/Supremo+decide+pela+inconstitucionalidade+do+artigo+1.790+e+p%C3%B5e+em+igualdade+c%C3%B4njuge+e+companheiro>>. Acesso em: 14 set. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Para especialista, decisão espanta insegurança jurídica sobre sucessão do cônjuge na separação convencional**: STJ decidiu que o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário e concorre, em regime de separação convencional, com descendentes. 17 jun. 2015.

Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5666/Para+especialista%2C+decis%C3%A3o+espanta+inseguran%C3%A7a+jur%C3%ADdica+sobre+sucess%C3%A3o+do+c%C3%B4njuge+na+separa%C3%A7%C3%A3o+convencional+>>>. Acesso em: 26 out.2018.

ITÁLIA. Régio Decreto de 16 de março de 1942, nº262. **Código Civil**. Disponível em: < <http://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile>>. Acesso em: 15 out. 2018.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado, volume 6**: direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil, volume XXI**. Coord. Salvo de Figueiredo Teixeira. 5. ed. São Paulo: Forense, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 18. ed. São Pulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2013.

MADALENO, Rolf. **Concorrência sucessória e o trânsito processual**. Disponível em:< <http://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/concorrenca-sucessoria-e-o-transito-processual>>. Acesso em: 23 set. 2018a.

MADALENO, Rolf. **O novo direito sucessório brasileiro**. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/o-novo-direito-sucessorio-brasileiro>>. Acesso em: 26 out.2018b.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 144854/2014. Relator: Desa. Marilsen Andrade Addario. Cuiabá, MT, 21 jan.2016. Disponível em: <<http://jurisprudencia.tjmt.jus.br/Relatorios/RelatorioUnitarioConsultaJurisprudencia?tipo=Acordao&id=303165&colegiado=Segunda&origem=undefined>>. Acesso em: 26 out. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0024.12.255061-9/001; Relatora: Des.(a) Versiani Penna. Belo Horizonte. 14. out. 2014. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10024122550619001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10024122550619001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comCodigo=0024>. Acesso em: 26 out. 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. Tomo VIII. 1.ed. Campinas: Bookseller, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil, v. 6: Direito das Sucessões**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Maria Fernanda de. Rediscutindo a proteção da Legítima na norma jurídica brasileira. In: GHILARDI Doris; ROSA FILHO, Jorge Nunes da (Org.). **Desafios Contemporâneos do Direito de Família e Sucessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p.207-219.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1693583-6. Foro Central de Londrina; Relator: Marques Cury. 23 ago. 2017. Disponível em:<<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisa>>. Acesso em: 20 out.2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, volume V: direito de Família**, 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974619/cfi/6/12!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 04 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, volume VI: direito das Sucessões**, 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980023/cfi/6/12!/4/2/4@0:61.9>>. Acesso em: 09 set. 2018. Acesso restrito via Minha Unisul.

PORTUGAL. Decreto Lei nº47344, de 1966. **Código Civil**. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/477358/details/normal?l=1>>. Acesso em: 15 out.2018.

REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. Ed. São Pulo: Saraiva, 2004.

RIBEIRO, Paulo Dias de Moura. Polêmicas na sucessão de cônjuge: separação convencional de bens. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio. (Coord.) **Direito Civil, Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas. 2018. Disponível em:<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/119597/polemicas_sucessao_conjuge_ribeiro.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70054712559. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 29 ago.2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=sucess%C3%B5es+c%C3%B4njuge+sup%C3%A9rstita+casado+pelo+regime+da+separa%C3%A7%C3%A3o+convencional&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=sucess%C3%B5es+c%C3%B4njuge+sup%C3%A9rstita+casado+pelo+regime+da+separa%C3%A7%C3%A3o+convencional&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=cr%3A4.crr%3A232&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em 26 out. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70077373447. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Comarca de Tramandaí. 24 ago.2018. Disponível em:<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=APELA%C3%87%C3%83O+C%C3%8DVEL.+INVENT%C3%81RIO.+DECIS%C3%83O+JUDICIAL+QUE+AFASTOU+A+CONDI%C3%87%C3%83O+DE+HERDEIRA+DA+VI%C3%9AVA%2C+FALECIDA+AP%C3%93S+A+ABERTURA+DO+INVENT%C3%81RIO&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 20 out.2018.

RIZZARDO, Arnaldo, **Direito das sucessões**.10ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977856/cfi/6/10!/4/18@0:42.9>>. Acesso em: 26 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, volume 6: Direito de Família**. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502141513/cfi/168!/4/4@0.00:14.1>>. Acesso em 29 de ago. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, volume 7**: Direito das Sucessões. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502141520/cfi/3!/4/4@0.00:47.1>>. Acesso em 29 de ago. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2233526-47.2017.8.26.0000; Relatora: Rosangela Telles; Araraquara. 15 jan. 2018. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11174345&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_2e9d50dadbd48f09796b4e5fe7643b6&v1Captcha=QmkVu&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 26 out. 2018.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**.32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972592/cfi/6/18!/4/30/2@0:0>>. Acesso em:10 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, volume 6**: Direito das sucessões. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em:
<<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978259/cfi/6/2!/4/2/2@0:38.8>>. Acesso em 29 de ago. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, volume 6**: Direito das sucessões. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, volume 5**: Direito de Família. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014860/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 02 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, volume 6**: Direito das Sucessões. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014846/cfi/6/10!/4/12/2@0:67.6>>. Acesso em: 07 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil, volume 6**: Direito das Sucessões. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.