



ELOISE FABIANE

**REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS E DIREITO À
HERANÇA**

**BRASÍLIA- DF,
MAIO 2015**

ELOISE FABIANE

**REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS E DIREITO À
HERANÇA**

Trabalho apresentada ao Instituto
brasiliense de Direito Público (IDP) como
requisito à obtenção de Certificado de
Conclusão de curso de Pós-graduação
Lato Sensu em advocacia empresarial,
contratos, responsabilidade civil e família.

**BRASÍLIA- DF,
MAIO 2015**

ELOISE FABIANE

**REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS E DIREITO À
HERANÇA**

Trabalho apresentada ao Instituto
brasiliense de Direito Público (IDP) como
requisito à obtenção de Certificado de
Conclusão de curso de Pós-graduação
Lato Sensu em advocacia empresarial,
contratos, responsabilidade civil e família.

Brasília, 18 de maio de 2015.

Professor orientador

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

A Deus, primeiramente, que nos dá sabedoria para valorizar a tudo e a todos, bem como nos permite compreender de forma mais humana os anseios sociais que a vida apresenta.

A minha família, que me permitiu chegar até aqui, por meio, de sua compreensão e carinho.

A todos que contribuíram de alguma forma para realização desse projeto, seja pelo incentivo diário, pela compreensão, pela amizade e por tantos outros meios que me permitiram finalizá-lo.

RESUMO

O presente estudo trata-se do regime de separação convencional de bens e o direito de herança. Abordar-se-á suas implicações no direito de sucessão. Nesse âmbito, o ponto chave deste tratado aparenta-se no acaso ou não de disputa do cônjuge sobrevivente, casado sob a regência do regime de separação total firmado, com os descendentes, unificado no contexto do art. 1.829, I do Código Civil de 2002. A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica onde se faz uma busca em diversos sítios e livros. Após a busca escolhe-se alguns autores e a partir daí desenvolve-se o trabalho de pesquisa. Abordando-se aspectos concernentes ao Direito de Família, ao Direito dos Contratos e ao Direito das Sucessões. Entende-se que o regime de separação de bens e o direito de herança vem ganhando relevância ora com relação à separação obrigatória, ora com vistas à separação convencional.

Palavras-chave: Direito civil; Direito sucessório; Direito de família; regime de bens; regime da separação convencional de bens; ordem de vocação hereditária; concorrência sucessória; cônjuge sobrevivente; direito à herança; inciso I do art. 1.829 do Código Civil.

ABSTRACT

The present study is about the conventional separation of goods and the inheritance right. Their implications on the succession rights will be approached. In this scope, the key point in this treaty is due to the occasion of an existent dispute between the surviving spouse, married under a full separation regimen, against the descendants, unified in the context of the article 1.829 of the 2002 Civilian Code. The utilized methodology is bibliographic research, where investigation is conducted by books and websites. After the search, some authors are chosen and the essay is developed. Approaching aspects concerning Family Rights, Contract Rights and Succession Rights, it's understood that the separation regimen and inheritance right have been gaining relevance, either with compulsory separation or conventional separation.

Keywords: Civil Rights, Succession Right, Family Right, Goods regimen, conventional goods separation regimen, hereditary vocation order, successory concurrency, surviving spouse, inheritance right, Civilian Code, Article 1.829.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. DIREITO SUCESSÓRIO	12
1.1 Sucessão legítima e herdeiros necessários:	14
1.2 Ordem de vocação hereditária	16
1.3 Parentesco.....	18
1.4 Da sucessão dos descendentes e sua concorrência com o cônjuge.....	19
2. DIREITO DE FAMÍLIA	21
2.1 A família e os direitos constitucionais.....	21
2.2 Concorrência e Constituição Federal	24
3. DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO	31
3.1 Conceito de autonomia privada.....	31
3.2 Autonomia privada e autonomia da vontade	32
3.3 A possibilidade de aplicação da autonomia privada no âmbito do direito de família	34
4. POSIÇÃO DOUTRINÁRIA	40
4.1 Pela exclusão do cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens	40
4.1.1 Miguel Reale	43
4.1.2 Recurso Especial n° 992.749/MG.....	50
4.2 Pela inclusão do cônjuge casado no regime de separação convencional de bens....	53
4.2.1 <i>Da evolução do Direito Civil sob a ótica constitucional</i>	55
4.2.2 <i>Do regime de separação obrigatório e do regime de separação convencional</i>	57
4.2.3 <i>Da autonomia privada</i>	64
4.2.4 <i>Outros argumentos</i>	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
REFERÊNCIAS	72

INTRODUÇÃO

O Direito de Sucessão nasceu da origem da palavra sucessão (*sub cedere*)¹, que significa tomar o lugar de outrem. Assim, quando entra-se no campo do Direito Civil, diz-se que o Direito de Sucessão está tratando, especificamente, da transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte. Nesse sentido, quando falece uma pessoa, a universalidade de seu patrimônio será transmitida para um conjunto de pessoas ou uma determinada pessoa denominadas herdeiras legítimas.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que o nascimento desse instituto surgiu em um contexto onde a propriedade privada se instalava na sociedade e com isso surgia a necessidade de se transmitir o patrimônio do *de cuius*, em razão das relações jurídicas oriundas dele. Mas não só isso, dentro da ideia de propriedade e família, também existia uma grande necessidade de que esses bens permanecessem com os herdeiros, filhos legítimos, daquele que falecera, a fim de que a propriedade continuasse com a “família” e não com estranhos.²

De qualquer forma, pouco importando a época ou a sua crença, o homem sempre esperou poder transcender a vida. Com isso, a ideia de sucessão permite, ao menos, manter as relações jurídicas do *de cujos* ainda vivas, enquanto puderem ser transmitidas.

É importante destacar que a ideia de sucessão pela morte não desperta interesse tão somente no direito privado. Isso porque, o Estado também possui o interesse de que um patrimônio não fique sem um titular, em razão dos ônus que isso poderia lhe acarretar.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico vigente, mais especificamente o art. 1.829 do Código Civil Brasileiro (CCB) encarregou-se de delimitar os herdeiros legítimos e conseqüentemente expor a ordem de sucessão hereditária.

Assim, interpretando-se o art. 1829, inciso I do Código Civil pode-se afirmar que os descendentes irão concorrer com o cônjuge sobrevivente casado em Regime de Separação Convencional de Bens na ordem de sucessão legítima de bens do *de cuius*.

Para tanto, eis o que dispõe o mencionado artigo:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente,

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. *Direito Civil – Direito das Sucessões*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 02.

² ENGELS, Friedrich. *A origem da família da propriedade privada e do estado*. 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

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; [...]

Acontece, entretanto, que o Regime de Separação Convencional de Bens possui uma conotação de separação total de bens em vida, ou seja, seu instituto foi criado para quando os cônjuges, no interesse de suas vontades, ou melhor, diante da autonomia da vontade que lhes é assegurada, optam por não partilharem seus patrimônios em vida.

Observa-se, assim, que existe uma certa incongruência entre ambos os institutos, uma vez que um prega a transferência de bens enquanto que o outro prega não partilha desses mesmos bens.

Maria Berenice Diaz, em razão de sua perplexidade com tal situação exemplificou, de forma bastante clara, como essa questão está extremamente presente na nossa realidade, trazendo situações ainda mais complexas.

Assim, no artigo “Concorrendo com o amor!”³ Maria Berenice conta a história de uma mãe que trabalhou a vida inteira para adquirir um patrimônio, a fim de deixá-los para seus filhos em sua ausência, ou melhor, em sua morte. Entretanto, ela também deseja se casar com seu namorado, em razão de um sonho antigo, mas não sabe qual regime de bens optar, a fim de continuar protegendo seu patrimônio. Nesse caso, é importante mencionar que a mulher possui menos de 70 anos e não se enquadra em nenhuma das hipóteses de separação legal de bens.

O texto demonstra que ela não tem opções, pois se ela resolver se casar no regime de comunhão parcial, em razão de possuir bens particulares, seu patrimônio será dividido entre seus filhos e seu cônjuge, e se ela resolver se casar no regime de separação convencional de bens também haverá essa concorrência, pois, aparentemente, o código só excepciona a concorrência no regime de separação legal.

Assim, mesmo os cônjuges optando pela separação convencional e absoluta de bens, exatamente com o intuito de evitar a comunicação de bens presentes, pretéritos e

³ DIAS, Maria Berenice. *Concorrendo com o amor*. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/4_-_concorrendo_com_o_amor.pdf> Acessado em 21 de outubro de 2013.

futuros, com o falecimento de um deles, o outro será herdeiro em concorrência com os descendentes.

O exemplo apontado pela doutrinadora acima é de extrema praticidade, pois ele está totalmente de acordo com os anseios sociais. Não é raro que pessoas com menos de 70 anos, mas já com uma idade avançada e por isso com patrimônios particulares vultuosos, queiram se casar novamente e, ao mesmo tempo, desejem proteger esse patrimônio. É muito mais comum do que se imagina casos em que a mulher casa-se por dinheiro e posteriormente tenta assassinar o marido, a fim de ficar com a herança dele. Não é raro, também, mulheres mais velhas se envolverem com rapazes mais novos e temerem um golpe patrimonial. São todos exemplos que demonstram como o patrimônio muitas vezes é visto como um fator motivador na escolha do parceiro.

Por isso, a questão central está em: qual regime de bens escolher na hora de se casar, a fim de proteger o patrimônio particular que se quer deixar, tão somente, para o filhos? Parece que a melhor resposta seria o da separação convencional de bens ou o da separação parcial de bens, mas tanto uma quanto a outra não resolvem o problema.

Nesse ponto, é importante destacar que este trabalho não irá tratar do regime de separação parcial de bens, o qual também possui implicações, como acima exemplificado, mas abrangerá, tão somente, a questão do regime de separação convencional, a fim de delimitar a problemática.

Portanto, nota-se a importância da discussão do presente tema no mundo acadêmico, uma vez que ele está nitidamente presente no contexto social e na órbita do ordenamento jurídico vigente. Indo de encontro com as regras do instituto do Direito Sucessório e do Regime de Bens no Casamento, bem como apresentando-se relevante dentro do contexto da Autonomia da Vontade e do Instituto da Família.

O presente trabalho irá versar sobre o regime de separação convencional de bens e o direito das sucessões. A problemática desse tema encontra-se na possibilidade do cônjuge sobrevivente, casado em regime de separação convencional, ter direito de concorrer com os descendentes na ordem de sucessão hereditária, disposta pelo inciso I do art. 1.829 do Código Civil Brasileiro (CCB).

Tal discussão é de extrema importância, pois, aparentemente, não existe um

regime de bens que proteja o patrimônio do cônjuge que deseja deixar seus bens, tão somente, para seus descendentes, sendo que, no entanto, deveria existir, qual seja, o regime de separação convencional. Nesse aspecto, se fosse questionada a intenção do instituto do regime de separação convencional restaria a seguinte indagação: porque o regime de separação convencional impede a comunhão de bens em vida, mas não possui um caráter de separação em morte?

Portanto, o objetivo do presente trabalho está em buscar um solução que adeque o instituto da herança com o instituto do casamento e suas nuances, a fim de responder os anseios sociais presentes nessa problemática, principalmente, no intuito de dar a melhor resposta às seguintes questões: qual seria a melhor interpretação dada ao art. 1.829, inciso I do Código Civil no que tange ao direito do cônjuge sobrevivente, casado em regime de separação convencional, à herança, de forma concorrente com os descendentes do cônjuge falecido? Diante de um interpretação no sentido de garantir o direito à herança ao cônjuge sobrevivente casado em regime de separação convencional, como proteger o patrimônio dos descendentes do cônjuge falecido que não desejava tal concorrência?

Aparentemente, a melhor solução se apresente na impossibilidade do direito à herança quando o cônjuge sobrevivente estiver casado em regime de separação convencional, pois isso daria segurança ao cônjuge que deseja proteger seu patrimônio para deixa-lo tão somente para seus filhos. Entretanto, para chegar-se a uma solução técnico-científica correta, será preciso adentrar nos institutos do casamento e seus regimes de bens, bem como no instituto do direito das sucessões, mas especificamente, na análise do art. 1.829, inciso I, a fim de esclarecer seus conceitos e objetivos, bem como suas consequências jurídico-sociais.

A metodologia de pesquisa a ser utilizada será a pesquisa bibliográfica, principalmente em livros que tratem sobre o a temática apresentada, sites com artigos jurídicos e revistas jurídicas. O desenvolvimento da análise possui pilares com a conceituação dos institutos jurídicos necessários para o deslinde da problemática, tanto no campo jurídico, como no campo social, bem como como terá enfoque em situações práticas existentes na sociedade atual. A coleta de informações tratará, especificamente, do direito do cônjuge sobrevivente, casado em regime de separação convencional, à herança. Utiliza-se, também a leitura, análise e interpretação de artigos científicos, revistas eletrônicas e monografias em

sítios da Scielo e, também os sítios diversos onde serão analisados mais de 12 artigos científicos.

1. DIREITO SUCESSÓRIO

Conforme já explanado na introdução desse trabalho, o Direito Sucessório nasceu para regular a transmissão de bens, coisas, direitos e encargos da pessoa que faleceu para alguém que irá substituí-la, estando intimamente ligado com a ideia de continuidade da pessoa humana.

Para Miguel Reale a morte não é apenas um fator biológico, mas culturalmente compreendido como a “continuação em outrem de uma relação jurídica que cessou para o respectivo sujeito, isto é, como a projeção, no tempo, da personalidade do morto”.⁴

Pois bem: a morte é um fato biológico que, todavia, nunca foi apreendido culturalmente apenas como tal. O ser humano trabalha culturalmente esse fato biológico, de modo que, nas variadas épocas históricas, revela-se o fenômeno (antes simbólico) da sucessão como a continuação da morte em outrem.⁵

Posto isso, eis como Carlos Maximiliano conceitua o direito sucessório:

No sentido objetivo é o conjunto de normas que regula a transmissão de bens em consequência da morte; no sentido subjetivo é o direito de suceder, isto é, o direito de receber o acervo hereditário.⁶

Flávio Tartuce também define:

O Direito das Sucessões como o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo as transmissões de direitos e deveres de uma pessoa a outra, diante do falecimento da primeira, seja por disposição de última vontade, seja por determinação da lei, que acaba por assumir a vontade do falecido.⁷

Nota-se, portanto, serem elementos do direito sucessório: o falecimento de alguém (chamado de *de cujos*, autor da herança, etc); a existência de um patrimônio da pessoa que faleceu (chamada de herança) e; a existência de pessoas chamadas para receberem esse patrimônio (chamado herdeiros), as quais serão escolhidas pelo falecido, através de um

⁴ REALE, Miguel Junior; COSTA, Judith Martins. DIREITO CIVIL. Sucessões. *Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Pacto Antenupcial de Separação total de bens e frutos. Código Civil, art. 1.829, inciso I. Interpretação. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial*. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 25. p. 205 - 228.

⁵ Ibidem. p. 205.

⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 19.

⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 3.

testamento, ou dispostas em lei, através do art. 1.829 do Código Civil Brasileiro de 2002. (CCB/02).

Nesse ponto é preciso esclarecer que existem duas modalidades de sucessão *mortis causa*: a sucessão legítima, que decorre da lei, presumindo a vontade do autor da herança e a qual será tratada nesse trabalho e; a sucessão testamentária, que tem origem em ato de última vontade do morto.⁸

Ademais, para além daquela ideia meramente patrimonial inserida no Direito Sucessório, a fim de manter os bens com a família e com isso preservar a propriedade, esse instituto tem, ainda, como um dos seus principais objetivos consolidar a estrutura familiar, a fim de protegê-la, ou seja, o direito sucessório está embasado não só no direito de propriedade como e, principalmente, na função social que exerce.

O fundamento da *transmissão causa mortis* estaria não apenas na continuidade patrimonial, ou seja, na manutenção pura e simples dos bens na família como forma de acumulação de capital que estimularia a poupança, o trabalho e a economia, mais ainda e principalmente no ‘fator proteção, coesão e de perpetuidade da família.’⁹

Desse modo, com a inserção da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico através da Lei Maior de 1988, nos artigos 1º inciso II e 3º inciso I, a solidariedade passou a ter incidência direta nas relações privadas, mais ainda nas relações familiares, trazendo para o Direito Sucessório um novo fundamento que não só aquele de perpetuidade patrimonial.

A solidariedade familiar trouxe, portanto, a ideia de ajuda, de proteção, de amparo, de sustento às relações de afeto, onde a transferência de patrimônio passou a ter uma função social.

Conforme será analisado posteriormente nesse trabalho, a proteção da família passou a ser um instrumento para a realização do ser humano, onde tutelar a família é sinônimo de tutelar o ser humano.¹⁰

⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 3.

⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 5

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 34.

Diante desse contexto, todos os institutos jurídicos, incluindo o Direito Sucessório, passaram a se portar diante dos anseios sociais de modo a concretizar a dignidade da pessoa humana.

A herança, desse modo, passou a ser um direito fundamental, inserida no art. 5º, XXX da Constituição Federal de 1988, a fim de que com a morte o falecido, através de um testamento, não deixe desamparadas as pessoas com quem tinha obrigação de sustentar a assistir.¹¹ Nesse sentido, eis como Maria Berenice Dias leciona:

Mesmo com a morte, ninguém pode deixar desprotegidas as pessoas para com quem tinha obrigações de sustento e assistências. Daí a instituição de herdeiros necessários, casualmente as pessoas entre as quais existe obrigação alimentar. É de tal ordem o dever decorrente da responsabilidade familiar que ninguém pode abrir mão de todo o seu patrimônio (CC 548): se tiver herdeiros necessários, a metade de seus bens é assegurada a eles (CC 1.846). A lei mantém o patrimônio hereditário dentro da família: os bens não ficam sem titular, e a familiar não resta ao desabrigo. Por isso se diz que o direito das sucessões constitui um prolongamento natural da família. Porém, em respeito à autonomia da vontade, a restrição não é absoluta. Quem tem herdeiros necessários somente pode dispor da metade do seu patrimônio por meio de testamento. Assim, convivem harmoniosamente a sucessão em virtude da lei e a sucessão por vontade do titular do patrimônio de beneficiar determinadas pessoas.¹²

Portanto, a despeito da liberalidade garantida ao falecido para, em vida, por meio de um testamento, dizer para quem quer deixar seu patrimônio, o ordenamento jurídico tratou de garantir uma parte desse patrimônio àquelas pessoas que estavam sob os cuidados do *de cujos*, a fim de que essas não ficassem desamparadas.

Com isso, conforme transcrito acima, foram instituídos os herdeiros necessários, que são aqueles que dependem do sustento fornecido em vida pelo autor da herança e que irão ter garantido por lei uma parte da herança. Para tanto, isso será analisado mais a frente no presente trabalho.

1.1 Sucessão legítima e herdeiros necessários:

Conforme já explanado no tópico anterior, os herdeiros irão suceder (receber a herança) o *de cujos* em virtude de um testamento ou em virtude da lei. No primeiro

¹¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 34.

¹² *Ibidem*. p. 28

caso eles irão receber conforme disposição de última vontade do falecido enquanto que no segundo caso será a lei que dirá quem e como irá receber essa herança.¹³

Assim, a sucessão legítima é aquela que resulta da lei, também chamada de *ab intestato*, uma vez que suas regras se aplicam quando ausente testamento, ou seja, na ausência de manifestação de vontade do falecido, a lei indicará quem irá receber o seu patrimônio.¹⁴

Tartuce assim conceitua:

A sucessão legítima é aquela que decorre de imposição da norma jurídica, uma vez que o legislador presume a vontade do morto, ao trazer ordem de vocação hereditária que deve ser observada no caso de sua falecimento sem testamento.¹⁵

Posto isso, a sucessão legítima é a presunção legal da vontade do *de cujos*, a qual encontra-se inserida no art. 1.829 do Código Civil de 2002 que descreve quem irá receber o patrimônio do falecido e em qual ordem, conhecido também como ordem de vocação hereditária.

Ademais, partindo da premissa de que o herdeiro é aquele que irá receber o patrimônio do *de cujos* por meio de um testamento ou por determinação legal, deve-se compreender que o herdeiro ou será testamentário – decorrente de testamento - ou será legítimo – decorrente da lei.

Dentre os herdeiros legítimos descritos no art. 1.829 do CCB existem aqueles chamados de necessários e aqueles chamados de facultativos. O primeiro é assim denominado, uma vez que não pode ser privado da condição de herdeiro, enquanto que os facultativos podem. São, portanto, herdeiros necessários: o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, conforme art. 1.845 do CCB. Os demais herdeiros dispostos no art. 1.829 são considerados herdeiros facultativos.¹⁶

¹³ PEREIRA, Cario Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 67.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 113

¹⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 150

¹⁶ PEREIRA, Cario Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 67.

Desse modo, o autor da herança está impedido legalmente de dispor sobre a totalidade de seu patrimônio em testamento, uma vez que parte desse patrimônio - metade dos bens da herança (art. 1.846 do CCB) - é reservado pelo ordenamento para aqueles denominados herdeiros necessários.

Essa parte reservada é chamada de legítima e é assim conceituada por Maria Berenice Dias:

A legítima, ou seja, a parte reservada aos herdeiros necessários, é intangível: não pode ser reduzida nem ser sujeita a ônus, encargos, gravames ou condições. Também não pode ser objeto de legado, usufruto, fideicomisso, pensão, habitação ou de outros direitos dessa natureza. Quaisquer determinações que desfalquem a legítima são ineficazes.¹⁷

Posto isso, passa-se a análise da ordem de vocação hereditária, disposta no art. 1.829, a qual determina a sucessão legítima, privilegiando os herdeiros necessários e garantindo a legítima.

1.2 Ordem de vocação hereditária

O tema apresentado nesse trabalho tem ligação direta com a ordem de vocação hereditária disposta nos artigos 1.798 e seguintes do Código Civil, principalmente no art. 1.829 a baixo transcrito e o qual será criteriosamente analisado a seguir.

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.

As palavras que completam a frase “ordem de vocação hereditária” foram assim definidas por José Luiz Gavião de Almeida e José Pedro Makowski de Oliveira Gavião de Almeida:

A palavra ordem é aqui utilizada como fila, como lista, como sequencia do chamamento dos herdeiros. Vocação vem de voz e

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 113

significa chamada, chamamento. Hereditária é relativa aos herdeiros, àqueles que devem suceder.¹⁸

É importante esclarecer que essa lista de pessoas chamadas para receberem uma herança recebeu essa ordem de classificação em razão de uma presunção legal, ou seja, o legislador presumiu quem seriam aqueles que possivelmente o autor da herança gostaria de deixar seus bens e em qual ordem, se primeiro para os filhos, depois para os pais, depois para a esposa e assim sucessivamente, levando em consideração alguns critérios que serão a seguir apontados.

Entretanto, como presumir essa vontade? E quais são os critérios que devem ser utilizados?

A noção do homem médio é de que a herança será transmitida aos parentes do *de cujos*, uma vez que esses seriam as pessoas mais próximas dele e conseqüentemente seu desejo seria de deixar seus bens para eles. Além disso, o legislador compreende que os laços afetivos geram dever de assistência e com isso define as pessoas que irão ser contempladas com o patrimônio deixado pelo *de cujos*, a fim de continuarem a serem amparadas economicamente por ele.

Assim, o critério utilizado pelo ordenamento foi o parentesco. Em um primeiro momento, entregava-se o patrimônio para o parente mais próximo, depois para o segundo e assim sucessivamente. Observa-se, entretanto, que, dessa forma, o cônjuge só iria receber a herança depois dos colaterais, o que em muito não correspondia com a real presunção da vontade do *de cujos*.

Assim, mudanças concretas precisaram ser feitas para inserir o cônjuge na ordem de vocação hereditária de modo que satisfizesse essa presunção de vontade, criando-se para tanto o instituto da concorrência sucessória, onde pessoas que possuem uma posição distinta na ordem de vocação hereditária são chamadas para repartirem a herança.

Nota-se que o critério de parentesco não deixou de ser utilizado, mas além dele foi inserido o elemento afetividade, ou melhor, a afeição conjugal que existe em qualquer

¹⁸ ALMEIDA, José Luiz Gavião; ALMEIDA, José Pedro Makowski de Oliveira Gavião de. *A concorrência entre cônjuge e companheiro na sucessão legítima*. São Paulo: Método, 2009.

relação familiar e que, portanto, precisa ser levada em consideração, conforme será analisado mais a frente nesse trabalho.

1.3 Parentesco

O parentesco, assim como qualquer outro instituto do Direito de Família, teve que se adaptar ao anseios atuais do ordenamento jurídico.

Assim, seu conceito passou a estar intimamente ligado com os preceitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988, principalmente no que se refere à dignidade da pessoa humana, contemplando, portanto, as relações de afinidade que envolvem a família.

Para tanto, eis como Maria Helena Diniz conceituou parentesco:

É a relação vinculatória existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, entre adotante e adotado e entre pais institucional e filho socioafetivo.¹⁹

Nesse mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald definem parentesco “como o vínculo, com diferentes origens, que atrela determinadas pessoas implicando em efeitos jurídicos diversos entre as partes envolvidas.”²⁰

José Luiz Gavião de Almeida e José Pedro Makowski de Oliveira Gavião de Almeida também contribuem para essa definição na transcrição abaixo:

Parentesco é o nexa que une uma pessoa a outra, por laços de sangue ou por criação artificial da lei, ou que aproxima uma pessoa dos parentes de outra em virtude de relações conjugais entre elas.

Seguindo a concepção acima apresentada, o Código Civil de 2002 também entendeu por inserir a afinidade no conceito de parentesco em seu art. 1.593, o qual afirma que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem.”

Tal divisão proposta pelo código - parentesco natural e parentesco civil – trouxe a ideia de que o parentesco advém tanto dos laços de sangue quanto de situações admitidas pelo direito, como adoção, afinidade, socioafetividade, inseminação artificial, etc.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 23ª. São Paulo: Saraiva, 2008. 5º Vol. p. 431

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVAD, Nelson. *Curso de Direito Civil* 06. 5ª ed. Salvador: JusPUDIVM, 2013. p. 610

Fláviu Tartuce, por sua vez, definiu três formas de parentesco: o consanguíneo; o por afinidade e; o civil:

- a) Parentesco consanguíneo ou natural - aquele existente entre pessoas que mantêm entre si um vínculo biológico ou de sangue. (...)
- b) Parentesco por afinidade – existente entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro cônjuge ou companheiro. Lembre-se que marido e mulher e companheiros não são parentes entre si, havendo vínculo de outra natureza, decorrente da conjugalidade ou da convivência. (...)
- c) Parentesco Civil – decorrente de outra origem que não seja a consanguinidade ou a afinidade.²¹

1.4 Da sucessão dos descendentes e sua concorrência com o cônjuge

Nesse primeiro momento, é importante compreender que o cônjuge aparece na ordem de vocação hereditária em concorrência com os descendentes, a depender do regime de bens adotados no casamento entre o falecido e o sobrevivente. Essa lógica encontra-se introduzida pelo art. 1.829, inciso I do CCB, *in verbis*:

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;

Observa-se que o mencionado artigo preconiza as hipóteses de concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do *de cujos*, bem como dispõe das hipóteses de afastamento dessa concorrência.

Nesse sentido, não concorrem com os descendentes: I – os cônjuges casados sob o regime de comunhão universal de bens; II – os cônjuges casados no regime de separação compulsória de bens; III – o cônjuge casado sob o regime de comunhão parcial de bens, quando o sucedido não deixou bens particulares.

Desse forma, por outro lado, concorrem com os descendentes os cônjuges casados nos seguintes regimes patrimoniais de bens: I – participação final nos aquestos; II – comunhão parcial de bens quando o *de cujos* deixou bens particulares;

²¹ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. *Direito das Sucessões*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 151

Essa primeira conclusão extrai-se da sistemática doutrinária que ensina que “quando o cônjuge é meeiro, não é herdeiro; quando herdeiro, não é meeiro”.²² Assim, se o regime de bens escolhido pelos nubentes garantir meação, não haverá herança, se o regime de bens não garantir a meação, haverá herança.

²² TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 172

2. DIREITO DE FAMÍLIA

Compreende-se que a família foi, é, e continuará sendo o núcleo básico e essencial da formação e estruturação dos sujeitos, e, conseqüentemente, do Estado. Contudo, desta forma, é uma construção que apresenta-se estruturada no afeto, no amor, na compreensão, nas atitudes solidárias e no reconhecimento mútuo.²³

Percebe-se que essa ideia de família é o reflexo do fim das famílias patriarcais de 1916, cujas mesmas eram fundadas pelos laços de sangue e comandadas pelo pai poder. Nota-se, portanto que ainda, são reflexos das transformações da sociedade, dos grandes avanços e das conquistas de longos anos, que hoje são comemoradas por todos os operadores do Direito.

Assim, família se constitui por diversos fatores e é capaz de ter múltiplos envolvidos, pois hoje existe uma estrutura multifacetada, quando tratamos de famílias uniparentais, homoafetivas, pluriparentais, etc., demonstrando o caráter eudemonista, presente na nossa atualidade e justificada exclusivamente na busca da felicidade e na realização pessoal de seus indivíduos.²⁴

Contudo a sociedade brasileira apresenta hoje o fenômeno das famílias recompostas e reconstituídas, sendo as mesmas formadas por pessoas que estão ligadas pelo amor. No entanto, esses fatores somados, que constituem a família, garantem o desenvolvimento da esfera familiar. Assim, não se pode tratar da alteração das questões familiares, da ruptura dos vínculos sanguíneos em prol dos vínculos afetivos, sem analisarmos as diferenças que ocorreram no consumo, no mercado e na política.²⁵

2.1 A família e os direitos constitucionais

Como sabido, Direito e sociedade estão em permanente interação e, para que aquele permaneça como meio regulador do convívio social, diante das substanciais mudanças ocorridas, necessário é renovar as premissas para readaptar o Direito e sua aplicação aos fatos e aos novos fenômenos que surgem no contexto social.²⁶

²³ LEVY, Laura Affonso da Costa. *Família Constitucional, sob um olhar da afetividade*. 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7568> Acessado em: 12 de Janeiro de 2015.

²⁴ Ibidem. p. 02

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

Para tanto, dá-se como certo o fato de que a concepção sociojurídica de família mudou. E mudou seja do ponto de vista dos seus objetivos, não mais exclusivamente de procriação, como outrora, seja do ponto de vista da proteção que lhe é atribuída. Atualmente, como se procurou demonstrar, a tutela jurídica não é mais concedida à instituição em si mesma, como portadora de um interesse superior ou supra-individual, mas à família como um grupo social, como o ambiente no qual seus membros possam, individualmente, melhor se desenvolver” (CF, art. 226, §8º).²⁷

O Direito, assim, deve apenas traduzir a realidade fática, sob pena de reduzir-se a um mero tecnicismo vazio. As constituições democráticas atuais reconhecem as diversas formas de famílias, das tradicionais às mais diferentes, ou seja, daquelas constituídas pelo casamento, pelas uniões estáveis ou monoparentais. Nesse mesmo momento se dá a era da despatrimonialização do Direito Civil, que elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento das constituições democráticas, toda a ordem jurídica deve ter seu foco na pessoa, em detrimento do patrimônio, que antes comandava todas as relações interprivadas.

A Família, afinal, é lugar privilegiado da realização da pessoa, pois é aí que se inicia e se desenvolve todo o processo de formação da personalidade do sujeito. A Família deixou, portanto, de ser um núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do amor e do afeto. Trata-se de buscar um Direito de Família mais adequado às novas realidades sociais de convivência humana e buscar uma estrutura familiar menos produtora de psicopatologias, porque menos opressora, mais autêntica, mais verdadeira mais sincera, menos impregnada de hipocrisias e falsidades, mais regada pela afeição, mais igualitária, mais solidária.²⁸

Percebe-se que é desta forma, a humanidade abriu suas fronteiras, reposicionou seu pensamento quanto ao capital econômico, proporcionou avanços na seara do consumo, inclusive favorecendo para que nascesse a era do hiperconsumismo, deu um passo contrário quanto às famílias e os relacionamentos interpessoais. Contudo, é nesse sentido que os casamentos arranjados, a desvalorização do sujeito, a monetarização das trocas afetivas, foram dando espaço à uma relação baseada na compreensão, no amor, no carinho, no cuidado, na presença e no companheirismo.

O art. 226, *caput*, do texto constitucional, ao estabelecer que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, Destaca a importância do organismo familiar para a formação e manutenção da sociedade, sendo que o modelo unitário da família

²⁷ LEVY, Laura Affonso da Costa. *Família Constitucional, sob um olhar da afetividade*. 2015. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7568 Acessado em: 12 de Janeiro de 2015.

²⁸ *Ibidem*.

matrimonial foi ampliado para vários (plurais) modelos de famílias que não se esgotam no rol previsto constitucionalmente.

Sem família não há sociedade, dá a especial proteção que o Estado deve dar às famílias, não mais consagradas como instituições independentes, mas em razão da tutela das pessoas humanas que as integram, independentemente do modelo escolhido ou existente.

29

A entidade familiar passou a ser o meio de realização da dignidade e das potencialidades de seus membros. Assim, a efetividade das normas constitucionais implica a defesa dos organismos sociais e familiares, que cumprem o seu papel maior. Tendo em vista a importância dos princípios para o Direito de Família e, em especial, para o estudo da formação das entidades familiares, faz-se necessário abrimos um estudo que proporcione a análise desta concepção.

A nova conformação do Direito de Família passa a ser guiado por novos princípios, como: a) o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, inciso III, da CF); b) o princípio da igualdade (art. 5, *caput*, e art. 226, parágrafo 5, da CF); c) o princípio da solidariedade (art. 3, inciso I, da CF); d) o princípio da paternidade responsável (art. 226, parágrafo 7, da CF); e) o princípio do pluralismo das entidades familiares (art. 226, parágrafos 3 e 4, da CF); f) o princípio da tutela especial à família, independente da espécie (art. 226, *caput*, da CF); g) o dever de convivência familiar (art. 227, *caput*, da CF); h) a proteção integral da criança e adolescente (art. 227, *caput*, da CF); e i) a isonomia entre os filhos (art. 227, parágrafo 6, da CF) Do princípio da dignidade da pessoa humana decorreram a despatrimonialização e a repersonalização das relações de família, valorizando-se os aspectos existenciais e procurando-se garantir, acima de tudo, os direitos da personalidade de cada membro do grupo familiar.³⁰

O princípio da igualdade marcou a democratização da entidade familiar, com o estabelecimento do poder parental desenvolvido em igualdades de condições. Por sua vez, o solidarismo é valor característico dos tempos contemporâneos e, por óbvio, as famílias representam as entidades mais capazes e adequadas para sua mais perfeita concretização com base na ideia de cooperação, auxílio moral e material recíprocos.

O princípio da tutela especial da família, consagrado no art. 226, *caput*, do texto constitucional, obriga o Estado a protegê-la, na forma de cada membro e não a uma

²⁹ LEVY, Laura Affonso da Costa. *Família Constitucional, sob um olhar da afetividade*. 2015. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7568 Acessado em: 12 de Janeiro de 2015.

³⁰ *Ibidem*. p.15

abstrata comunidade familiar. A proteção integral da criança e do adolescente restou consagrada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 1 da Lei 8.069/90), sendo uma das mais avançadas legislações do mundo, em substituição à doutrina do menor em situação irregular.³¹

Contudo, compreende-se que quanto à isonomia entre os filhos, nasce, definitivamente, a proibição de designações discriminatórias, vedando distinções em razão da origem da filiação. Entretanto, os princípios da pluralidade das entidades familiares e o dever de convivência familiar, merecem uma análise apartada, visto as suas riquezas e sua importância para o desenvolvimento do princípio da afetividade no Direito de Família.³²

2.2 Concorrência e Constituição Federal

Para melhor analisar a temática apresentada neste trabalho é importante destacar a relação que existe entre o direito sucessório e a família. Isso porque, a sucessão está intimamente ligada a dois institutos jurídicos: a família e a propriedade. Enquanto um é o objeto a ser transmitido (propriedade) o outro fornece o critério utilizado para escolher aqueles que irão receber o referido objeto (família).

Ademais, a introdução da tutela sucessória do cônjuge no Código Civil de 2002 se deu pelas consequências e anseios jurídicos do passado, bem como pela evolução conceitual de alguns institutos juridicamente protegidos, entre eles e, principalmente, o conceito de “família”.

Inicialmente, sabe-se que o cônjuge no código anterior ao de 1916 o cônjuge só herdava em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, ou seja, depois dos descendente, ascendentes e colaterais. Essa situação mudou com o art. 1.611 do Código Civil de 1916³³, quando mesmo assim o cônjuge só herdaria na ausência de descendentes e ascendentes, restando em terceiro lugar na linha sucessória, ou seja, não concorria à herança.

³¹ LEVY, Laura Affonso da Costa. *Família Constitucional, sob um olhar da afetividade*. 2015. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7568> Acessado em: 12 de Janeiro de 2015. p. 20

³² *Ibidem*.

³³ Art. 1.611. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro não estavam desquitados.

Além disso, ele também não era considerado herdeiro necessário, o que permitia ao testador excluí-lo da herança, conforme disposto no Art. 1.721 e seguintes do referido Código.³⁴

Para melhor compreensão da situação do cônjuge no Código de 1916, segue, em um breve comentário, o conceito de herdeiro necessário:

Herdeiros necessários, como se sabe, são todos aqueles que, em regra, não podem ser afastados da sucessão (salvo nas hipóteses de exclusão ou deserdação), aos quais a lei destina expressamente a metade da herança (legítima).³⁵

Além disso, no Código Civil de 1916, em um primeiro momento, o cônjuge tinha sua meação garantida com o regime de comunhão universal de bens, o que, entretanto, modificou-se com a introdução da Lei 6.515/77, a qual alterou o regime de bens para o da comunhão parcial, gerando, assim, um certo desamparo do cônjuge frente à sucessão, uma vez que este restou ainda impedido de suceder quando ausentes bens a serem partilhados. Portanto, ao cônjuge sobrevivente restaram poucas, senão quase nenhuma, oportunidades de suceder à herança de seu esposo (a).³⁶

Observa-se que o referido Código privilegiava a “institucionalização” da família por meio do casamento em detrimento das pessoas que constituíam aquela relação, desvalorizando, assim, o elemento afetivo da composição familiar. Outro exemplo que pode ser citado, nesse sentido, é a exclusão sucessória dos filhos ilegítimos.³⁷

Rodrigo da Cunha Pereira assim descreve a situação da família no Código de 1916:

O Código Civil de 1916 regulava essa família patriarcal sustentada pela suposta hegemonia do poder do pai, na hierarquização das funções, na desigualdade de direitos entre marido e mulher, na discriminação dos filhos,

³⁴ PRADO, Wagner Junqueira.: *A sucessão Legítima do Cônjuge no Novo Código Civil*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Fev-Marc 2010. Ano XI, nº 14. p. 31

³⁵ DELGADO, Mario Luiz. *Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente*. Uma proposta de harmonização do sistema. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005. p. 420.

³⁶ COSTA, Carlos José de Castro.. *Sucessão do Cônjuge à luz da Constituição Federal*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Fev./Mar. 2010. p. 07.

³⁷ NAVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge casado no regime da separação total convencional de bens*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMAO, José Fernando (Coords.). *Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Método, 2009. p.467.

na desconsideração das entidades familiares e no predomínio dos interesses patrimoniais em detrimento do aspecto afetivo.³⁸

Entretanto, com o passar dos anos ocorreu uma significativa alteração conceitual da família brasileira, que deixou para trás seu caráter patriarcal hierárquico e institucional, transformando-se em uma entidade recoberta pela valorização do afeto, da democratização das relações familiares e da necessidade de uma tutela protetiva desses interesses, ou seja, passando a ter um caráter instrumental, que visa o desenvolvimento da personalidade de seus membros, em busca da felicidade e da realização pessoal.³⁹

Nesse sentido, eis o que leciona Cristiano Chaves de Farias e Nelson Roselvad:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tende a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto. Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem. Abandona-se, assim, uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma célula social fundamental, para que seja compreendida como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana.⁴⁰

Isso surgiu, não a toa, mas em razão da família ser o núcleo de todo crescimento humano, ou seja, toda criança nasce e cresce dentro de um núcleo familiar, seja qual for sua formação. Portanto, é nesse contexto que o ser humano aprende, desenvolve, cresce, conceitua as circunstâncias da vida e modela o seu ser psíquico. E não é só a criança que depende desse núcleo familiar, mas todo o ser humano. Afinal, é em conjunto com a família que o ser humano exprimirá suas vontades, seus anseios, seus desejos e necessidades.

Essa alteração surgiu, ainda, com a introdução da “Dignidade da Pessoa Humana” (Art. 1º, III, CF/88) como fundamento da República Federativa do Brasil. Assim, passou-se a entender o ser humano como portador de direitos essenciais e fundamentais, os quais são imprescindíveis para o desenvolvimento psíquico social do homem, sendo, portanto, obrigatória sua proteção e indispensável sua garantia.

³⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a Organização Jurídica da família*. <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.+Rodrigo+da+Cunha.pdf?sequence=1> Acessado em 19 de dezembro de 2014.

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVAD, Nelson. *Curso de Direito Civil 06*. 5ª ed. Salvador: JusPUDIVM, 2013.

⁴⁰ *Ibidem*. p. 42.

Observa-se nesse ponto que o Direito Público aparecerá nessa ceara jurídica para, justamente, impor normas de ordem pública, a fim de zelar pelo ambiente familiar que, como já frisado anteriormente, é o lugar onde se desenvolverá o ser humano em um primeiro momento. Nota-se que o Direito Público será mesclado ao Direito Privado na solução de conflitos particulares.

Assim, as questões patrimoniais foram colocadas em um segundo plano, a fim de servirem de instrumento para a tutela da pessoa humana, ou seja, um meio para realização da personalidade do homem em sociedade, não podendo, para tanto, tornarem-se o centro da proteção jurídica. Desse modo, pode-se citar como exemplo, a função social da propriedade prevista na Constituição Federal.

Nesse sentido Carlos José de Castro Costa ensina que:

A análise do Direito Civil, à luz da Constituição Federal, portanto, preconiza a funcionalização das situações patrimoniais, as quais devem servir de instrumento para a realização da pessoa humana. Assim, defere-se preferência aos aspectos existências em detrimento dos patrimoniais. (...) Não se trata de relegar a aspiração economia, mas atribuir ao aspecto econômico do direito privado uma justificativa institucional que possibilite o desenvolvimento da pessoa.⁴¹

Observa-se que a Constituição Federal exige que os institutos jurídicos, incluindo a família e a propriedade – institutos ligados ao Direito Sucessório –, prezem sempre pela Dignidade da Pessoa Humana, como centro de seu desenvolvimento e aplicabilidade.⁴²

É nesse momento, portanto, que o novo conceito de família irradia-se para o Direito Sucessório, obrigando-o a concretizar suas normas na proteção das pessoas ali envolvidas.

A sucessão hereditária no âmbito familiar é instrumento de concretização do princípio da solidariedade constitucional. De fato, na busca pela proteção integral da pessoa humana (Constituição Federal de 1988, art. 1º, III), optou

⁴¹ COSTA, Carlos José de Castro.. *Sucessão do Cônjuge à luz da Constituição Federal*. Revista Brasileira de Direito das Família s e Sucessões, Fev./Mar. 2010. p. 07.

⁴² Ibidem. p. 08.

o constituinte pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Constituição Federal de 1988, art. 3º, I).⁴³

A família, como acima mencionada, passou a retratar novos anseios e novas roupagens, deixando de existir somente a partir de um casamento, mas repleta de interesses individuais, afetivos e psíquicos, passando a exigir da ordem jurídica, uma nova perspectiva além daquela eminentemente patrimonialista. Nesse ponto, a dignidade da pessoa humana apresenta-se como uma forma de proteção aos membros da entidade familiar, proporcionando o seu desenvolvimento e privilegiando o “ser” sobre os demais valores jurídicos.⁴⁴

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam:

(...) a proteção ao Núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo descabida (e inconstitucional!) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem, sob pretexto de garantir a proteção da família.⁴⁵

É nesse contexto que o Código Civil de 2002 surge para reger a evolução do conceito familiar, incluindo a proteção do cônjuge sobrevivente, e buscando garantir assim a sua condição de herdeiro necessário, bem como a sua concorrência na sucessão com os descendentes e ascendentes.

Desse modo, assim como ocorreu uma vinculação entre a divisão existente entre os conceitos de Direito Público e Direito Privado, as ideias de relação pessoal familiar e vínculo patrimonial também se misturaram para obterem uma interpretação sistemática e teleológica das regras desses campos jurídicos, a fim de priorizarem o desenvolvimento da personalidade humana.⁴⁶

A autonomia privada conectada ao conceito de propriedade e à ideia de autonomia da vontade que, por sua vez, se aproxima do conceito de liberdade, terá que deixar

⁴³ NAVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge casado no regime da separação total convencional de bens*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMAO, José Fernando (Coords.). *Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Método, 2009. p.467.

⁴⁴ COSTA, Carlos José de Castro. *Sucessão do Cônjuge à luz da Constituição Federal*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Fev./Mar. 2010. p. 08.

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVAD, Nelson. *Curso de Direito Civil 06*. 5ª ed. Salvador: JusPUDIVM, 2013. p. 47.

⁴⁶ COSTALUNGA, Karime. *O art. 1.829 do Código Civil e a Constituição: proposta de uma análise estrutural e axiológica*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005. p. 402.

de caminhar sozinha e desvinculada dos direitos associados à dignidade da pessoa humana para obter uma concreção do desenvolvimento da personalidade.⁴⁷

Ocorre, entretanto, que a regulamentação do Código de 2002 ainda produz diversas divergências e desamparos no mundo dos fatos, gerando diversas discussões doutrinárias, incluindo, nesse caso, a questão da sucessão do cônjuge sobrevivente casado em regime de separação obrigatória de bens, disposta no art. 1.829, inciso I do CCB.

Inclusive, apesar da proteção constitucional à Dignidade da Pessoa Humana, ainda é possível observar a ausência desse princípio no Direito Sucessório, o qual ainda se encontra arraigado às concepções patrimonialistas. Isso porque, na sucessão hereditária, como encontra-se institucionalizada hoje, não se busca a promoção do ser humano, mas a transmissão de um patrimônio.

Apesar disso, a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário é dita como um avanço nessa busca Constitucional pela proteção das situações existenciais, uma vez que no passado - Código Civil de 1916 - somente eram herdeiros os descendentes e ascendentes.

Carlos José de Castro Costa, nesse sentido, explica que “a referida inserção leva em conta o vínculo conjugal, a afeição e a intimidade entre marido e mulher, que não são inferiores aos laços de consanguinidade”⁴⁸, o que demonstra a preocupação do legislador com o ser humano e seus aspectos psíquicos, sociais e afetivos, deixando de lado, por algum momento, a questão meramente patrimonial.

Entretanto, essa opinião não é unânime na doutrina brasileira. Existem aqueles que discordam da nova posição do cônjuge na ordem sucessória, em razão dos inúmeros divórcios e separações frutos da relação conjugar. Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão:

Esse grande esforço da posição sucessória do cônjuge surge paradoxalmente ao mesmo tempo que se torna o vínculo conjugal cada vez mais facilmente dissolúvel. A posição do cônjuge é concebida como uma posição mutável, mesmo precária. Porém aquele que teve a sorte de ocupar a posição de cônjuge na altura da morte, esse é o que vai ter uma muito privilegiada

⁴⁷COSTALUNGA, Karime. *O art. 1.829 do Código Civil e a Constituição: proposta de uma análise estrutural e axiológica*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005. p. 402.

⁴⁸COSTA, Carlos José de Castro. *Sucessão do Cônjuge à luz da Constituição Federal*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Fev./Mar. 2010. p. 09.

proteção sucessória. Suceder como cônjuge entra na aleatoriedade. Por outras palavras, a lei só se preocupa em desfavorecer o vínculo conjugal depois de ele estar dissolvido. Ironicamente, dizemos que a lei tende a conceber o casamento como um instituo mortis causa.⁴⁹

A despeito das críticas não há dúvidas de que a inserção do cônjuge como herdeiro necessário trata-se de um avanço para o ordenamento jurídico diante da nova roupagem trazida pela constituição às relações familiares.

⁴⁹ ASCENSAO, José de Oliveira. *Direito Civil – Sucessões*. 5 ed. Rev. Coimbra Editora. p. 343-344.

3. DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO

3.1 Conceito de autonomia privada

O Código Civil de 2002 utilizou-se da autonomia privada quando deixou o falecido, por liberalidade, escolher para quem irá deixar seus bens em testamento, bem como a utilizou quando descreveu a ordem de vocação hereditária, presumindo, assim, a vontade *de cujos*. Portanto, é de suma importância estuar esse instituto.

Nesse sentido, Leonardo Barreto Moreira Alves assim conceitua autonomia privada:

Considerando que a palavra “autonomia” fica origens no termo grego *autós*, “[...] que significa própria, individual, pessoal [...]” (SA; PONTES, 2009, p. 42), e no verbo *nomía*, “[...] que denota conhecer, administrar [...]” (SA; PONTES, 2009, p. 42), de forma sintética, pode-se definir a autonomia privada como o “[...] poder de estabelecer por si, e não por imposição externa, as regras da própria conduta. É poder de se autogovernar, e, por consequência, o detentor de autonomia tem a faculdade de se reger por um sistema de regras conhecidas pelos demais”⁵⁰

Portanto, conclui-se que a autonomia privada é uma autorização estatal concedida ao indivíduo para que este possa tomar decisões e gerir sua própria vida conforme sua própria vontade ou convicção, ou seja, está intimamente ligado à liberdade individual de escolha. Assim, a liberdade do indivíduo em sociedade não se restringe à questões meramente patrimoniais, mas também à questões existenciais.

O maior exemplo de aplicação desse instituto está nos contratos estabelecidos entre os indivíduos, onde estes possuem liberdade negocial, ou melhor, liberdade de firmar negócios jurídicos.⁵¹ Desse modo, é na celebração de uma negócio jurídico que a autonomia se materializa:

A autonomia privada é um dos princípios fundamentais do direito privado. Esse princípio se materializa por meio da realização de negócios jurídicos. Conforme Cariota Ferrara, os negócios jurídicos são os instrumentos ou os meios de realização da autonomia privada. Os negócios jurídicos são instrumentos “que o próprio direito põe à disposição dos particulares, para

⁵⁰ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo – A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 5.

⁵¹ *Ibidem*. p. 5.

servirem de base aos seus interesses na vida de relação, por conseguinte, para dar vida e permitir o desenvolvimento das relações entre eles.”⁵²

Assim, é por meio da autonomia privada que se permite escolher com quem irá negociar, quando irá negociar, o que irá negociar, como irá negociar, etc. Portanto, ela permite criar, modificar, extinguir relações jurídicas, admitindo, ainda, a construção de contratos atípicos, uma vez que no ordenamento jurídico tudo que não é proibido é facultado.

Nesse sentido, Leonardo Barreto Moreira Alves conclui que “no exercício da autonomia privada, o individuo torna-se legislador dos seus interesses particulares: é ele quem cria as normas que irão reger suas relações privadas”.⁵³

Entretanto, é importante frisar que a autonomia privada encontra seu limite no próprio ordenamento jurídico que a protege, ou seja, ele pode ignorar, rechaçar e repudiar o negócio jurídico autônomo. A “barriga de aluguel”, por exemplo, não é reconhecida pelo sistema jurídico, ou seja, não é protegida, como também não é considerada um ato ilícito.⁵⁴

Diante desse contexto, conclui-se que a autonomia privada não é um instituto absoluto, devendo respeitar os limites à ela impostos. Tais limites são conhecidos como “fronteiras da autonomia privada”, entre eles a lei, a moral, os bons costumes e a ordem pública. A principal fronteira da autonomia privada está na própria Constituição Federal no que tange aos direitos fundamentais aplicados às relações privadas.⁵⁵

3.2 Autonomia privada e autonomia da vontade

Apesar dos termos “autonomia privada” e “autonomia da vontade” possuírem uma conotação similar, são expressões com diferentes significados, e essas diferenças são extremamente importantes para o presente estudo.

A autonomia da vontade advém de um contexto histórico no qual não existiam limites impostos pelo Estado ao individuo, ou seja, o individuo não possuía barreiras

⁵² ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo* – A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 6.

⁵³ Ibidem. p. 8.

⁵⁴ Ibidem. p. 8.

⁵⁵ Ibidem. p. 9.

para agir conforme suas vontades. Isso permitia que uma simples declaração de vontade resultasse na criação de um negócio jurídico.⁵⁶

Além disso, essa autonomia possuía ligação direta com a seara patrimonial, ou seja, não lidava com questões meramente existências ou extrapatrimoniais, mas sua preocupação estava diretamente associada aos assuntos que envolviam as relações econômicas da época.

Assim, tal concepção desenvolveu-se no Estado Liberal, onde este era apenas um espectador das vontades privadas e em uma época que qualquer entrave as vontades individuais impediriam o progresso capitalista.⁵⁷

(...) O período do Estado Liberal foi marcado como legitimador de valores como livre mercado, governo limitado, propriedade privada, individualismo metodológico e jurídico, igualdade formal, liberdade individual, etc. (...) Com isso entendia-se que era necessário que o Estado não mais interviesse no âmbito particular como outrora ocorrera, devendo a burguesia ter ampla e irrestrita liberdade para o desenvolvimento das suas atividades produtivas. (...) A vontade, portanto, constituía um verdadeiro dogma, não encontrando nenhum limite à sua aceitação como fonte única de formação das regras jurídicas, melhor dizendo, dos negócios jurídicos. Com isso, “[...] no âmbito jurídico, o indivíduo aparece como fonte e causa final de todo direito, sendo as normas jurídicas obras dos indivíduos e não da sociedade [...]”.⁵⁸

Observa-se que nesse período liberal consagrou-se o princípio do *pacta sunt servanda*, onde mesmo diante de um contrato prejudicial, injusto, oneroso para uma das partes deveria ser cumprido e respeitado, uma vez que as partes tiveram liberdade de pactua-lo, podendo, inclusive, optar por não contratarem.⁵⁹

Assim, nessa época, não existia a teoria da imprevisão, da onerosidade excessiva, da proteção às partes hipossuficientes. Isso porque, baseava-se no conceito da igualdade formal entre os sujeito de direito. Tal ideologia fomentava o ter em prejuízo do ser, “[...] impedindo a efetiva valorização da dignidade humana, o respeito à justiça distributiva e à igualdade material ou substancial”⁶⁰.

⁵⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo* – A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 10.

⁵⁷ Ibidem. p. 11.

⁵⁸ Ibidem p. 14-17.

⁵⁹ Ibidem. p. 18.

⁶⁰ Ibidem. p. 17.

Por sua vez, a autonomia privada, diferentemente da autonomia da vontade, entende ser insuficiente para constituir um negócio jurídico a simples declaração de vontade do indivíduo. Entende-se, nesse caso, que a vontade é apenas um dos requisitos da existência do negócio jurídico, devendo ser analisada em conjunto com outros elementos impostos pelo ordenamento para a concretização do negócio, entre eles, a capacidade das partes, a forma, o conteúdo do negócio, a legitimidade, etc.⁶¹

Portanto, o ordenamento jurídico atual impõe limites à mera declaração de vontade, conhecidas como fronteiras da autonomia privada, onde não basta uma simples vontade das partes para que se crie um negócio jurídico, também será necessário observar os requisitos de validade exigidos pelo ordenamento.⁶²

Nesse sentido, Leonardo Barreto Moreira Alves explica essa alteração na conceituação dos institutos acima explanados:

Essa alteração de paradigma decorre da mudança das funções exercidas pelo Estado, que deixa de ser um mero observador das atividades privadas (Estado Liberal) para se tornar um ente que intervém no âmbito particular dos indivíduos, de modo a tutelá-los (primeiro com o Estado Social e, atualmente, com o Estado Democrático de Direito)⁶³

Portanto, é importante sedimentar que a autonomia da vontade compreendida na época do Estado Liberal associada exclusivamente ao âmbito negocial, patrimonial e econômico, ou seja, elementos privados do capitalismo, foi substituído pela autonomia privada que possui barreiras na ordem pública, moral, nos bons costumes e na Lei, sob uma ótica de proteção aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988.

3.3 A possibilidade de aplicação da autonomia privada no âmbito do direito de família

Conforme já analisado anteriormente, a família, durante o Código Civil de 1916, não era tratada como elemento fundamental da sociedade, mas sim do Estado. Sua existência e sua regulação se dava somente em razão do casamento, o que gerava desamparo a outras tantas situações existentes.

⁶¹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo – A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 12.

⁶² *Ibidem*. p. 12.

⁶³ *Ibidem*. p. 12.

A ausência regulatória do Estado e até mesmo o preconceito dele com as relações concubinárias, adulterinas, os filhos havidos fora do casamento, a vedação à extinção do vínculo conjugal, a culpa pela separação judicial, entre outros tantos casos existentes no ordenamento jurídico de 1916 são exemplos que demonstram a despreocupação do Estado com o afeto e a dignidade dos indivíduos que envolvem as relações familiares e comprova a exacerbada quantidade de interferência dele nas relações privadas.

Tanto é assim que entendia-se que o Direito de Família era parte integrante do Direito Público, conforme preconiza Silvio Rodrigues:

O interesse do Estado pela família faz com que o ramo do direito que disciplina as relações jurídicas que se constituem dentro dela se situe mais perto do direito público do que do direito privado. Dentro do Direito de Família o interesse do Estado é maior do que o individual. Por isso, as normas de Direito de Família são, quase todas, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção entre particulares.⁶⁴

Aliás, a única coisa que servia de amparo para a autonomia privada na esfera familiar era a livre escolha do regime de bens que iria reger a relação matrimonial, o que demonstra o elo existente entre a autonomia privada (da vontade) e a seara patrimonial que regia as relações daquela época em detrimento da esfera existencial, conforme tópico anterior deste trabalho.

(...) a intervenção do Estado no campo familiar, marcante à época do Código Civil de 196, trouxe graves e até irremediáveis consequências aos seus participantes, tudo ao curso da manutenção dos interesses estatais, em detrimento dos anseios sociais. É, pois, indesejada a interferência estatal nas relações familiares, sob pena de violação dos direitos fundamentais dos seus integrantes.⁶⁵

Assim, não havia muito espaço para as liberdades individuais dos integrantes da família, sobrando quase nada para a autonomia privada, ou seja, existiam muitas regras cogentes no âmbito do Direito de Família.

Entretanto, toda essa situação presente na época do Código Civil de 1916 foi superada com o advento da Constituição Federal de 1988, conforme leciona Leonardo Barreto Moreira Alves:

⁶⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 12.

⁶⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo* – A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 142.

Em primeiro lugar, porque a incidência de direito fundamentais nas relações privadas fez com que a autonomia privada perdesse a sua conotação exclusivamente patrimonial, típica do período do Estado Liberal, passando a ser aplicada também em relações extrapatrimoniais, a exemplo daquelas travadas no âmbito do Direito de Família. Em segundo lugar, porque o novo perfil da família desenhado pela Carta Magna Federal permitiu que ela se tornasse uma instituição verdadeiramente democrática, na qual a preocupação maior é com a felicidade pessoal dos seus membros, com a implementação da sua dignidade, com a realização dos seus direitos fundamentais, motivo pelo qual ela deixa de ser uma entidade estatal e ganha contornos de entidade social (célula básica da sociedade), o que autoriza o exercício da autonomia privada no seu âmbito.⁶⁶

Nota-se que com o advento da Carta Política de 1988 a família tornou-se a base da sociedade, onde a prioridade deixou de ser patrimonial passando a ser existencial, conforme art. 226 da CF/88 que diz “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

Assim, essa nova roupagem familiar dada pela Constituição de 1988 trouxe a presença do “afeto” nos elos familiares, o qual introduziu a valorização da dignidade da pessoa humana. Além disso, o seu reconhecimento autorizou, por assim dizer, o exercício da autonomia privada quando fala-se em liberdade de formação familiar - presença do afeto - e em liberdade de extinção familiar - ausência do afeto.⁶⁷

Outros exemplos da inserção da autonomia privada no ordenamento jurídico encontram-se na parentalidade socioafetiva, no planejamento familiar (lugar do domicílio, guarda e educação dos filhos, etc), com quem namorar, com quem casar, liberdade em ter ou não ter filhos, administrar o patrimônio familiar entre tantos outros que com a ajuda do elemento afetividade permitem que os componentes da família optem por aquilo que melhor lhes aprouverem.⁶⁸

Nesse sentido, Leonardo Barreto leciona:

Em sendo a família hodierna uma entidade democrática, aberta, plural, em que a promoção da dignidade dos seus membros é a sua principal missão, não há que se olvidar que a incidência da autonomia privada, no seu âmbito,

⁶⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo* – A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 136.

⁶⁷ *Ibidem*. p. 138.

⁶⁸ *Ibidem*. p. 139.

deve ser uma regra geral, permitindo-se que cada indivíduo cultive e desenvolva uma relação afetiva da maneira que mais lhe interessar.⁶⁹

Portanto, compreender a aplicação da autonomia privada nas relações familiares é compreender que a família é uma modalidade do Direito Privado e que o Estado precisa respeitar a intimidade e a vida privada das pessoas, permitindo a liberdade afetiva dos membros que compõem a família, ou melhor, permitir que o indivíduo tenha liberdade para gerir seus próprios projetos existências. Ao reconhecer isso e deixando o Estado de interferir naquilo que diz respeito tão somente ao titular da vontade é garantir a sua dignidade.⁷⁰

A despeito disso, é preciso entender também que a família é o pilar da sociedade e por isso precisa ser protegida pelo Estado, o qual irá interferir, por meio de normas cogentes, nessa seara. Entretanto, tal intervenção não deve prevalecer sobre a autonomia privada.

Embora o Direito de Família efetivamente contenha preceitos de ordem pública, não se identifica com o Direito Público, tanto que a família, por toda a sua extensa importância social, é vista como a base da sociedade, reclama certa intervenção de natureza institucional, em obediência aos interesses maiores de preservação dos direitos provenientes das relações jurídico-familiares. De qualquer modo a doutrina é praticamente unânime em reconhecer a natureza privada do Direito de Família, especialmente quando cada vez mais a ciência familiarista propugna pela igualdade de exercício dos direitos, e procura conferir maior liberdade e autonomia aos partícipes das relações jurídicas de ordem familiar, como vem acontecendo com as novas conquistas da igualdade dos gêneros, no campo da filiação, nos novos modelos de formação familiar, na maior liberalidade na disposição de bens, pela possibilidade de alteração dos regimes matrimoniais no curso das núpcias e agora com a separações e divórcios administrativos, realizados por escritura pública.⁷¹

Diante dessa dubiedade entre autonomia privada e intervenção estatal é preciso definir quando será recomendável essa intervenção. No presente trabalho convém questionar se o estado tem o poder de interferir nas escolhas feitas e desejadas pelo autor da herança?

Posto isso, nasceu para ordenamento jurídico um novo princípio chamado de Intervenção Mínima no âmbito do Direito de Família ou Direito de Família Mínimo⁷², o

⁶⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo – A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p. 141.

⁷⁰ *Ibidem* p. 139 – 142.

⁷¹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p . 32

⁷² ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo – A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 144.

qual foi consagrado pelo Código Civil de 2002 no art. 1.513, o qual possui a seguinte redação: É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Observa-se que tal Princípio tem o condão de impedir a interferência não só do Estado, mas de qualquer pessoa, do direito público ou privado, nas relações familiares.

Com relação à interferência Estatal Leonardo Barreto assim define tal Princípio:

Por ele se entende que a intervenção do Estado nas relações familiares só deve ocorrer excepcionalmente, em situações extremas, como *ultima ratio*, já que, como visto, deve prevalecer a regra geral da liberdade dos membros da família. (...) Por força do reconhecimento do princípio em tela, identifica-se atualmente um Direito de Família Mínimo, um Direito de Família no qual deve prevalecer, como regra geral, o exercício da autonomia privada dos componentes de uma família, pois somente dessa forma será possível efetivamente lhes garantir o implemento dos seus direitos fundamentais, o desenvolvimento da sua personalidade.⁷³

Nota-se que esse princípio consagra a autonomia privada e permite que o Estado interfira nas relações familiares somente para protegê-las, ou melhor, para tutelar os direitos fundamentais dos integrantes da família. Para tanto, assim enfatiza Flávio Tartuce:

Prevê o art. 1.513 do Código Civil em vigor que “é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Trata-se da consagração do princípio da liberdade ou da não intervenção na ótica do Direito de Família. Por certo que o princípio em questão mantém relação direta com o princípio da autonomia privada, que também deve existir no âmbito do Direito de Família.⁷⁴

Posto isso, Leonardo Barreto cria uma espécie de critério a ser utilizado pelo Estado, a fim de justificar sua interferência no âmbito familiar, veja-se:

Em verdade, o Estado somente deve interferir no âmbito familiar para efetivar a promoção dos direitos fundamentais de seus membros – como a dignidade, a igualdade, a liberdade, a solidariedade etc. -, e, contornando determinadas distorções, permitir o próprio exercício da autonomia privada dos mesmos, o desenvolvimento da sua personalidade e o alcance da felicidade pessoa de cada um deles, bem como a manutenção do núcleo efetivo. Em outras palavras, o Estado apenas deve utilizar-se do Direito de

⁷³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo – A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁷⁴ TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/artigo,novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro,22637.html#_ftn22> Acessado em: 22 de Dezembro de 2014

Família quando essa atividade implicar uma autêntica melhora na situação dos componentes da família.⁷⁵

Conforme se lê acima, a solução encontrada pelo ordenamento é de que o Estado aja somente como um protetor, como um assistente da família, e não como um repressor dela. Nesse sentido, é sempre essencial que se verifique se o Estado está ou não agindo de forma provedora em suas intervenções no âmbito familiar, se ele está ou não agindo com o intuito de tutelar e garantir os direitos fundamentais atinentes a esse instituto, que como já mencionado é a base da sociedade.

Para tanto, são exemplos de atuação protetiva do Estado o dever de alimentar entre os membros da família, a proteção integral da criança e do adolescente, assim como são exemplos de atuação negativa do Estado, onde há nítida violação dos direitos fundamentais de seus membros, a imposição do regime de separação legal de bens para maiores de 70 anos, o dever matrimonial de coabitação, entre tanto outros.⁷⁶

É importante acrescentar ainda o teor do art. 226, § 7º da Constituição Federal, o qual exemplifica essa aplicação protetora do Estado nas relações familiares:

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Nota-se por meio desse dispositivo que o Estado está legalmente impedido de interferir no planejamento familiar ao mesmo tempo em que está autorizado a fornecer recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

Assim, a autonomia privada não é um direito absoluto dos membros da família, uma vez que encontra limites na própria Constituição Federal de 1988, a qual garantiu ao Estado o poder de interferir nessa seara com o intuito de protegê-la.

⁷⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo – A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 145.

⁷⁶ *Ibidem*. p. 146.

4. POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

Diante de todo o exposto, a fim de fazer uma breve introdução, sabe-se que o cônjuge é considerado herdeiro necessário e que portanto tem direito a legítima. Compreendeu-se, ainda, que sua inclusão como herdeiro necessário foi um avanço para o ordenamento jurídico, tendo em vista a roupagem constitucional atual. Informou-se, ainda, que segundo a leitura do art. 1.829, inciso I do CCB a proteção desta “legítima” começa a ter reflexos na concorrência sucessória com os descendentes, sendo que o critério utilizado para ela é a existência de meação, conforme o regime de bens adotados no casamento.

Seguindo essa lógica a doutrina sempre compreendeu que os regimes da separação convencional de bens, o regime de comunhão parcial de bens, havendo bens particulares do falecido e o regime da participação final nos aquestos permitiriam ao cônjuge concorrer à herança com os descendentes.

Ocorre, entretanto, que com o advento do REsp 992.749/MG a doutrina divide-se quanto ao regime da separação convencional de bens. Melhor dizendo, existem aqueles que defendem a concorrência do cônjuge sobrevivente, casado no mencionado regime, com os descendentes do autor da herança, enquanto que, por outro lado, existem aqueles que negam totalmente tal concorrência.

Assim, o que se discute na doutrina são as justificativas que norteiam o afastamento ou não da concorrência no regime de separação convencional de bens. Com isso, passa-se a análise dos posicionamentos doutrinários a respeito da matéria e suas justificativas.

4.1 Pela exclusão do cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens

Existem aqueles que defendem a tese de que o cônjuge casado pelo regime da separação total convencional de bens não tem direito a concorrer à herança com os descendentes. Para tanto, criticam a redação do art. 1.829, inciso I por deixarem omissa essa interpretação.

Tal posicionamento não possui muitos adeptos, tornando-se, assim, a corrente minoritária. Entretanto, apesar da corrente majoritária estar inserida no ordenamento jurídico de forma extremamente justificada, a corrente minoritária não deixa de ter sua importância nessa discussão, uma vez que sua presença não é negada por aqueles que

discordam dela, inclusive, a corrente majoritária reconhece que seu posicionamento é passível de discussões.⁷⁷

Melhor dizendo, existe sim uma justificativa respeitada pela corrente majoritária que nega a possibilidade do cônjuge casado em regime de separação convencional ter direito à herança em concorrência com os descendentes do *de cujos*.

Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim assim preconizam:

(...) o tema suscita interpretações divergentes, como observado em comentários da doutrina. Assim, ao douto Miguel Reale, em artigo publicado na imprensa, pareceu que, não havendo concorrência na herança para o casado no regime de separação obrigatória, também não poderia haver esse concurso no regime de separação convencional.⁷⁸

Wagner Junqueira Prado também defende:

Estranhamente, ao excluir expressamente da qualidade de herdeiro, em concorrência com os descendentes, o cônjuge supérstite casado com o falecido no regime da separação obrigatória de bens, o art. 1.829, inciso I, permite que o cônjuge casado sob tal regime em virtude de obrigação legal, mas por opção do casal (separação convencional de bens), ocupe a qualidade de herdeiro. É uma incongruência da lei, já que, se o próprio Código Civil, em seu art. 1.640, parágrafo único, permite que os contraentes optem pelo regime da separação de bens, não deveria agora, após a morte de um dos cônjuges, aquinhoar o outro com parte na herança, em concorrência com os descendentes, já que isso obviamente contraria o objetivo do casal ao optar por aquele regime.⁷⁹

Miguel Reale e Judith Martins-Costa assim argumentam:

Porém, é evidente que haveria quebra da unidade sistemática do Código a não-extensão, por analogia (*eadem ratio*), da solução dada aos casados em separação total de bens por imposição legal. Mais ainda, haveria quebra da coerência lógica, pois se estaria, concomitantemente, (i) reconhecendo aos nubentes a possibilidade de autodeterminação para escolherem a separação patrimonial e (ii) negando essa mesma possibilidade pela imposição de uma comunicabilidade *post mortem*.⁸⁰

⁷⁷ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 167.

⁷⁸ OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. *Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática*. 22 ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2009. p. 97

⁷⁹ PRADO, Wagner Junqueira. *A sucessão legítima do cônjuge no novo Código Civil*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Fev-Mar 2010, Ano XI – n° 14

⁸⁰ REALE, Miguel Junior; COSTA, Judith Martins. DIREITO CIVIL. Sucessões. *Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Pacto Antenupcial de Separação total de bens e frutos. Código Civil, art. 1.829, inciso I. Interpretação. Compreensão do fenômeno sucessório e seus*

Maria Berenice Dias também compartilha dessa opinião:

Das novidades, nem a inserção do cônjuge como herdeiro necessário, nem o reconhecimento do direito de concorrências têm alguma razão de ser. A atribuição coacta de direitos sucessório, sem atentar ao desejo dos cônjuges e companheiros, é de toda desarrazoada. Impor a divisão de patrimônio de modo diverso do pactuado pelo casal, que elegeu um regime de bens para o casamento ou optou por viver em união estável, configura clara afronta à autonomia da vontade. A escolha levada a efeito em vida precisa ser respeitada mesmo após a morte. Descabido acreditar que o regime de bens vale somente para o divórcio, não produzindo efeitos quanto o casamento se dissolve em razão da morte.⁸¹

Nelson Neru Junior e Rosa Maria de Andrade Nery acrescentam:

De fato, a solução do CC 1829 I não se coaduna com a finalidade institucional do regime jurídico da separação de bens do casamento.⁸²

Além disso, surgiu um Projeto de Lei 1.792/2007 que também apresentou-se no sentido de alterar a redação do art. 1.829, inciso I do Código Civil, a fim de inserir a exclusão do cônjuge sobrevivente da condição de herdeiro necessário se casado no regime da separação total de bens.

Para tanto, utilizou-se das seguintes justificativas:

a sucessão do cônjuge casado no regime da separação de bens praticamente leva à extinção de dito regime, uma vez que subtrai um de seus pressupostos, a saber, a incomunicabilidade do patrimônio entre os cônjuges; e b) dita sucessão fere o princípio da liberdade, já que impede os nubentes de livremente convencionarem a respeito da partilha de seus bens, gerando o enriquecimento sem causa, em especial diante de segundas núpcias.⁸³

O Relator do Projeto de Lei, Deputado Valtenir Pereira, assim defende seu posicionamento:

Essa proteção buscada pelo novo Código veio justamente para desproteger a prole dos casais modernos, que casam, descasam e casam-se novamente, isso quando não se trata de família monoparental. Figure-se um exemplo corriqueiro: uma pessoa com um filho e a economia de uma vida toda, aplicada em um apartamento para esse filho. Os anos se passam, a pessoa vem a se casar com separação total de bens para que esse apartamento,

critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 25, p. 228.

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 31

⁸² NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil Anotado e legislação extravagante*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 805.

⁸³ NAVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge casado no regime da separação total convencional de bens*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMAO, José Fernando (Coords.). *Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Método, 2009. p. 473-474.

quando ela morrer, vá para o filho. Vem o Novo Código Civil e diz que se ela morrer antes de seu cônjuge, aquele apartamento comprado com tanto suor, muito antes de haver conhecido o atual cônjuge, vai ser dividido, pela metade, entre ele e o seu filho. Pergunta-se: é justo que o filho do cônjuge que morreu tenha que dividir com um terceiro o patrimônio que apenas seu genitor ou genitora havia adquirido muito antes de haver se casado? Parece que houve um exagero do Código e um descompasso com a realidade atual. Para se casar com separação de bens é necessário um pacto antenupcial, feito em cartório. É ato solene, previsto pelo próprio Código Civil, que exige livre e espontânea vontade de separar seu próprio patrimônio.

Tem razão o Prof. Dr. Miguel Reale, em citação trazida pelo autor do PL, quando diz que o artigo 1.829, quando nomeia o cônjuge herdeiro no regime da separação de bens, fere substancialmente esse regime, retirando-lhe toda sua característica, que é a separação total de bens.⁸⁴

Melhor dizendo, existe sim uma justificativa respeitada pela corrente majoritária que nega a possibilidade do cônjuge casado em regime de separação convencional ter direito à herança em concorrência com os descendentes do *de cujos*.

4.1.1 Miguel Reale

Observa-se que todos os autores acima mencionados mencionam Miguel Reale como o principal defensor da corrente minoritária que preconiza a impossibilidade do cônjuge casado em regime de separação convencional de bens concorrer à herança do falecido.

Assim, pode-se afirmar que Miguel Reale não só é o maior defensor dessa corrente, como também foi quem introduziu esse raciocínio no direito brasileiro. Sabe-se que, tão somente, três meses após a vigência do Código Civil de 2002, Miguel Reale já tinha exposto sua opinião a respeito da concorrência ou não do cônjuge casado no regime de separação convencional de bens.⁸⁵

Vale acrescentar que Miguel Reale foi o “grande idealizador” e “pai” do Diploma Civil de 2002, assim como Beviláqua foi para o Código de 1916. Isso porque, ele foi o coordenador e supervisor da reforma do Código de 2002. Portanto, não há dúvidas de que este jurista possui autoridade suficiente para apresentar razões que discordem de um

⁸⁴ Parecer do Projeto de Lei 1.792 de 2007. Relator Deputado Valtenir Pereira. Disponível em >http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=595691&filename=PRL+1+CSSF+%3D%3E+PL+1792/2007 < Acessado em 13 de novembro de 2014.

⁸⁵ ROCHA, Maria Vital da; SANTOS, Manuela Sales. *O regime matrimonial de separação convencional de bens: implicações no direito sucessório*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f0bf4a2da9525289>> . Acessado em 20 de maio de 2014.

posicionamento dito como majoritário, inclusive, autoridade para falar sobre a real vontade do legislador de 2002 (*mens legislatoris*), o qual redigiu o art. 1.829, inciso I, objeto de discussão desse trabalho.⁸⁶

Miguel Reale, a fim de introduzir suas teses de defesa no sentido de impossibilitar a concorrência do cônjuge com os descendentes, preconiza que é importante compreender a seguinte premissa:

A vinculação entre a proteção à personalidade do morto com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana tem importância decisiva para o deslinde do caso posto à nossa apreciação, possibilitando uma interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil em acordo à Constituição e às próprias diretrizes teóricas do Código Civil.⁸⁷

Observa-se que Miguel Reale afirma a existência de uma personalidade que precisa ser protegida mesmo após a morte, com fundamento na dignidade da pessoa humana. Essa ideia está intimamente ligada com aquela inserida no tópico desse trabalho que introduz Direito Sucessório, onde definiu-se a sucessão como uma continuidade da personalidade do morto em outra pessoa.

Essa continuidade pós morte, portanto, para Miguel Reale não revela-se somente patrimonial, mas também extrapatrimonial, quando procura defender os direitos de personalidade do morto, como sua honra, sua imagem, seus túmulo, entre outros.⁸⁸

Ultrapassada essa premissa, Miguel Reale ensina sobre a necessidade de uma interpretação do multicitado dispositivo legal, levando-se em consideração que o “texto é o objeto da interpretação, a norma é o resultado da interpretação. É por esta razão que se afirma que as normas não existem como entidade verdadeiramente normativa antes do momento interpretação.”⁸⁹

Assim, para interpretar-se uma norma é preciso critérios de interpretação, ou

⁸⁶ ROCHA, Maria Vital da; SANTOS, Manuela Sales. *O regime matrimonial de separação convencional de bens: implicações no direito sucessório*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f0bf4a2da9525289>>. Acesso em 20 de maio de 2014

⁸⁷ REALE, Miguel Junior; COSTA, Judith Martins. DIREITO CIVIL. Sucessões. *Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Pacto Antenupcial de Separação total de bens e frutos. Código Civil, art. 1.829, inciso I. Interpretação. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial*. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 25, p. 220.

⁸⁸ Ibidem. p. 205 a 228.

⁸⁹ Ibidem. p. 205 a 228.

melhor, métodos de interpretação. Estes, por sua vez, serão dados pelo próprio sistema jurídico, Constituição e Código Civil, o qual terá elementos suficientes para uma conclusão adequada.

Desse modo, Miguel Reale leciona sobre tais critérios de interpretação do art. 1.829, I do CCB. Para ele esses métodos interpretativos estão, em um primeiro momento, na Carta Magna de 1988, mais especificamente no princípio da dignidade da pessoa humana, na autonomia privada, bem como da confiança legítima. No Código Civil tais critérios estariam “de modo especial nas diretrizes da sistemática e da coerência axiológica do Ordenamento, esta última como expressão da eticidade.”⁹⁰

No que tange ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Miguel Reale preconiza que esse princípio afirma-se na liberdade do homem, que, por sua vez, se concretiza no campo negocial pela autonomia privada.

O princípio da dignidade humana implica em reconhecer-se aos seres humanos a capacidade para a autodeterminação, pois não há dignidade na completa heteronomia, que é a escravidão. A autodeterminação constitui-se numa questão filosófica fundamental, qual seja a do exercício da liberdade humana. Uma das formas de expressão jurídica da liberdade é, no campo negocial, o *princípio da autonomia privada*⁹¹.

Conforme transcrito acima, não há dignidade humana na escravidão, portanto, a liberdade é elemento essencial para a concretização dessa dignidade do homem em sociedade.

Esse assunto, inclusive, foi objeto de estudo no tópico sobre a Intervenção Mínima do Estado no Direito de Família. Entretanto, apenas para deixar clara a lógica de Miguel Reale, é importante enfatizar que é por meio da autonomia privada que o homem em sociedade irá criar, modificar e extinguir situações jurídicas próprias, sendo, portanto, a base do ordenamento jurídico, que por sua vez irá regular tais manifestações da vontade.

No que tange ao Princípio da confiança legítima, disposto no art. 112 c/c art. 113 do CCB/02, é importante esclarecer que este princípio está atrelado ao aspecto social da

⁹⁰ REALE, Miguel Junior; COSTA, Judith Martins. DIREITO CIVIL. Sucessões. *Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Pacto Antenupcial de Separação total de bens e frutos. Código Civil, art. 1.829, inciso I. Interpretação. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial.* Revista Trimestral de Direito Civil. v. 25, p. 205-228.

⁹¹ Ibidem. p. 222.

declaração de vontade, ou seja, trás a ideia de que em toda e qualquer atividade negocial celebrada entre duas ou mais pessoas existe uma confiança recíproca entre elas. Dessa confiança, por exemplo, nascem as expectativas, ou melhor, aquilo que se espera de cada parte envolvida no negócio, entre elas o dever de confiabilidade das informações alheias dispostas no contrato.

Desse modo, tal princípio, conjuntamente com o Princípio da Boa-fé objetiva (art. 422 do CCB), trás em seu intimo deveres comportamentais anexos do contrato, como fontes de conduta contratual, a fim de tutelar e proteger o contrato como um todo, incluindo as expectativas oriundas dele.

Além da confiança, são fontes de deveres comportamentais derivados do contrato, a boa-fé e a probidade (art. 422 do CCB/02).⁹² O Princípio da Boa-fé Objetiva esta ligada à eticidade que se espera seja observada na nossa ordem social, ou seja, significa que todos devem, numa relação contratual observar alguns deveres anexos: respeito aos interesses legítimos, assistência, confiabilidade, lealdade, fidelidade, a palavra dada, não frustrar a expectativa, não abusar, fornecer informações essenciais, não enganar, entre outras.⁹³

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 dividiu a boa-fé objetiva em três funções: A) função interpretativa, disposta no art. 113 e no art. 422, a qual demanda uma interpretação contratual moralmente mais recomendada e socialmente mais útil; B) função delimitadora do exercício de direitos (art. 187), ou função controladora, a qual visa impedir as cláusulas abusivas, enganosas e; C) função criadora de deveres anexos, entre eles o respeito aos interesses legítimos.⁹⁴

Além disso, a Boa-fé Objetiva trás consigo deveres anexos pré e pós-contratuais. Assim, mesmo extinto o contrato (pela morte, por exemplo) ainda existirão

⁹² REALE, Miguel Junior; COSTA, Judith Martins. DIREITO CIVIL. Sucessões. *Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Pacto Antenupcial de Separação total de bens e frutos. Código Civil, art. 1.829, inciso I. Interpretação. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial.* Revista Trimestral de Direito Civil. v. 25, p. 205 a 228.

⁹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos: teoria geral.* 7ª ed. São Paulo: Saraiva: 2011. p. 99 – 112.

⁹⁴ *Ibidem.* p. 99 – 112.

¹⁷ REALE, Miguel Junior; COSTA, Judith Martins. DIREITO CIVIL. Sucessões. *Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Pacto Antenupcial de Separação total de bens e frutos. Código Civil, art. 1.829, inciso I. Interpretação. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial.* Revista Trimestral de Direito Civil. v. 25, p. 205 a 228.

deveres anexos oriundo deles. Para melhor compreender cita-se o seguinte exemplo:

Uma dona de *boutique* encomendou a uma confecção de roupas 120 casacos de pele. A confecção fez os casacos, vende-os e os entregou para essa dona da *boutique*. Aí, liquidando esse contrato, a mesma confecção fez mais 120 casacos de pele idênticos e vende-os para a dona da *boutique* vizinha. Há, também, evidentemente, deslealdade e *post pactum finitum*.⁹⁵

Portanto, o princípio da boa-fé objetiva constitui a efetivação da proteção da dignidade da pessoa humana nas relações obrigacionais, pois circunscreve os limites éticos das relações patrimoniais entre os contratantes.

Ultrapassado esses apontamentos Miguel Reale afirma que o pacto antenupcial, o qual define o regime de bens e suas nuances, é um negócio jurídico de índole contratual, onde há clara manifestação da autonomia privada, e conseqüentemente, concretização da dignidade da pessoa humana, há nele a ideia de confiança legítima entre aqueles que estão realizando o pacto, bem como a aplicabilidade do Princípio da Boa-fé objetiva em seus desdobramentos. Além disso, esclarece que negócios jurídicos em geral são fontes normativas e que, portanto, o pacto antenupcial tem força normativa e há de ser considerado como tal.⁹⁶

Assim, os nubentes ao decidirem por comunicar ou não os seus bens em vida, variando os graus de comunicabilidade conforme caso a caso, exercem sua autonomia privada e conseqüentemente concretizam a autodeterminação que tem ligação direta com a dignidade da pessoa humana como acima mencionado.

Portanto, quando os cônjuges decidem se casar no regime de separação convencional de bens estarão exercendo a máxima da liberdade contratual, uma vez que está sendo facultado para eles escolher tal regime quando poderiam escolher outro. Observa-se não haver uma obrigatoriedade, mas sim uma autonomia privada, como já esclarecido anteriormente.

A liberdade de escolher o regime de bens conferida aos cônjuges também concretiza o Princípio da Intervenção Mínima no âmbito do Direito de Família ou Direito de

⁹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos: teoria geral*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva: 2011. p. 115.

Família Mínimo, já apresentado nesse trabalho, o que demonstra que as regras precisam estar congruentes aos princípios que regem o ordenamento.

Em contrapartida, Miguel Reale entende que o argumento “pelo qual a lei “clara, explícita”, não cabe “qualquer outra interpretação que não a literal”, “sequer a sistemática, pois não se deve ler o que não está escrito” não é cientificamente sustentável.”⁹⁷

Isso porque, uma interpretação literal e sistemática põe em risco os princípios e regras do ordenamento jurídico, incluindo nesse caso o Princípio da Intervenção Mínima, ou Princípio da Exclusividade, como ele menciona. Para tanto, eis como leciona Miguel Reale:

Determinar-se, no Código, que a vida do casal é regida pelo “princípio da exclusividade”, sendo defeso a terceiros ou ao Estado interferir nas escolhas lícitamente feitas quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar; para ao final, dar-se ao indigitado art. 1.829, inciso I, interpretação que contraria todas aquelas premissas e nega os efeitos práticos do regime de bens lícitamente escolhido.⁹⁸

Desse modo, para ele, é incongruente o Estado afastar em morte a decisão em vida dos cônjuges de terem seus patrimônios separados. Complicou-se o simples, porque afinal de contas, o conceito de regime de separação de bens é simples: “consiste numa independência absoluta de dois esposo quanto a seus bens e obrigações, cada um deles conservando a propriedade, o gozo e a administração da fortuna presente e futura.”⁹⁹

Outro Princípio que foi esquecido pelo ordenamento jurídico, ao inserir a concorrência no regime de separação de bens, foi o da Boa-fé objetiva:

Por sua vez, a boa-fé, como emanção da lealdade que efetivamente é, estaria também sendo ferida. É que o regime da separação total, quando voluntário, decore de uma afirmação formal da vontade de ambos os nubentes. Assim sendo, o nubente que voluntariamente escolher o regime da separação total, formalizando-o em pacto antenupcial não pode, quando

⁹⁷ REALE, Miguel Junior; COSTA, Judith Martins. DIREITO CIVIL. Sucessões. *Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Pacto Antenupcial de Separação total de bens e frutos. Código Civil, art. 1.829, inciso I. Interpretação. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial.* Revista Trimestral de Direito Civil. v. 25, p. 205 a 228.

⁹⁸ Ibidem. p. 220.

⁹⁹ ROQUIN, Ernest in ¹⁷ REALE, Miguel Junior; COSTA, Judith Martins. DIREITO CIVIL. Sucessões. *Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Pacto Antenupcial de Separação total de bens e frutos. Código Civil, art. 1.829, inciso I. Interpretação. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial.* Revista Trimestral de Direito Civil. v. 25, p. 205 a 228.

morto o seu consorte, valer-se de uma interpretação meramente literal para, no momento sucessório, contraditar ou desconSIDERA a vontade lícita e formalmente emanada por ambos.¹⁰⁰

Nesse ponto, deve-se repetir que a boa-fé projeta-se tanto nas fases pré e pós contratuais. Assim, o pacto antenupcial celebrado pelos cônjuges, mesmo extinto pela morte de um dos nubentes/contratantes, continua produzindo efeitos, incluindo nesse caso, efeitos sucessórios.

Além disso, o próprio Código Civil de 2002 previu a não concorrência do cônjuge casado em regime de separação legal de bens, respeitando, nesse caso, a coerência lógica do sistema jurídico. Tal coerência para Miguel Reale deveria ser expandida analogicamente para o regime de separação voluntária de bens, a fim de harmonizar o sistema como um todo.

Inclusive, para ele, a interpretação literal do art. 1.829, inciso I do CCB viola a sistematicidade do Código, uma vez que a redação de um determinado texto jurídico de forma isolada do resto do ordenamento não possui qualquer significado normativo.¹⁰¹

Nesse ponto, inclusive, Miguel Reale explica a real intenção do legislador quando optou por excluir da concorrência somente o regime da separação legal e o regime de separação parcial:

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

Ampliado o quadro justamente na época em que elaborado o Projeto que viria a se tornar o novo Código Civil, pareceu adequado proteger o cônjuge, sobretudo quando desprovido de recursos próprios, mormente naqueles casos em que a longa convivência matrimonial não dispensava o esforço de ambos para a vida em comum. Nessas situações, poderia haver o risco de o cônjuge casado em separação parcial, nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo na herança por inteiro aos descendentes ou aos ascendentes. Daí a ideia de tornar o cônjuge herdeiro no concernente aos bens particulares do autor da herança.¹⁰²

Observa-se que para ele essa foi a única razão que fez o cônjuge virar

¹⁰⁰ REALE, Miguel Junior; COSTA, Judith Martins. DIREITO CIVIL. Sucessões. *Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Pacto Antenupcial de Separação total de bens e frutos. Código Civil, art. 1.829, inciso I. Interpretação. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial.* Revista Trimestral de Direito Civil. v. 25, p. 220.

¹⁰¹ Ibidem. p. 205 a 228.

¹⁰² Ibidem. p. 222.

herdeiro. Acontece que tal situação explanada não acontece em todas as famílias e relações conjugais, pelo contrário, muitos casamentos não possuem grandes durações e normalmente os nubentes já possuem patrimônios próprios e separados, quando desejam a incomunicabilidade deles.

Assim, é preciso respeitar aqueles que decidiram em vida terem seus patrimônios separados e distintos. A separação de bens, portanto, deve ser obrigatória tanto em vida, quanto em morte, por ser consequência lógica do pacto realizado entre os cônjuges.

Portanto, para Miguel Reale a redação do art. 1.829, I do CCB/02 está errada e não coaduna com a sistemática proposta pelo ordenamento. Uma vez que sua aplicação anula a redação dada pelo art. 1.682 do CCB, que dispõe sobre o regime da separação convencional de bens.

Assim sendo, entre uma interpretação que esvazia o art. 1.687 no momento crucial da morte de um dos cônjuges e uma outra que interpreta o art. 1.829, inciso I de maneira complementar os dois citados artigos, não se pode deixar de dar preferência à segunda solução, a qual, ademais, atende à interpretação sistemática, essencial à exegese jurídica.¹⁰³

Assim, conclui-se que a redação dada pelo art. 1.829 pode ser corrigida se for aplicada à ela uma interpretação sistemática e analógica. A primeira tem o intuito de correlacionar e harmonizar o Direito de Família, no que tange ao regime de bens, e o Direito Sucessório, no que tange aos efeitos da escolha do regime de bens *post-mortem*. A segunda, tem o intuito de aplicar de forma análoga os efeitos *post-mortem* do regime de separação obrigatória de bens no regime de separação convencional de bens.¹⁰⁴

4.1.2 Recurso Especial n° 992.749/MG

Atualmente, e depois da posição firmada por Miguel Reale, a discussão sobre a possibilidade ou não da concorrência à herança do cônjuge casado em regime de separação convencional ressurgiu com a decisão tomada no Recurso Especial n° 992.749 pelo Superior Tribunal de Justiça, que teve como relatora a Ministra Nancy Andrighi.

¹⁰³ REALE, Miguel Junior; COSTA, Judith Martins. DIREITO CIVIL. Sucessões. *Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Pacto Antenupcial de Separação total de bens e frutos. Código Civil, art. 1.829, inciso I. Interpretação. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial.* Revista Trimestral de Direito Civil. v. 25, p. 207.

¹⁰⁴ *Ibidem.* p. 205 a 228.

Isso porque, a mencionada Ministra entendeu, e justificou de forma bastante detalhada, que o cônjuge casado em regime de separação convencional de bens não pode concorrer com os descendentes do autor da herança.

Portanto, Nancy Andrighi filia-se ao posicionamento de Miguel Reale e apresenta uma análise da questão muito parecida com a dele, onde cita a autonomia da vontade, a confiança legítima, a boa-fé, entre outros elementos que justifiquem tal entendimento.

Um argumento que merece ser destacado é o ele feito entre o regime de Separação Convencional de Bens e o regime de Separação Legal de bens. A Ministra destaca que tanto a separação de bens convencional quanto a separação de bens legal fazem parte de uma categoria única chamada “separação obrigatória”, razão pela qual ambas estariam excluídas da concorrência com os descendentes na sucessão hereditária, uma vez que o art. 1.829, inciso I utiliza-se da expressão “separação obrigatória”.

Outro ponto indagado pela doutrina minoritária encontra-se na proteção patrimonial que muitas pessoas querem dar aos seus filhos. Nesse caso, caso o cônjuge quisesse proteger seu patrimônio, ele não poderia doar em vida seus bens aos seus filhos, pois a adoção seria nula, por força do ar. 549 do CC, que veda a doação inoficiosa. Não poderia exigir a renúncia do cônjuge em pacto antenupcial, pois implicaria em pacto sucessório, o que é expressamente proibido pelo art. 426 do CC. Não poderia fazer um testamento, pois o cônjuge é herdeiro necessário, logo é preciso conservar sua parte da herança. E pior, não teria uma opção de regime de bens que assim resguardasse seu patrimônio, pois em todos eles é assegurado parte do patrimônio do *de cujos* ao cônjuge. Para tanto, eis um breve resumo:

- No regime de comunhão universal o patrimônio particular entraria na meação, em razão da natureza do instituto (a meação a que tem direito o cônjuge é sobre todo o patrimônio do casal, independente da data de aquisição);

- No regime de comunhão parcial de bens o inciso I do art. 1.829 do CCB garante a concorrência quando o *de cujos* deixar patrimônio particular;

- No regime de separação legal é preciso se encaixar nas hipóteses previstas no 1.641 do CC para se inserir nesse regime, sendo preservada a meação do cônjuge em razão da aplicabilidade da súmula 377 do STF.

- No regime de participação final nos aquestos o cônjuge irá concorrer com os descendentes, uma vez que esse regime não está excepcionado pelo art. 1.829, inciso I do CCB;

- No regime de separação convencional o cônjuge também irá concorrer com os descendentes, uma vez que esse regime não está excepcionado pelo art. 1.829, inciso I do CCB;

O que um bom advogado poderia fazer diante dessa questão? Teria que instruir seu cliente a não se casar, sob pena de ter que dividir o patrimônio que pretende deixar para seus filhos com sua atual namorada ou companheira ou então fazer um testamento, a fim de tentar diluir o patrimônio que irá ficar (de um modo ou de outro) para seu esposo ou esposa.

Nesse sentido, eis alguns trechos da ementa da mencionada decisão:

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

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

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

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

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

- O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a

*interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade.*¹⁰⁵

A conclusão dos dois doutrinadores acima mencionados decorre de uma interpretação sistemática da lei e do ordenamento jurídico com um todo, tanto é assim, que a citada Ministra afirmou que o art. 1.829, inciso I deve ser interpretado “em harmonia com os demais que enfaixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma”.

Isso porque, acredita-se que a doutrina majoritária baseou-se, tão somente, em uma interpretação gramatical do mencionado dispositivo legal, levando-se em consideração uma concepção positivista, e, gerando com isso, uma interpretação equivocada da lei.¹⁰⁶

Nesse sentido, a doutrina minoritária afirma valer-se de outros tantos métodos dispostos ao doutrinador pelo ordenamento jurídico, entre eles os princípios jurídicos, métodos de interpretação como o lógico-sistemático e o histórico-teleológico, entre outros, de modo a contextualizar o sistema jurídico em busca da melhor hermenêutica.¹⁰⁷

Inclusive, como demonstrado anteriormente, afirma-se que a inclusão do cônjuge casado em regime de separação convencional de bens na concorrência sucessório com os descendentes vai de encontro com o dispositivo inserido no art. 1.867, ou melhor, anula o regime de bens adotado pelos nubentes.

4.2 Pela inclusão do cônjuge casado no regime de separação convencional de bens

Apesar de todo o embasamento teórico realizado por Miguel Reale e algumas situações fáticas específicas apresentadas pela doutrina Minoritária, inclusive a situação analisada no REsp. 992.749/MG, a corrente Majoritária, com escopo em todos os

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 992.749/MS, da 3ª Turma. Ministra Relatora Justiça Nancy Andrighi. Brasília, DF, DJe. 01 de dezembro de 2009.

¹⁰⁶ ROCHA, Maria Vital da; SANTOS, Manuela Sales. *O regime matrimonial de separação convencional de bens: implicações no direito sucessório*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f0bf4a2da9525289>>. Acessado em 20 de maio de 2014.

¹⁰⁷ Ibidem.

pontos apresentados nesse trabalho, defende a inclusão do cônjuge casado no regime de separação convencional de bens na concorrência sucessória com os descendentes.

Inclusive, essa posição já foi debatida pela III Jornada de Direito Civil, que gerou o seguinte Enunciado:

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

Caio Mario da Silva Pereira assim afirma:

O cônjuge sobrevivente não participará da sucessão em três hipóteses: se o regime de bens adotado pelo casal for o da comunhão universal; se o regime de bens for o da separação obrigatória de bens ou ainda se o regime de bens for o da comunhão parcial, sem que o falecido tenha deixado bens particulares. E por outro lado: caberá participar da sucessão em três hipóteses: se o regime de bens do casal fosse o da separação convencional de bens; se o regime fosse o da comunhão parcial e o *de cujos* houvesse deixado bens particulares e se o regime de bens fosse o da participação final nos aquestos.¹⁰⁸

Carlos Alberto Dabus Maluf também compartilha desse entendimento:

O cônjuge sobrevivente deixa de herdar em concorrência com os descendentes nas seguintes hipóteses: se judicialmente separado do *de cujos*; se separado de fato a mais de dois anos, não provar que a convivência se tornou insuportável sem culpa sua; se casado pelo regime da comunhão universal de bens; se casado pelo regime da separação obrigatória de bens; se, casado pelo regime de comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares à luz dos arts. 1.829, I, e 1.830 do Código Civil.¹⁰⁹

Flávio Tartuce, inclusive, critica arduamente o julgado acima, utilizando-se do termo “decisão surpreendente”¹¹⁰, uma vez que tentou de alguma forma modificar a concorrência no regime de separação de bens para solucionar uma caso extremamente peculiar, onde havia um suposto golpe do baú.

¹⁰⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. VI. 20ª ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2014. p. 132 e 133.

¹⁰⁹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na nova ordem legal*. In: DINIZ, Maria Helena (Coord). *Atualidade Jurídicas*. v. 7. São Paulo: Saraiva: 2014. p. 42.

¹¹⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 184

Posto essas primeiras considerações, a seguir será analisado e apresentado os motivos que tornam essa corrente a majoritária, o que se faz tentando rechaçar os argumentos apresentados pela corrente minoritária.

4.2.1 Da evolução do Direito Civil sob a ótica constitucional

Primeiramente, argumenta-se a evolução dos Direitos de Família e conseqüentemente a evolução dos Direitos Sucessórios, no sentido de amplia-los para uma maior proteção das pessoas ali envolvidas, sob a ótica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como já analisado nesse trabalho em momento anterior.

Nesse ponto, merece destacar a transformação do papel do cônjuge na relação familiar. Esse passou a ter uma maior importância, tanto pelos direitos que adquiriu com o Código Civil de 2002, quanto pelo reconhecimento de seu papel essencial no núcleo familiar.

Assim, passou-se a compreender que o cônjuge seria o único componente estável, de fato, do núcleo familiar, uma vez que os filhos tendem a sair algum dia de seus lares para, então, constituírem sua própria família.¹¹¹

Com esse entendimento, os direitos do cônjuge foram ampliados, inclusive os direitos sucessórios, a fim de garantir-lhe uma maior proteção. Para tanto, afirma-se que a redação do art. 1.829, inciso I trouxe a concorrência do cônjuge com os descendentes com o intuito de garantir ao cônjuge uma proteção patrimonial, utilizando-se, para tanto, do regime de bens do matrimônio como elemento de definição dessa concorrência.¹¹²

Nesse sentido, aqueles que defendem a concorrência do cônjuge casado em regime de separação convencional de bens com os descendentes, entre eles, Ana Luiza Maia Navares¹¹³, Caio Mario da Silva Pereira, Carlos Alberto Dabus Maluf, como acima descritos, Flávio Tartuce e José Fernando Simão¹¹⁴, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka,¹¹⁵

¹¹¹ NAVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge casado no regime da separação total convencional de bens*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMAO, José Fernando (Coords.). *Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Método, 2009. p.470.

¹¹² Ibidem. p.470.

¹¹³ Ibidem. p.470.

¹¹⁴ TARTUCE, Flávio; SIMAO, José Fernando. *Direito Civil – Direito das Sucessões*. 5ª ed. São Paulo: Método, 2012, p. 167/168

argumentam que o legislador, tão somente, impediu a concorrência do cônjuge que já estaria protegido patrimonialmente pela meação decorrente do regime de bens adotado. Desse modo, somente quanto não houvesse meação é que o cônjuge sobrevivente concorreria à herança com os descendentes.

Para tanto, Ana Luiza Maia Naveres expõe:

Nessa linha, o legislador ordinário afastou a sucessão do cônjuge quando este já se encontra protegido pela meação decorrente do regime de bens adotado no casamento, excluindo dita sucessão nos casos de comunhão universal e de comunhão parcial sem bens particulares, regimes nos quais há bens comuns entre os cônjuges. Daí ser recorrente a afirmação de que, diante do Código Civil, o cônjuge em concorrência com os descendentes, quando meeiro, não é herdeiro.¹¹⁶

Assim, entende-se que esse raciocínio está em consonância com a nova roupagem Constitucional, que prioriza os valores existenciais, utilizando-se dos direitos patrimoniais como meio de concretiza-los.

É preciso pontuar, ainda, que a utilização do regime de bens escolhido pelos nubentes para definir a concorrência do cônjuge com os descendentes não implica afirmar que os institutos “regime de bens” e “direito sucessório” se confundam, pois desempenham funções totalmente distintas.

O regime de bens serve para solucionar a divisão patrimonial dos nubentes quando esses resolvem desfazer a relação conjugal, enquanto que o direito sucessório regula a transmissão do patrimônio de uma pessoa após sua morte. Observa-se, portanto, que o regime de bens é tão somente um instrumento utilizado para regular essas transmissões, a fim de harmonizar o sistema jurídico.¹¹⁷

é exatamente na diversidade existente entre os referidos institutos que permite uma harmônica conjugação dos mesmos, de forma a estabelecer a sucessão hereditária não numa perspectiva neutra, baseada apenas na

¹¹⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes*. Questões Controvertidas no novo Código Civil. Coord. Mario Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método, 2003.

¹¹⁶ NAVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge casado no regime da separação total convencional de bens*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMAO, José Fernando (Coords.). *Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Método, 2009. p. 470.

¹¹⁷ *Ibidem*. p. 467.

existência do vínculo matrimonial, mas ao contrário, conforme as relações patrimoniais existente entre o autor da herança e o cônjuge sobrevivente.¹¹⁸

Flávio Tartuce enfatiza essa questão com as seguintes palavras:

Nunca se pode esquecer que a meação não se confunde com a herança, sendo este baralhamento muito comum entre os operadores do Direito. Meação é instituto de Direito de Família, que depende do regime de bens adota e da autonomia privada dos envolvidos, que estão vivos. Herança é instituto de Direito das Sucessões, que decorre da morte do falecido.¹¹⁹

Portanto, a existência de um não a anula a existência do outro, como quer fazer entender a doutrina Minoritária, uma vez que ambos podem coexistir e terem efeitos jurídicos próprios, para tanto, eis como se posiciona Carlos Alberto Dabus Maluf:

Se formos cotejar a norma em tela com o artigo 1.687 do Código Civil de 2002, veremos facilmente que não existe qualquer conflito, pois o referido artigo trata de matéria diferente, tanto que está disciplinado no capítulo “Do Regime de Separação de Bens” que nada tem a ver com o tema aqui tratado que é o da sucessão por morte do cônjuge, que é cuidado em outro capítulo “Da ordem da Vocação Hereditária”.¹²⁰

Caio Mário da Silva Pereira também leciono sobre essa questão, veja-se:

Tanto no sistema do Código Civil de 1916, quanto no atual, não há confundir o direito à herança, reconhecido ao cônjuge supérstite, com a sua meação. (...) a meação do cônjuge sobrevivente é intangível porque lhe pertence por direito próprio. Mas daquilo que recebe por herança poderá ser privado, com fundamento na indignidade, como qualquer outro herdeiro.¹²¹

4.2.2 *Do regime de separação obrigatório e do regime de separação convencional*

Outro ponto que merece destaque e encontra-se diretamente ligado a temática desse trabalho é a compreensão da diferença existente entre o regime da separação obrigatória e o regime de separação convencional. Para tanto, será feita uma breve explanação do instituto relacionado ao regime de bens, a fim de melhor compreender a diferença entre os mencionados regimes.

¹¹⁸ NAVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge casado no regime da separação total convencional de bens*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMAO, José Fernando (Coords.). *Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Método, 2009. p. 467.

¹¹⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 172

¹²⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A sucessão do cônjuge sobrevivente casado no regime da separação convencional de bens*. São Paulo: Revista do TRF – 3º Região. v. 76, marc. e abr./2006. p. 45 (41-46)

¹²¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 120.

A partir do casamento, oriundo de uma relação de afeto, nasce deveres tanto no plano espiritual quanto no plano patrimonial para as pessoas envolvidas, ou seja, além do casamento ser um dos elos da formação familiar e conseqüentemente do desenvolvimento da personalidade dos seres daquele núcleo, também repercutirá conseqüências patrimoniais relevantes.

A título de exemplo, podemos citar a assistência recíproca, o sustento e educação dos filhos, a manutenção do lar, a sucessão de patrimônio, as dívidas familiares com terceiros, entre outras.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Resenvald demonstraram esse raciocínio nas seguintes transcrições:

Seguindo este raciocínio, afirma Augusto César Belluscio “que as implicações de ordem patrimonial consistem em uma conseqüência ineludível, necessária, do matrimônio.” Também comungando desse entendimento, Paulo Nader chega mesmo a comparar a família a uma empresa, “pois detém patrimônio, produz ou presta serviços, lida com o ativo e o passivo, embora sua contabilidade seja informal”.¹²²

Ademais, o raciocínio acima descrito deve estar sempre em conformidade com a ideia de que o componente “patrimonial” é mero elemento-meio, ou seja, ele serve para dar suporte às relações afetivas e solidarias das partes familiares, com foco em um patrimônio mínimo essencial para a proteção da dignidade da pessoa humana e não como o cerne central dessa relação.¹²³

Assim, não há dúvidas de que a comunhão entre duas pessoas implica em comunhão de interesses patrimoniais, a fim de proteger minimamente a dignidade pessoal dos cônjuges, o que conseqüentemente gerou a existência no ordenamento jurídico daquilo que se conhece como regime de bens.

O regime de bens, portanto, serve para regulamentar as relações patrimoniais existentes no casamento, possuindo regras capazes de suprir discussões nessa ceara, bem como protegendo os envolvidos contra situações que coloquem em risco a sua dignidade.

¹²² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVLAD, Nelson. *Curso de Direito Civil 06*. 5ª ed. Salvador: JusPUDIVM, 2013. p. 324.

¹²³ Ibidem. p. 324.

Desse modo, Regina Beatriz Tavares da Silva descreve que “o regime de bens é o conjunto de princípios e normas referentes ao patrimônio dos cônjuges, que regulam os interesses econômicos oriundos do casamento.”¹²⁴ No mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Resenlvad assim conceituam o regime de bens:

(...) regime de bens é o estatuto que disciplina os interesses econômicos, ativos e passivos, de um casamento, regulamentando as consequências em relação aos próprios nubentes e a terceiros, desde a celebração até a dissolução do casamento, em vida ou por morte.¹²⁵

É importante destacar que toda relação conjugal terá um regime de bens regulamentando as múltiplas consequências econômicas daquele casal, ou seja, mesmo no silêncio dos cônjuges a lei aplicará um regime de bens a eles.

Nesta quadra, é certo que as relações que as relações patrimoniais (de índole econômica) estabelecidas entre os cônjuges são, necessariamente, informadas pelos princípios constitucionais, em especial marcadas pela *igualdade substancial* (CF, arts. 3º e 5º) e pela *solidariedade social* (CF, art. 3º), garantindo a primazia da proteção humanista.¹²⁶

A despeito da imposição legal acima citada, certo é que os cônjuges terão liberdade para optarem pelo regime de bens que mais lhes agrada. Essa liberdade de escolha é consagrada por meio do princípio da liberdade de escolha.

Assim, liberdade de escolha caracteriza-se pela possibilidade dos nubentes escolherem livremente o regime de bens que irá reger sua relação conjugal. Esse princípio encontra-se disposto no art. 1.639 do Código Civil de 2002.

Além disso, essa autonomia admite, ainda, a possibilidade dos cônjuges alterarem essa escolha na constância do casamento, colocando de lado o argumento de irrevogabilidade do regime de bens.¹²⁷

Para tanto, para que essa livre escolha se concretize é preciso celebrar um negócio jurídico formal chamado de pacto antenupcial, por meio de escritura pública

¹²⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Novo Código Civil Questões Controvertidas – Regime da Separação de Bens Convencional e Obrigatória*. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 332.

¹²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVAD, Nelson. *Curso de Direito Civil 06*. 5ª ed. Salvador: JusPUDIVM, 2013. p. 332.

¹²⁶ Ibidem. p. 325.

¹²⁷ Ibidem. p. 334.

registrada em cartório, e com diversas regras legais, como por exemplo, a proibição de renúncia ao direito de herança, sob pena de tornar o pacto inválido.¹²⁸

Ademais, deve-se esclarecer que, na ausência de escolha dos consortes sobre o regime de bens que irá reger seu casamento, ou na invalidade do pacto antenupcial, aplicar-se-á, então, ao matrimônio um regime de bens supletivo da vontade, qual seja o Regime de Comunhão Parcial, conforme preconiza o art. 1.640 do Código Civil de 2002. Observa-se, desse modo, tratar-se de um caso de intervenção estatal supletiva.¹²⁹

Portanto, a liberdade de escolha dos cônjuges sobre regime de bens está condicionada a uma manifestação expressa e solene, sob pena de prevalecer o regime supletivo da vontade.

Observa-se com isso, que a autonomia privada nesse caso se faz presente, uma vez que, apesar de estar presente a liberdade de escolha, o Código impõe regras e deveres para que essa escolha se concretize.

Além disso, tal liberdade de escolha será mitigada em dois regimes, quais sejam o regime de separação convencional, no que tange aos efeitos sucessórios decorrentes dessa escolha, e o regime de separação legal, a fim de que estes respondam ao ordenamento jurídico de forma mais lógica e coerente.

Assim, ultrapassados os apontamentos acima sobre a essencialidade do regime de bens e a presença da autonomia privada em sua aplicação, deve-se analisar, então, a mitigação acima mencionada no regime de separação obrigatória de bens, que ajudará a compreender a diferença existente entre este regime e o regime da separação convencional.

Primeiramente, observa-se que o art. 1.641 do CCB/02 preconiza as hipóteses em que o regime de separação obrigatória de bens irá incidir de forma cogente sobre o casamento, conforme transcrição abaixo:

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;

¹²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVAD, Nelson. *Curso de Direito Civil 06*. 5ª ed. Salvador: JusPUDIVM, 2013. p. 334.

¹²⁹Ibidem. p. 335.

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

De antemão, deve-se deixar claro tratar-se de um rol taxativo cuja interpretação é restrita, uma vez que estabelece exceção à liberdade de escolha.

O inciso primeiro trata das causas suspensivas da celebração do casamento. Em verdade, tais causas não suspendem de fato a celebração do casamento como aparentemente sua redação se apresenta, mas restringem a escolha do regime de bens que irá reger o casamento.

Essas causas existem para proteger o interesse patrimonial de terceiros. Para uma melhor compreensão dessa proteção, eis o que ensina Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

São, em verdade, situações objetivamente contempladas na lei, impondo a adoção do regime obrigatório de separação de bens com o propósito de não prejudicar determinados interesses pecuniários dos filhos do falecido (quando o cônjuge viúvo ainda não fez a partilha dos bens comuns ou quando a ex-esposa pretende se casar antes do término do prazo de presunção de paternidade, que é de trezentos dias), do divorciado (quando o seu ex-consorte quer casar sem realizar a previa partilha de bens) e do tutelado e curatelado (quando o seu tutor ou curador poderia se aproveitar do *múnus*).¹³⁰

A segunda hipótese abarcada pelo artigo descrito acima refere-se à imposição do regime de separação obrigatória a pessoas maiores de setenta anos. Esta hipótese é extremamente criticada pela doutrina e pela jurisprudência, entretanto, não será abordada neste trabalho.

Do mesmo modo a terceira hipótese também é bastante criticada, pois impõe o regime de separação obrigatória de bens aqueles que precisam de alguma autorização judicial para se casar. Nesta ceara inserem-se, por exemplo, aqueles com mais de dezesseis anos e menos de dezoito que precisam de suprimento judicial de autorização para se casarem, uma vez que seus pais não autorizaram o casamento, bem como aqueles que possuem menos de dezesseis anos e que independente da autorização dos pais precisarão, ainda, da autorização judicial para casar.

¹³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil 06*. 5ª ed. Salvador: JusPUDIVM, 2013. p. 324.

Apesar de não serem abordadas de forma minuciosa as críticas sobre esse artigo neste trabalho, é importante esclarecer que o legislador estabeleceu com esse artigo uma verdadeira sanção a certas pessoas, com o argumento de que estaria protegendo interesses patrimoniais de terceiros.

Esse frágil argumento se contrapõe a alguns princípios constitucionais, como a da igualdade (em razão da discriminação da idade dos submetidos ao artigo), da liberdade e da própria dignidade da pessoa humana.

Rolf Madaleno, nesse sentido, assim se pronunciou:

Manter a punição da adoção obrigatória de um regime sem comunicação de bens porque pessoas casaram sem observarem as causas suspensivas da celebração do casamento ou porque contavam com mais de sessenta anos de idade (*agora, setenta anos de idade*) ou ainda porque casaram olvidando-se do necessário suprimento judicial, é ignorar princípios elementares do Direito Constitucional. Em face do direito à igualdade e à liberdade, ninguém pode ser discriminado em função do sexo ou da idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil. Atinge direito cravado na porta de entrada da Carta Política de 1988, cuja nova tábua de valores coloca em linha de prioridade o princípio da dignidade humano.¹³¹

Observa-se, portanto, que no regime de separação legal de bens o Código impõe o referido regime ao nubentes “por força de circunstâncias de ordem pública reputadas relevantes em razão da alegada proteção de algumas pessoas ou de determinadas situações”¹³², segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, mitigando com isso o princípio da autonomia privada quanto a esse regime.

Essa imposição legal impede, portanto, a partilha de bens comuns dos cônjuges, bem como impede, em linha sucessória, a concorrência do cônjuge com os descendentes à herança do *de cujos*. Isso tudo para evitar qualquer confusão patrimonial.

Observa-se que o legislador ao excluir da concorrência o cônjuge casado em regime de separação legal de bens, mesmo este não tendo direito à meação do patrimônio, não seguiu a lógica “cônjuge em concorrência com os descendentes, quando meeiro, não é herdeiro.”

¹³¹ MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges*. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord.) *Direito de Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte. Del Rey., 2005. p.190.

¹³² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVAD, Nelson. *Curso de Direito Civil 06*. 5ª ed. Salvador: JusPUDIVM, 2013. p. 337.

Tal circunstância, entretanto, é bastante criticada pela doutrina, já que está não admiti a exclusão da concorrência com os descendentes o cônjuge casado em regime de separação convencional.

Além disso, o legislador não deveria ter excluído o cônjuge casado pelo regime da separação obrigatória de bens da sucessão, exatamente pela ausência de meação que informa o referido regime. Ao discorrer sobre as hipóteses nas quais o cônjuge é afastado da sucessão, a saber, quando casado com o falecido pelo regime da comunhão universal e da separação obrigatória de bens, Paulo Nader acentua que a segunda hipótese é “manifestamente injusta, pois, como os patrimônios eram independentes, não haverá, *in casu*, sequer a meação. E ainda: a imposição do regime da separação obrigatória de bens é duvidosa constitucionalmente, tendo em vista a violação da liberdade dos nubentes.

Assim, a fim de solucionar tal problema, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sumulou o entendimento de que o cônjuge casado em regime de separação obrigatória de bens teria direito a comunicar aqueles bens adquiridos na constância do casamento, conforme redação da súmula 377, garantindo, assim, a meação do cônjuge sobrevivente e garantido a premissa sucessória de que só irá concorrer quem não é meeiro.

Cabe pontuar que o afastamento sucessório na separação legal ou obrigatória se deve ao fato de que, nesse regime, há comunicação dos bens havidos durando o casamento, na dicção da antiga súmula 377 do Superior Tribunal Federal. Como está exposto no volume 5 desta série bibliográfica, houve grande debate nos anos iniciais de vigência do Código Civil de 2002 a respeito da permanência prática ou não dessa sumular. Acabou por prevalecer a sua aplicação, o que é majoritário na doutrina e na jurisprudência superior, que tem dispensado até a prova do esforço comum, em acórdãos mais recentes, para a comunicação de bens (ver, por todos: STJ, REsp 1.199.790/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina - Desembargador convocado do TJRS - , j. 14.12.2010, DJe 02.02.2011; e REsp 736.676/PR, 3ª Turma, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 11.04.2006, DJ 01.08.2006, p. 436.¹³³

Portanto, o que a jurisprudência fez foi tornar o regime de separação legal de bens em verdadeiro regime de comunhão parcial de bens com direito a meação dos bens adquiridos na constância do casamento.

Essa solução, de certo modo, permite a aplicação lógica disposta no art. 1.829, inciso I, no sentido de que o cônjuge só concorre com os descendentes quando não for meeiro, sendo meeiro, não concorre. Havendo meação, portanto, não há que se falar em concorrência e não há como comparar com o regime de separação convencional.

¹³³ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 182.

Além disso, esse regime de bens é extremamente controvertido, uma vez que suas imposições legais costumam estarem em desacordo com nossa Constituição Federal de 1988, o que o torna bastante questionável e criticado. Um exemplo seria a imposição desse regime para pessoas maiores de 70 anos que desejam se casar.

Assim, não dá para comparar esse regime de bens, tão peculiar, com o regime de separação convencional de bens, como quer fazer entender a corrente minoritária.

Outro ponto que precisa ser esclarecido é que o regime de separação não possui duas espécies, a convencional e a legal, como o relatório do REsp acima debatido informava, nesse aspecto, eis o que ensina Flávio Tartuce e José Fernando Simão:

O primeiro deles é o seguinte: “ O regime de separação obrigatória de bens previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e outra da vontade das partes. O grande problema do argumento é que ele não encontra guarida na doutrina pátria. Trata-se, na verdade de tese que contraria todas as lições, dos civilistas mais antigos aos mais novos. A doutrina brasileira repudia tal entendimento, sendo que, partindo das lições de Beviláqua e chegando a aria Helena Diniz, o desacerto da informação mais antigos aos mais novos. A separação obrigatória não é gênero e não congrega duas espécies.¹³⁴

Portanto, observa-se que o regime da separação legal de bens ao mitigar a autonomia privada rompeu com diversos preceitos constitucionais o que não foi o caso do regime de separação convencional, onde a mitigação da liberdade de escolha encontra-se somente nos efeitos jurídicos decorrentes dela, já que a ausência de compartilhamento de bens se deu por vontade dos próprios cônjuges. Assim, a mitigação da liberdade de escolha sobre esse regime encontra-se no plano dos direitos sucessórios, a fim de proteger a legítima do cônjuge, o que demonstra a diferença essencial existente entre esses dois regimes e a impossibilidade de utilizar a analogia para a solução da presente temática.

4.2.3 *Da autonomia privada*

A utilização da autonomia privada, com escopo na dignidade da pessoa humana, dada aos nubentes, a fim de permitir que esses escolham o regime de bens (divisão de bens em vida) de seu casamento para justificar a exclusão do cônjuge casado em regime de

¹³⁴ TARTUCE, Flávio; SIMAO, José Fernando. *Direito Civil – Direito das Sucessões*. 5ª ed. São Paulo: Método, 2012, p. 167/168

Separação convencional de bens da concorrência com os descendentes também não merece prosperar.

Houve no regime de separação convencional uma mitigação da autonomia privada nos efeitos jurídicos decorrentes dela. Como já exposto nesse trabalho, a autonomia privada não é absoluta, pois encontra limites no próprio ordenamento jurídico, como, por exemplo na Constituição.

Desse modo, autorizou-se o Estado a interferir nas relações familiares, tão somente, a fim de protegê-las, assisti-las e ampará-las, uma vez que essa intervenção daria suporte ao sustentáculo da sociedade que é a família e com isso concretizaria a dignidade da pessoa humana.

Posto isso, sabe-se que os critérios de escolha da ordem de vocação hereditária utilizados pelo Estado estão embasados nos vínculos de solidariedade familiar, na afetividade familiar. Tanto é assim que o Código Civil 2002 impediu que a herança seja objeto de pacto antenupcial (art. 526 do CCB/02), bem como limitou a vontade do testador, a fim de que este dispusesse tão somente de 50% de seu patrimônio em testamento, ou seja, a fim de resguardar patrimônio aos herdeiros necessários (incluindo o cônjuge), conforme já estudado nesse trabalho.¹³⁵

Portanto, se, de fato, o elemento “liberdade de escolha” fosse o meio pelo qual se definiria a sucessão, até mesmo os filhos poderiam não ter direito à herança, uma vez que o falecido poderia deixar, por liberalidade, tudo para um único filho ou para outra pessoa. Entretanto, tendo como base os vínculos solidários familiares essa possibilidade fica descartada.

Desse modo, observa-se que o sistema jurídico uniu a vontade da lei (ideal de socialidade) à vontade presumida do falecido, a fim de zelar pelo pilar constitucional da dignidade da pessoa humana.

Assim como excluir os filhos da ordem de vocação hereditária trata-se de uma incoerência, pois desprotege aqueles que possuem um vínculo de dependência, afeto e

¹³⁵ NAVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge casado no regime da separação total convencional de bens*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMAO, José Fernando (Coords.). *Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Método, 2009. p. 467.

solidariedade com o falecido, também é uma incoerência a exclusão do cônjuge da concorrência pelos mesmos motivos acima apontados.

Percebe-se, assim, que a autonomia privada encontrou seu limite, conforme já debatido nesse trabalho, na proteção que a Constituição precisa dar à entidade familiar. O Estado colocou na balança, a fim de justificar sua intervenção, o elemento autonomia privada versus importância afetiva do cônjuge dentro das relações familiares, a fim de protegê-la.

4.2.4 Outros argumentos

A doutrina minoritária defende a lógica de que se a sucessão nada mais é do que a continuidade da personalidade do morto em outra pessoa, e, que, portanto, se o *de cujus* em vida queria a incomunicabilidade de seu patrimônio com seu cônjuge, porque não o quer em morte. Entretanto, tal argumento também não deve prevalecer.

Apesar da boa-fé objetiva preconizar a existência de deveres contratuais mesmo após a extinção do contrato, isso não significa dizer que esses deveres tem correlação com a incomunicabilidade. Até porque não tem.

Flávio Tartuce e José Fernando Simão explicam:

O segundo fundamento é igualmente frágil (“Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte”). Ora, afirmar que o regime de bens *obriga as partes depois de sua morte* revela teratologia. *Obrigação*, como se sabe, é o vínculo jurídico entre o credor e devedor. Na realidade, o que afirma o julgador, utilizando-se inadequadamente a palavra *obriga*, é que o *regime de bens produz efeitos* depois da morte dos cônjuges e, portanto, após findo o casamento. Isso porque a morte põe fim ao casamento, permitindo, inclusive, que o supérstite se case novamente. A morte põe fim à sociedade conjugal por força expressa do art. 1.571, I, do Código Civil e, sendo assim, o regime de bens também se extingue com a morte.¹³⁶

Ademais, Carlos Aberto Dabus Maluf arrebatou um dos principais argumentos de Miguel Reale com as seguintes palavras:

Com efeito, se o próprio articulista entende que deverá haver uma alteração legislativa para deixar claro que o cônjuge casado no regime de separação convencional de bens não é herdeiro necessário, nos é lícito concluir que enquanto não ocorrer a alteração por ele proposta o cônjuge que convulou

¹³⁶ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil – Direito das Sucessões*. 5ª ed. São Paulo: Método, 2012, p. 167/168

núpcias no regime de separação convencional de bens é sim herdeiro necessário. De mais a mar, a norma em debate é clara *in claris cessat*.¹³⁷

Conclui-se, portanto, que, o método gramatical (aquilo que está escrito na lei) utilizado pela doutrina majoritária para admitir a concorrência do cônjuge casado em regime de separação convencional à herança com os descendentes não está incorreto, até porque utilizou-se, ainda, do método sistemático apontado por Miguel Reale, mas nesse caso, para inserir os preceitos constitucionais que envolvem as relações familiares e a necessidade de proteger e assistir esse instituto, incluindo, o cônjuge.

¹³⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A sucessão do cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação convencional de bens*. Disponível em: <http://www.direitodefamilia.net/?pagina=detalhaartigo&idartigo=64> Acessado em Janeiro de 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema sobre concorrência, no âmbito do Direito Sucessório, é o mais controvertido dessa área, uma vez que foi pouco desenvolvido pela doutrina brasileira e por estar presente na vida de quase todos os cidadãos, de uma forma ou de outra.

O surgimento do “Código do Consumidor”, por exemplo, acarretou um grande movimento no sentido de esclarecimento à população, diferentemente do que aconteceu com o direito sucessório, quando poucas pessoas sabem o destino de seus bens após a morte.

Assim, não são raras as dúvidas a respeito dessa temática, como também são constantes as incompreensões, as confusões e as diversas decisões díspares no mundo jurídico.

Apesar de existirem, certamente, vazios no Código Civil de 2002 referentes ao Direito Sucessório, há uma ideia pautada no sentido de que os microsistemas, compostos pelo Código Civil, a Constituição Federal e as leis que regulam a matéria especial, serviram para dirimir as controvérsias existentes, bem como adequar o caso concreto à norma.

Com relação ao Direito de Família deve-se ter em mente duas ideias centrais: a relação pessoal familiar e o vínculo patrimonial. Devendo ambos serem sopesados conforme o maior ou menor grau de pessoalidade das relações, buscando, assim, uma interpretação sistemática e teleológica das regras aplicadas a cada área estabelecida. Posto isso, partindo da compreensão de que a família é a base da sociedade e da formação humana, a proteção estatal (constitucional) desse instituto passou a ser essencial. Inclusive, a proteção ao cônjuge, uma vez que esse é um dos pilares desse instituto. Essa proteção, como demonstrado, teve vários desdobramentos, entre eles a inserção do cônjuge como herdeiro necessário e com isso garantidor da legítima.

Assim, a despeito dos diversos casos, incluindo aquele narrado na introdução desse trabalho, onde há um interesse de proteger o patrimônio dos filhos em detrimento do cônjuge, a conclusão a que se chega é que o casamento é composto pelo elo afetividade, uma vez que ninguém resolve constituir um casamento sem uma aliança de amor, de afeto e companheirismo. Portanto, o vínculo patrimonial, nesse caso, foi superado pelo vínculo familiar afetivo existente.

A compreensão extraída desse trabalho da diferença existente entre a autonomia privada e a autonomia da vontade e todas as suas nuances também contribuiu para compreender que o Estado deve intervir somente para proteger os direitos fundamentais dispostos na Constituição, respeitando assim as demais liberdades familiares.

Conclusão, I. se a herança é um direito constitucional garantido aos herdeiros; II. o cônjuge é considerado um herdeiro necessário; III – aos herdeiros necessários é garantida uma legítima, que não pode ser objeto de testamento; III- essa legítima está amparada ao princípio da solidariedade familiar, IV – o Estado somente pode intervir para proteger direitos fundamentais; V- a concorrência é uma forma de garantir a herança legítima do cônjuge em razão da solidariedade; VI – logo a Estado tem permissão nesse caso para legislar sobre direito sucessório de forma contrária à autonomia privada garantida aos cônjuges quando realizam o pacto antenupcial, a fim de proteger a herança do cônjuge e consequentemente primar pela assistencialidade familiar afetiva.

Observa-se que a diferença crucial entre o regime de bens do casamento e a ordem de vocação hereditária é o elemento protecionista que se dá ao cônjuge na hora da morte. Até porque o pacto antenupcial será extinto com o advento da separação conjugal em vida ou com a morte de um dos nubentes, enquanto que o elo “afetividade” dessa relação conjugal só se acaba, em tese, com a separação/divórcio, ou seja, a morte não põe fim aquela afetividade e aquele dever de assistência recíproca existente.

Assim, retirar o cônjuge casado no regime de separação convencional de bens da concorrência sucessória é regredir para o sistema patriarcal do Código de 1916, onde o que se imperava era a autonomia da vontade em detrimento da autonomia privada, que por sua vez respeita as garantias fundamentais. É, pois, retornar a um sistema onde o que se imperava eram as proteções patrimoniais em detrimento da proteção afetiva, que, como se demonstrou, é crucial para a dignidade da pessoa humana.

Além disso, do mesmo modo que uma pessoa pode ter interesse em proteger seu patrimônio, construído ao longo dos anos com seu esposo (a), embora casados em regime de separação convencional de bens, de filhos que jamais teve contato, também essa mesma pessoa pode querer proteger um patrimônio construído para seus filhos em detrimento de um casamento recente.

Observa-se tratarem de casos específicos, que infelizmente, o Código Civil de 2002 não abordou. Entretanto, apesar dessa ausência legislativa o Código não poderia deixar de inserir o cônjuge na concorrência em prol de casos extremamente incomuns, assim como não poderia retirar a legítima dos filhos para essa mesma finalidade.

Para casos específico, ainda será necessário o auxílio do poder judiciário, que com respaldo nas cláusulas gerais do ordenamento conseguirá dirimir tais controvérsias que, porventura, possam surgir.

Nesse ponto, imperioso esclarecer que para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka as discussões em torno do Direito Sucessório nasceram “pela maneira pouco ousada, e até mesmo atrapalhada, com a qual o legislador de 2002 escreveu o novo regramento”. Assim, afirma que as inúmeras decisões díspares ocorridas são resultado não de uma incapacidade judiciária, mas de uma falha cometida pelo legislador, que produziu um “vazio jurídico” sobre essa temática:

Observa-se com isso que não se pode negar que os pontos apresentados pela corrente minoritária têm uma grande importância nesse debate, pois apresentam soluções à situações específicas que não possuem amparo legal aparente.

Entretanto, mesmo diante desses vazios citados, a forma como hoje encontra-se projetado o Direito Sucessório não permite retirar o cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens da concorrência com os descendentes.

Assim, a partir de situações concretas dentro da temática apresentada a melhor solução se apresentou na concretização da harmonização entre a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, amparados pelos diversos processos interpretativos, entre eles, o gramatical, o sistemático e o histórico.

Gramatical em razão da redação dada pelo art. 1.829 que não abre espaço para outra interpretação que não a concorrência do cônjuge em regime de separação convencional. Sistemática quando analisou esse dispositivo em conjunto com a Constituição Federal de 1988, ao introduzir a dignidade da pessoa humana e a proteção familiar. Histórico quando analisou-se a inserção do cônjuge como herdeiro sucessório, antes abandonado pelo sistema patriarcal de 1916. Para garantir essa interpretação cuidou-se do que está explicitamente escrito na lei e a intenção da lei, ou seja, não se pode ignorar as suas

prescrições, como também não se deve esquecer de introduzi-las nas exigências sociais atuais, sempre priorizando a harmonização da norma com a realidade.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo – A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- COSTA, Carlos José de Castro. *Sucessão do Cônjuge à luz da Constituição Federal*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Fev./Mar. 2010.
- COSTALUNGA, Karime. *O art. 1.829 do Código Civil e a Constituição: proposta de uma análise estrutural e axiológica*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005.
- DELGADO, Mario Luiz. *Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Uma proposta de harmonização do sistema*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. *Concorrendo com o amor*. Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/4_-_concorrendo_com_o_amor.pdf Acessado em 21 de outubro de 2013.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família da propriedade privada e do estado*. 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVAD, Nelson. *Curso de Direito Civil 06*. 5ª ed. Salvador: JusPUDIVM, 2013.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes*. Questões Controvertidas no novo Código Civil. Coord. Mario Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método, 2003.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- LEVY, Laura Affonso da Costa. *Família Constitucional, sob um olhar da afetividade*. 2015. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7568 Acessado em: 12 de Janeiro de 2015.

MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges*. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord.) *Direito de Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte. Del Rey. 2005.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na nova ordem legal*. In: DINIZ, Maria Helena (Coord). *Atualidade Jurídicas*. v. 7. São Paulo: Saraiva: 2014.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A sucessão do cônjuge sobrevivente casado no regime da separação convencional de bens*. São Paulo: Revista do TRF – 3º Região. v. 76, marc. e abr./2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

NAVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge casado no regime da separação total convencional de bens*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMAO, José Fernando (Coords.). *Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Método, 2009.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil Anotado e legislação extravagante*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. *Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática*. 22 ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2009.

Parecer do Projeto de Lei 1.792 de 2007. Relator Deputado Valtenir Pereira. >http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=595691&filename=PRL+1+CSSF+%3D%3E+PL+1792/2007 < Acessado em 13 de novembro de 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. VI. 20ª ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a Organização Jurídica da família*. <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.+Rodrigo+da+Cunha.pdf?sequence=1> Acessado em 19 de dezembro de 2014.

PRADO, Wagner Junqueira. *A sucessão Legítima do Cônjuge no Novo Código Civil*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Fev-Marc 2010. Ano XI, nº 14.

REALE, Miguel Junior; COSTA, Judith Martins. DIREITO CIVIL. *Sucessões. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Pacto Antenupcial de Separação total de bens e frutos. Código Civil, art. 1.829, inciso I. Interpretação. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial*. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 25, p. 205 a 228.

ROCHA, Maria Vital da; SANTOS, Manuela Sales. *O regime matrimonial de separação convencional de bens: implicações no direito sucessório*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f0bf4a2da9525289>> . Acessado em 20 de maio de 2014.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Novo Código Civil Questões Controvertidas – Regime da Separação de Bens Convencional e Obrigatória*. São Paulo: Editora Método, 2007.

SIMAO, José Fernando (Coords.). *Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Método, 2009.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TARTUCE, Flávio; SIMAO, José Fernando. *Direito Civil – Direito das Sucessões*. 5ª ed. São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. *Direito Civil – Direito das Sucessões*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.