

# Regime de Bens e Sucessão<sup>1</sup>

Carlos Roberto Barbosa Moreira\*

## 1. Regime de bens: o que é e quando se extingue

Dá-se o nome de *regime de bens* ao “estatuto que regula os interesses pecuniários dos cônjuges em suas relações entre si e com terceiros”.<sup>2</sup> Esse conjunto de normas fornece soluções a diversos problemas práticos, relativos ao casamento em seus aspectos puramente patrimoniais. A mais relevante questão, nesse contexto, reside em definir se a comunhão de vida, a partir do casamento, acarretará a formação de um patrimônio comum e, em caso afirmativo, se este passará a abranger os bens anteriormente adquiridos pelos cônjuges; ou se, ao contrário, cada um manterá seu próprio patrimônio, que permanecerá autônomo em relação ao do outro. A solução que se der a esse problema costuma ter influência na de outras questões, também atinentes ao regime: a quem toca a administração dos bens; a quem cabe a responsabilidade por dívidas e quais os bens sujeitos a seu pagamento. O regime de bens, por fim, naturalmente define de que modo será partilhado o patrimônio, quando dissolvido o casamento.

Historicamente, a sucessão *causa mortis* costuma sofrer a influência do regime de bens. De maneira enfática, muitos autores põem em relevo a conexão entre, de um lado, os direitos sucessórios e, de outro, as relações patrimoniais entre cônjuges, chegando a afirmar que o regime de bens preenche as lacunas da sucessão.<sup>3</sup> Cita-se, a propósito, o modelo do Código Civil francês, em cuja versão primitiva, de mais de dois séculos, o cônjuge somente seria chamado a suceder se faltassem parentes até o décimo-segundo grau – uma vocação “mediocre”,<sup>4</sup> em função da qual o viúvo ou a viúva “não herdava de fato jamais”.<sup>5</sup> Essa posição subalterna no campo sucessório, em relação a parentes, mesmo remotos, era compensada, porém, com o recebimento da meação sobre o patrimônio imobiliário, onerosamente adquirido durante o casamento, e sobre os móveis de qualquer origem, segundo o regime legal da comunhão, na época.<sup>6</sup> Além disso, o direito francês estimulava as doações entre cônjuges, como instrumento de atenuação dos rigores de um sistema sucessório extremamente favorável à família de sangue.<sup>7</sup>

\* Professor Auxiliar (concursado) da PUC/RJ. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil.

<sup>1</sup> Texto (acrescido de notas) da palestra proferida em 26.06.2015, durante o curso “As novas famílias: Direito, Ética e Psicanálise”, promovido pela Escola Nacional da Magistratura da Associação dos Magistrados Brasileiros.

<sup>2</sup> VOIRIN, Pierre; GOUBEUX, Gilles. *Droit Civil*, t. 2, p. 5.

<sup>3</sup> V.g., CARRARO, Luigi. *La vocazione legittima alla successione*, p. 93 e 112-113.

<sup>4</sup> MALAURIE, Philippe. *Les successions. Les libéralités*, nº 81, p. 61.

<sup>5</sup> GRIMALDI, Michel. *Droit Civil – Successions*, nº 167, p. 174.

<sup>6</sup> VOIRIN, Pierre; GOUBEUX, Gilles. *Droit Civil*, t. II, nº 93, p. 53; MICHEL GRIMALDI, *Droit Civil – Successions*, nº 169, p. 175.

<sup>7</sup> GRIMALDI, Michel. *Droit Civil – Successions*, nº 169, p. 175.

No direito brasileiro, a conexão entre o regime de bens e os direitos sucessórios se revela ostensiva em ao menos duas das hipóteses do art. 1.829, nº I, do Código Civil, nas quais não se admite a concorrência entre cônjuge e descendentes: refiro-me aos casos de pessoas casadas sob os regimes da comunhão *universal* e de *separação legal*. No primeiro, a exclusão se baseia em que, cabendo ao cônjuge sobrevivente a meação sobre o patrimônio comum, não terá ele, presumivelmente, a necessidade de receber uma porção adicional, a título de herança; no segundo, não faria sentido, ao ver do legislador, permitir ao supérstite receber, como herança, os mesmos bens que não podiam comunicar-se no momento da constituição do vínculo matrimonial. Para me limitar ao exemplo mais frequente: os que se casam a partir dos setenta anos de idade estão sujeitos ao regime da separação, conforme o art. 1.641, não lhes abrindo a lei a oportunidade – em regra, conferida a nubentes de idade inferior – de escolha de outro regime. Em relação ao dispositivo correspondente do Código Civil português, Diogo Leite de Campos explica que a razão que o inspira reside em “salvaguardar os interesses dos nubentes de idade avançada, talvez senilmente generosos para com o outro esposado”.<sup>8</sup> Em resumo, os bens a que não se teve acesso pelo casamento tampouco devem transferir-se ao cônjuge através de uma “janela sucessória”.<sup>9</sup>

Note-se, todavia, que essas mesmas circunstâncias familiares, que justificam a exclusão da concorrência entre cônjuge e descendentes, são valoradas diferentemente pelo legislador nas demais classes da ordem de vocação hereditária: quando o cônjuge concorrer com ascendentes, ou quando for chamado a recolher a herança por inteiro, o regime de bens deixa de ser relevante.<sup>10</sup> Mesmo nos casos de separação obrigatória, imposta, por exemplo, ao nubente idoso, o patrimônio, que não pôde tornar-se comum pelo casamento, será transferido, pela sucessão, ao viúvo ou à viúva, quer na companhia de ascendentes, quer como sucessor único. A relevância dada ao regime de bens, como fator de possível supressão da concorrência entre cônjuge e descendentes, se insere, pois, entre as regras de favorecimento às gerações mais novas, em tema de sucessões.

Ainda que admitida a influência da disciplina dos regimes matrimoniais sobre a definição do quadro sucessório e, em especial, sobre a natureza e extensão dos direitos atribuídos ao viúvo ou à viúva, é preciso enfatizar que *o regime de bens cessa com a morte de um dos cônjuges*. No direito brasileiro, basta ler os arts. 1.571 e 1.576 do vigente Código Civil para concluir que, dissolvido o casamento por qualquer das causas previstas, não mais subsiste aquele estatuto das relações patrimoniais conjugais. Extinto, pois, o regime de bens, não cabe mais cogitar de

<sup>8</sup> CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições ...*, p. 602.

<sup>9</sup> CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições ...*, p. 602.

<sup>10</sup> É a *communis opinio*: ALMEIDA, José Luiz Gavião De, *Código Civil Comentado*, p. 213; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Moraes, *Comentários ...*, pp. 238-239; DIAS, Maria Berenice, *Manual...*, nº 14.3, p. 141, e nº 18, p. 180; NADER, Paulo, *Curso ...*, nº 45.3, p. 144, e nº 45.4, p. 145; NEVARES, Ana Luiza Maia, *A sucessão do cônjuge e no companheiro ...*, p. 108; TARTUCE, Flávio, *Direito Civil*, v. 6, p. 217; DELGADO, Mário Luiz, *Controvérsias ...*, p. 431 e nota nº 32. Manifestei idêntica opinião como atualizador da obra de PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, v. VI, nº 447-A, p. 133 (da 22. ed.).

quaisquer efeitos  *futuros*  que dele se originem: os efeitos que podia produzir se situam, todos eles,  *no passado* . O que vem depois, no caso da extinção do regime de bens decorrente do óbito de um dos cônjuges, já se insere noutra universo: o da  *sucessão* . Por isso se afirma que, na partilha dos bens comuns e na consequente separação daquilo que deve compor a meação do supérstite, “estamos (...)  *fora do domínio do Direito das Sucessões e perante um ato que cabe no âmbito do Direito da Família*  e, em si mesmo, é prévio à determinação da herança do falecido. De fato, nesta só cabem os bens que venham a preencher a sua meação”.<sup>11</sup>

## 2. Histórico. Evolução no Direito Brasileiro, a partir do Código Civil de 1916 e durante a sua Vigência

Em sua versão original, o Código Civil de 1916 não condicionava a vocação sucessória do cônjuge sobrevivente a qualquer regime de bens.<sup>12</sup> De acordo com seu art. 1.603, o cônjuge figurava, sozinho, na terceira classe de herdeiros legítimos, e apenas sucedia ao  *de cujus*  se não houvesse descendentes e ascendentes em condições de herdar (art. 1.611). Pior: não estava ele no seletivo rol de herdeiros  *necessários*  do art. 1.721, motivo pelo qual podia ser totalmente excluído da sucessão, mediante testamento que simplesmente deixasse de contemplá-lo (art. 1.725). Nesse último aspecto, equiparava-se aos colaterais do testador, parentes por vezes muito distantes, cuja vocação inicialmente se estendia ao longínquo  *sexto grau* .<sup>13</sup> Em posição subalterna à de descendentes e ascendentes, era na sucessão testamentária que o cônjuge poderia eventualmente ser chamado a suceder, se presente algum herdeiro daquelas duas classes preferenciais.

É possível imaginar que a situação desfavorável ao cônjuge, em termos sucessórios, tivesse não somente raízes históricas antigas e profundas, mas também se explicasse pela circunstância de o regime legal de bens, na versão primitiva daquele diploma, ser o da  *comunhão universal* , em virtude do qual tocava ao sobrevivente recolher a  *meação* , não como direito hereditário, mas como expressão de sua quota-parte no patrimônio comum.

Foi apenas na legislação superveniente que o regime de bens passou a ter repercussões sucessórias.

O Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, concedeu à mulher brasileira o usufruto vitalício sobre fração variável dos bens do marido estrangeiro, se casados “sob regime que exclua a comunhão universal” (art. 17). O usufruto deveria incidir sobre um quarto do acervo hereditário, se o cônjuge concorresse com filhos brasileiros do casal; e sobre metade, se não os houvesse.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho.  *Lições ...* , nº 161, p. 352-353, destaquei.

<sup>12</sup> Por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva.  *Instituições ...* , v. VI, nº 446, p. 72 (da 14. ed.).

<sup>13</sup> A partir do Decreto-Lei nº 9.461, de 15.06.46, a vocação dos colaterais foi limitada ao quarto grau.

<sup>14</sup> O Decreto-Lei nº 5.187, de 13.01.43, deu nova redação àquele art. 17, dispondo que o usufruto recairia sobre um quarto do patrimônio hereditário, “se houver filhos brasileiros do casal ou do marido” (destaquei).

Mais tarde, a Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, criou hipótese de concorrência sucessória entre filhos havidos fora do matrimônio (filhos “ilegítimos”, na terminologia da época) e o cônjuge supérstite que fosse *casado pelo regime da separação*, dando a este último, “na falta de testamento”, a metade dos bens do *de cujus*, se concorresse “exclusivamente com filho reconhecido na forma desta Lei” (art. 3º). A norma era flagrantemente discriminatória, porque permitia chamamento *simultâneo* de filhos “ilegítimos” e do cônjuge, sem, todavia, alterar a regra (codificada) de vocação preferencial dos descendentes, nas demais espécies de filiação: assim, se se tratasse de filho “legítimo” ou “legitimado”, não se reconheciam quaisquer direitos sucessórios ao cônjuge; se se tratasse, ao revés, de filho “ilegítimo”, o cônjuge, desde que casado por aquele regime de bens, era guindado à primeira classe de herdeiros e passava a concorrer com descendente do *de cujus*.

No contexto desta exposição, o que interessa é o registro de que, para situações específicas, o regime de bens, diversamente do que ocorria no sistema original do Código Civil de 1916, passou a ter relevância na atribuição de direitos sucessórios ao cônjuge. Os dois antes mencionados diplomas, porém, conferiam-lhe proteção bastante acanhada: no primeiro caso, restritivamente à *mulher de nacionalidade brasileira*, a quem cabia somente um direito real limitado, incidente sobre bens devolvidos a outras classes de herdeiros; no segundo, a vocação alcançava a propriedade da herança, mas estava claramente condicionada à *ausência* de testamento por meio do qual o *de cujus* desse outro destino a seu patrimônio.

A importância do regime de bens na definição do quadro sucessório viria a ser reafirmada com o advento da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 (“Estatuto da Mulher Casada”, como se tornou conhecida). Num cenário de alterações profundas – que ensejaram à mulher, entre outras conquistas revolucionárias, o direito de exercer sua profissão, independentemente de autorização marital<sup>15</sup> –, aquele diploma introduziu os §§ 1º e 2º no art. 1.611 do Código então em vigor, por força dos quais foram atribuídos novos direitos sucessórios ao cônjuge viúvo: assim, respectivamente, se o regime de bens “não era o da comunhão universal”, tornava-se ele titular do usufruto sobre fração variável do acervo hereditário; e, se o casamento se dera “sob o regime da comunhão universal”, era-lhe concedido o direito real de habitação “sobre o imóvel destinado à residência da família”, sem prejuízo da participação que eventualmente lhe coubesse na herança. Tanto o usufruto do § 1º, quanto o direito de habitação do § 2º estavam sujeitos à condição resolutiva do fim da viuvez.

A jurisprudência acabaria por alterar, significativamente, o alcance de ambas as normas.

<sup>15</sup> O art. 242, nº VII, do Código Civil de 1916, em sua redação original, condicionava o exercício da profissão da mulher à autorização do marido. Posteriormente, a CLT, em seu art. 446, dispôs: “Presume-se autorizado o trabalho da mulher casada (...). Em caso de oposição conjugal (...), poderá a mulher (...) recorrer ao suprimento da autoridade judiciária competente”. O parágrafo único, porém, concedia ao marido a faculdade de “pleitear a rescisão do contrato de trabalho, quando a sua continuação for suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família” ou “perigo manifesto às condições peculiares da mulher”.

Quanto ao usufruto vidual, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que estava *excluído* não apenas na hipótese de que a lei expressamente cogitava – a de pessoas casadas sob regime da comunhão universal de bens –, mas também na de comunhão *parcial*,<sup>16</sup> ou ainda na de separação *legal*, se o viúvo tivesse sido aquinhado em testamento com bens de valor igual ou superior àqueles sobre os quais recairia o benefício.<sup>17</sup> A Corte, em data mais recente, chegou ao ponto de afirmar que o usufruto do cônjuge podia ser suprimido pelo *de cujus* que, sem herdeiros necessários, tivesse destinado todo seu patrimônio, em testamento, sem aludir àquele direito.<sup>18</sup> Em outras palavras, o Tribunal subordinou a constituição do usufruto à vontade do testador, em franca oposição aos que nele identificavam hipótese de herança *necessária*.<sup>19</sup>

Já o direito real de habitação – embora previsto, em sua literalidade, para o caso de casamento “sob o regime da comunhão universal” – foi estendido, a partir de certo momento, aos casados *sob qualquer regime de bens*. Semelhante extensão, sugerida pela doutrina e afinal consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça,<sup>20</sup> partia da premissa de que o cônjuge não poderia ter direitos sucessórios mais restritos do que o companheiro; e porque a este era lícito *cumular* usufruto e direito de habitação – como resultado da *soma* dos direitos sucessórios previstos nas Leis nºs 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e 9.278, de 10 de maio de 1996 –, tornava-se imperioso reconhecer a mesma possibilidade em favor do viúvo, a despeito da literal incompatibilidade lógica entre os benefícios sucessórios criados pelo “Estatuto da Mulher Casada”, um (o usufruto) a depender da *ausência* do regime de bens cuja *presença* o outro (direito de habitação) pressupunha.

Ao longo da vigência do Código Civil de 1916, foram essas as hipóteses de possível concorrência entre cônjuge e herdeiros de classes preferenciais (descendentes e ascendentes). Convém enfatizar, todavia, que, pelo direito codificado, a concorrência nunca se produzia em relação à *propriedade* da herança, como ocorreria se frações ideais sobre o domínio de um mesmo patrimônio fossem atribuídas, simultaneamente, a dois ou mais herdeiros. Ao contrário: a abertura da sucessão acarretava o *desmembramento* parcial da propriedade de que fora

<sup>16</sup> REsp. nº 34.714-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 25.04.94, RSTJ 64/210.

<sup>17</sup> REsp. nº 28.152-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 30.05.94, RSTJ 63/301.

<sup>18</sup> REsp. nº 802.372-MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.09.2008.

<sup>19</sup> TEPEDINO, Gustavo. *O Usufruto Legal* . . . , p. 77-79 e 103. Ao julgar, em 20.03.2007, o REsp. nº 648.072-RJ, a 3ª Turma decidiu que o usufruto do viúvo “não se restringe à sucessão legítima; tem aplicação, também, na sucessão testamentária”. Como se depreende do voto do Relator, Ministro Ari Pargendler, a hipótese era de casamento celebrado sob o regime da separação legal de bens, tendo o *de cujus*, sem descendentes ou ascendentes, disposto de todo o seu patrimônio, sem aludir ao usufruto vidual. Servindo-se abundantemente dos ensinamentos de TEPEDINO, o acórdão endossou a opinião do ilustre civilista, no sentido de que “eventual presença de testamento (...) em nada pode alterar a posição do cônjuge supérstite, no tocante ao seu direito de usufruto”, “bastando que ocorram os pressupostos para a sua configuração, isto é, ausência de comunhão total, constância da sociedade conjugal e não contemplação do cônjuge supérstite, pelo testador, com a propriedade da herança”. Por isso, na hipótese, a Turma, com fundamento no art. 1.611, § 1º do Código Civil de 1916, reconheceu o direito da viúva ao usufruto de parte do acervo hereditário.

<sup>20</sup> Veja-se o acórdão proferido no julgamento do REsp. nº 821.660-DF, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 14.06.2011.

titular o *de cuius* e a criação, em proveito do cônjuge, de direitos reais limitados, incidentes sobre a herança devolvida aos herdeiros preferenciais, de tal modo que o panorama resultante da transmissão dos direitos sucessórios não reproduzia a situação jurídica anterior, na qual o *de cuius* fora titular da propriedade plena.<sup>21</sup>

Ao ver de muitos, a solução se mostrava ainda insatisfatória e injusta, agravada pelo fato de não ser o cônjuge, no sistema da lei anterior, herdeiro necessário. Numa das edições do volume conclusivo de suas *Instituições de Direito Civil*, anteriores ao novo Código, o Professor Caio Mário da Silva Pereira propunha a ampliação dos direitos sucessórios do cônjuge:

“Conferido ao cônjuge o direito sucessório preferente aos colaterais, de nada lhe valeria em face da liberdade de testar reconhecida ao outro cônjuge. Formando embora uma unidade psicofísica, não tem qualquer deles meios de evitar que a disposição de última vontade, ainda que mal dirigida e mal inspirada, conduza a outras mãos os haveres matrimoniais. Somente a qualificação do cônjuge na condição de herdeiro necessário pode defender a sua quota reservatória. E a medida nada tem de heterodoxa, pois já preconizada por Beviláqua, no art. 1.884, de seu Projeto de Código, no ano de 1899.

A outra providência cautelar dos direitos do cônjuge situa-se na transformação do usufruto que se lhe já reconhece, quando concorrente com descendentes e ascendentes, em herança domínial. (...)”<sup>22</sup>

### 3. A Influência do Direito Português na Definição do Novo Quadro Sucessório Brasileiro

Inovações relevantes no campo do direito das sucessões foram introduzidas pelo vigente Código Civil. Nos passos de uma evolução que já se havia observado, em décadas anteriores, noutros ordenamentos jurídicos – como o italiano,<sup>23</sup> o português,<sup>24</sup> o suíço<sup>25</sup> e, em alguma medida, o francês<sup>26</sup> –, o novo diploma ampliou

<sup>21</sup> TEPEDINO, Gustavo. *O Usufruto Legal...*, p. 62.

<sup>22</sup> *Instituições...*, § 447, p. 77 (da 14. ed.).

<sup>23</sup> Sobre a evolução do direito italiano (reforma introduzida pela Lei nº 151, de 19.05.75), CARRARO, Luigi. *La vocazione legittima alla successione*, p. 87-114; CAPOZZI, Guido. *Successioni e donazioni*, t. I, nº 144, p. 334-338.

<sup>24</sup> Sobre a evolução do direito português (reforma introduzida pelo Decreto-lei nº 496, de 25.11.77), PITÃO, José António de França. *A posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português*, passim; CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da família e das sucessões*, vol. II, nºs 102-106, p. 68-71; CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições...*, p. 596-603.

<sup>25</sup> Sobre a evolução do direito suíço (reforma introduzida pela Lei federal de 05.10.84, em vigor a partir de 01.01.88), GUINAND, Jean; STETTLER, Martin. *Droit Civil*, vol. II, nºs 52-57, p. 31-35; STEINAUER, Paul-Henri. *Le droit des successions*, p. 81-87.

<sup>26</sup> Sobre a evolução do direito francês (reforma introduzida pela Lei de 03.12.2001), LEROYER, Anne-Marie. *Droit des successions*, nºs 111-176, p. 102-135.

os direitos sucessórios do cônjuge, conferindo-lhe a possibilidade de receber, a título de herança, fração variável da *propriedade* do espólio, em concorrência com descendentes ou com ascendentes (art. 1.829). Assegurou-lhe uma participação mínima, quando deva concorrer com descendentes seus e do *de cuius* (art. 1.832).<sup>27</sup> Além disso, inseriu-o expressamente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845). Manteve, por fim, o direito real de habitação sobre o imóvel residencial familiar, alterando-o, no entanto, em dois aspectos: em primeiro lugar, deixou de sujeitá-lo à condição resolutiva da cessação da viuvez; e, em segundo, possibilitou sua constituição “qualquer que seja o regime de bens” (art. 1.831).

No tocante às sucessões abertas em favor do cônjuge, o diploma tomou por modelo o Código Civil português, na versão decorrente da reforma do direito sucessório, levada a efeito, naquele país, em 1977. Essa influência é perceptível não somente na transformação do cônjuge em herdeiro necessário, mas sobretudo na sua presença nas três primeiras classes de herdeiros legítimos, ora em concorrência com descendentes, ora com ascendentes e, por fim, como herdeiro único, à frente de colaterais. Muito expressivamente, um autor português se referiu à posição do cônjuge na ordem da vocação hereditária de seu país como a de um herdeiro situado numa “primeira classe móvel”<sup>28</sup> – expressão que agora bem poderia descrever a situação do viúvo ou da viúva no panorama sucessório de nosso país. Outro ponto de contato entre os dois ordenamentos reside na atribuição ao cônjuge de fração mínima de um quarto da herança, quando concorrer com descendentes do *de cuius* – embora, no particular, o direito brasileiro seja mais restritivo, já que, em Portugal, “é indiferente que se trate de filhos do casal”.<sup>29</sup>

Naquele país, antes da reforma de 1977, “a posição jurídica do cônjuge sobrevivente estava bastante desfavorecida”, pois, além de não ser herdeiro necessário, apenas “sucedia na quarta classe de sucessíveis (...), ou seja, na falta de descendentes, ascendentes e irmãos e seus descendentes”.<sup>30</sup> Concedia-lhe a lei um *usufruto vitalício* sobre a herança, mas apenas se fossem chamados à sucessão irmãos do *de cuius*, ou os descendentes de irmãos.<sup>31 32</sup> Era uma situação certamente *pior* que a do sistema brasileiro anterior ao atual Código.

As modificações introduzidas no ordenamento luso fortaleceram a situação do cônjuge, dando-lhe, no dizer de um eminente observador, “uma posição hereditária marcante, privilegiada, por vezes, em certos aspectos de regime, no

<sup>27</sup> Se houver descendentes comuns e não-comuns, o cônjuge não faz jus ao privilégio: é a opinião por mim manifestada como atualizador da obra de PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições ...*, nº 445-A, p. 105-106 (da 22. ed.), com citação de outros autores. No mesmo sentido, DELGADO, Mário Luiz. “*Controvérsias ...*”, p. 438.

<sup>28</sup> CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da família e das sucessões*, vol. II, p. 71.

<sup>29</sup> PITÃO, José António de França. *A posição do cônjuge sobrevivente ...*, p. 38, nota nº 47. No mesmo sentido, FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições ...*, nº 161, p. 354.

<sup>30</sup> PITÃO, José António de França. *A posição do cônjuge sobrevivente ...*, p. 19.

<sup>31</sup> PITÃO, José António de França. *A posição do cônjuge sobrevivente ...*, p. 20; CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da família e das sucessões*, vol. II, nº 104, p. 70.

<sup>32</sup> Era este o único desvio trazido pela nossa lei à regra da preferência de classe”, explica ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Sucessões*, nº 195, p. 341.

confronto mesmo com descendentes”;<sup>33</sup> mas algumas das inovações despertaram críticas doutrinárias severas, centradas na ideia de que o legislador havia ido muito além do necessário para proporcionar adequada proteção ao supérstite. Um dos civilistas portugueses mais conhecidos entre nós escreveu que a reforma do direito sucessório, em seu país, era “marcada pela hostilidade à família de sangue” e teria levado “para além de toda a razoabilidade a tutela sucessória do cônjuge sobrevivente”.<sup>34</sup> E não faltou quem a censurasse ao argumento de que “transformar um cônjuge em herdeiro forçado do outro é, ao arrepio (...) da lógica, acentuar ainda mais a comunhão patrimonial perante um casamento cada vez mais flexível e cada vez mais temporário”.<sup>35</sup>

Interessante observar, neste ponto, que, enquanto o direito brasileiro buscava superar o esquema do cônjuge usufrutuário, instituído pelo “Estatuto da Mulher Casada”, para atribuir-lhe a *propriedade* da herança em concorrência com herdeiros preferenciais, alguns juristas portugueses concluíam que, diante de certos resultados do novo estatuto sucessório de seu país, melhor teria sido conferir à viúva ou ao viúvo “uma posição de sucessível legitimário, mas como usufrutuário da respectiva quota”, solução “incontestavelmente mais adequada a uma justa harmonização dos interesses e valores em causa”.<sup>36</sup> Nas palavras de outro autor, “o esquema do usufruto legitimário era muito mais simples e correspondia melhor aos interesses práticos”.<sup>37</sup>

O observador estrangeiro deve compreender, todavia, que, no ordenamento português, os novos direitos sucessórios do cônjuge, definidos na reforma de 1977, *não estão condicionados ao regime de bens do casal*. Por isso, quer na hipótese do regime supletivo (que, naquele país, é o da “comunhão de adquiridos”), quer na de “comunhão geral”, pode o cônjuge *cumular* as posições de meeiro (sobre o patrimônio comum) e de herdeiro (sobre o patrimônio transmitido por força da sucessão),<sup>38</sup> inclusive quando deva concorrer com descendentes da pessoa falecida. Isso decerto não constitui peculiaridade do direito luso<sup>39</sup>, mas provavelmente há de ter contribuído para algumas das manifestações doutrinárias desfavoráveis, em especial aquelas refratárias à ideia de que, em virtude da herança transmitida ao cônjuge, “os bens mudem de linhagem”<sup>40</sup> – isto é, sejam eventualmente transferidos, pela sucessão, de um núcleo familiar a outro, como no didático exemplo de um patrimônio que, transmitido à viúva, venha mais tarde a ser herdado por seu novo marido e por filhos do segundo casamento.<sup>41</sup>

<sup>33</sup> CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da família e das sucessões*, vol. II, nº 252, p. 175.

<sup>34</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Sucessões*, nº 11, p. 29.

<sup>35</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições ...*, p. 602.

<sup>36</sup> CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da família e das sucessões*, vol. II, nº 104, p.70 (nota nº 92).

<sup>37</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Sucessões*, nº 196, p. 343.

<sup>38</sup> CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da família e das sucessões*, vol. II, nº 104, p.70.

<sup>39</sup> Também ocorre, v.g., no direito suíço: cf. STEINAUER, Paul-Henri. *Le droit des successions*, p. 87-90.

<sup>40</sup> CAMPOS, Diogo Leite De. *Lições ...*, p.602.

<sup>41</sup> CAMPOS, Diogo Leite De. *Lições ...*, p. 602.



#### 4. Relevância do Regime de Bens nas Sucessões Abertas a partir da Vigência do Código Civil de 2002

Em matéria de direitos sucessórios do cônjuge, o Código Civil de 2002 claramente se inspirou no modelo português, instituído com a mencionada reforma de 1977. Os pontos de contato entre os dois ordenamentos são agora muito ostensivos: elevação do cônjuge à condição de herdeiro necessário; sua presença na primeira e na segunda classe de herdeiros, em concorrência com descendentes e ascendentes e com direito a uma fração da propriedade da herança, e na terceira classe, como herdeiro único e universal, cuja presença afasta o chamamento de quaisquer colaterais; quota mínima de um quarto dos bens hereditários, quando concorrer com descendentes (direito limitado, entre nós, à hipótese de concorrência com descendentes *comuns*).

Porém, talvez advertido das críticas dirigidas a alguns efeitos da reforma do direito luso, o legislador brasileiro procurou reduzir o impacto da inserção do cônjuge na primeira classe dos herdeiros legítimos e da consequente partilha do acervo hereditário entre ele e os descendentes. Valeu-se, então, do regime de bens como critério para excluir, em certas hipóteses, aquela concorrência e manter o patrimônio transmitido nos limites estreitos da “família de sangue” (*supra*, nº 1). Mas, como inequivocamente se extrai da redação do art. 1.829, a concorrência com o cônjuge, na primeira classe dos sucessíveis, constitui a *regra*, devendo ser vistas como *exceções* as hipóteses de devolução da herança apenas aos descendentes. Por esse motivo, devem ser *restritivamente* interpretadas as hipóteses de não concorrência, de acordo com princípio hermenêutico profundamente enraizado em nossa cultura jurídica.

Valho-me, aqui, da lição de Zeno Veloso, transcrita em acórdãos do Superior Tribunal de Justiça: o intérprete não está autorizado “a espichar o elenco normativo [do art. 1.829, nº I], que não pode ser ampliado, como regra excepcional que é”.<sup>42</sup>

Partindo dessas noções, pareceu-me possível, como atualizador do volume conclusivo das *Instituições* do saudoso Caio Mário da Silva Pereira, enunciar, da seguinte maneira, os casos em que o cônjuge *não* concorre com os descendentes:

- “(a) se o regime de bens do casal era o da comunhão *universal* (novo Código Civil, arts. 1.667 a 1.671);
- (b) se o regime de bens era o da *separação obrigatória* (novo Código Civil, art. 1.641);
- (c) por fim, se o regime de bens era o da *comunhão parcial*, sem que o falecido tenha deixado bens particulares”.

<sup>42</sup> Citação colhida nos acórdãos da 3ª Turma nos REsp’s nºs 1.430.763-SP, j. 13.11.2014, e 1.346.324-SP, j. 19.08.2014.

E, pouco adiante, acrescentei que, consideradas tais exceções, caberia ao cônjuge participar da sucessão (em concorrência com descendentes) em três hipóteses:

“(a) se o regime de bens do casal era o da separação *convencional*, isto é, aquele livremente adotado pelos cônjuges mediante pacto antenupcial *válido* (novo Código Civil, art. 1.687);

(b) se o regime de bens era o da comunhão *parcial*, e o *de cujus* tinha bens particulares (caso em que o cônjuge será, ao mesmo tempo, herdeiro e meeiro, incidindo a meação, obviamente, apenas sobre o patrimônio *comum*);

(c) se o regime de bens era o da participação final nos aquestos (novo Código Civil, art. 1.672). Também aqui haverá herança e meação”.<sup>43</sup>

Essa opinião se mantém ainda hoje inalterada, passados mais de dez anos da publicação da primeira edição subsequente ao advento do Código de 2002. Mas, a partir da 18ª edição (de 2011), não pude omitir o registro, em nota de rodapé, de que a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp. nº 992.749-MS, acolhera o entendimento segundo o qual a expressão “separação obrigatória”, presente no art. 1.829, nº I, traduzia um *gênero*, abrangente tanto da separação *legal* (art. 1.641) quanto da separação *convencional*; negou, por isso, a vocação sucessória do cônjuge, para concorrer com descendentes, quando o casal tivesse adotado esse último regime. A decisão naturalmente passou a ser vista como *leading case* na matéria, e pôs em xeque a tese contrária, sustentada embora pela “doutrina predominante”, conforme anotou o voto da eminente Ministra Relatora.

Tenho-me referido ao acórdão, muito diplomaticamente, como “infeliz”. Falando sempre com respeito e sincera admiração pela Ministra Relatora e pelos demais votantes da ocasião, parece-me que o julgado, na tentativa de dar ao caso uma solução que talvez parecesse a mais justa, acabou por baralhar conceitos, chegando a resultado ostensivamente incompatível com o teor do art. 1.829, nº I. Sem pretender realizar, aqui e agora, uma análise exaustiva de todos os argumentos do acórdão, permito-me, no entanto, dedicar minha atenção a duas afirmações nele contidas.

A primeira delas, exposta já na ementa, é esta: “O regime da 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”. Com a máxima vênia, aproximar

<sup>43</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições ...*, vol. VI, nº 447-A. Os excertos, colhidos nas p. 148-149 da 15ª edição da obra (a primeira que se seguiu à entrada em vigor do Código atual, publicada em 2004), ainda expressam a opinião do atualizador, conforme se extrai da 22ª edição (de 2014), p. 132-133.

o regime da separação de que trata o art. 1.641 – que a lei afirma “obrigatório” – do regime da separação mediante pacto antenupcial (negócio jurídico) e reuni-los como espécies de um gênero que merecesse o rótulo “separação obrigatória” é certamente uma das construções mais ousadas já lidas em decisões da Corte. Evidentemente, no *caput* do art. 1.641, o adjetivo “obrigatório” significa “imposto”: aos nubentes que se encontrem em qualquer daquelas situações simplesmente não é permitido eleger outro regime. A “obrigatoriedade” ali diz respeito à *ausência de possibilidade de escolha* do regime de bens, e não aos *efeitos* que dele se irradiam<sup>44</sup> – efeitos que se produzem “obrigatoriamente”, por certo, assim no regime da separação do art. 1.641, *como também em qualquer outro*: as duas modalidades de separação (como enfatiza o acórdão) “obrigam os cônjuges (...) à sua observância”, mas outro tanto se poderia afirmar da comunhão universal ou da participação final nos aquestos, porque as partes indiscutivelmente se vinculam ao que contrataram – e a ninguém ocorreria chamá-las, por isso, “comunhão obrigatória” ou “participação final obrigatória” ...

Em outras palavras, parece-me que a classificação proposta pelo acórdão da 3ª Turma peca ao reunir sob o mesmo rótulo – separação “obrigatória” – um regime que é “obrigatório” na sua *constituição* e outro, nos seus *efeitos*. Falta uniformidade ao critério classificatório. A prevalecer a cerebrina construção, desapareceria do mundo jurídico, por exemplo, a distinção entre seguros “facultativos” e seguros “obrigatórios” (art. 788): todos os contratos de seguro mereceriam o rótulo “obrigatórios”, porque vinculativos do segurador e do segurado quanto às respectivas obrigações.

Além disso, a ideia de que a separação convencional estaria contida na expressão “separação obrigatória”, empregada no art. 1.829, nº I, faz completa abstração da remissão feita ao “art. 1.640, parágrafo único” (entenda-se: ao art. 1.641). No Código Civil de 1916, a norma referente ao regime da separação legal constava de um parágrafo único do art. 258 (este hoje corresponde ao art. 1.640, do qual constitui uma reprodução quase literal, apenas acrescida do adjetivo “ineficaz”). A mesma solução foi adotada no primitivo Anteprojeto de 1972 (art. 1.854). Na redação final do novo Código Civil, porém, passou a constar do art. 1.640 um parágrafo único atinente à *forma* da manifestação de vontade dos nubentes quanto ao regime de bens.<sup>45</sup> Para melhor sistematização da matéria, o que tradicionalmente estava num parágrafo foi, então, deslocado para um artigo autônomo. Se a remissão é hoje imprópria – porque o atual parágrafo único do art. 1.640, como dito, não cuida de separação legal, mas da forma de que se deve revestir a opção pelo regime de bens – o equívoco inegavelmente pode e deve ser corrigido pelo intérprete, que se limitará, no caso, a identificar o dispositivo a que o legislador, em verdade, pretendia referir-se.

<sup>44</sup> No voto-vista do eminente Ministro Sidnei Beneti, lê-se que “(...) a separação legal e a separação convencional (...), afinal de contas, são obrigatórias (...)”. Mas a expressão é empregada, em cada um dos casos, com sentidos bem distintos.

<sup>45</sup> A rigor, já no Projeto de lei nº 634/75, a regra acerca do regime da separação legal passara a constar de um artigo autônomo (art. 1.696), logo em seguida ao dispositivo sobre o regime supletivo (comunhão parcial), tal como viria a prevalecer na redação final do novo Código.

Feita a correção, por via interpretativa, não é difícil concluir que, ao aludir à “separação obrigatória, o art. 1.829, nº I, refere-se “apenas à separação legal prevista no art. 1.641, cujo rol não inclui a separação convencional”.<sup>46</sup>

O segundo ponto merecedor de atenção no julgado da 3ª Turma reside na assertiva de que reconhecer direitos sucessórios ao cônjuge, casado pelo regime da separação convencional, representaria “a alteração do regime matrimonial de bens *post mortem*, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria”. Na fundamentação, afirma-se ainda que “a regra que confere o direito hereditário de concorrência ao cônjuge sobrevivente não alcança nem pode alcançar os que têm e decidiram ter patrimônios totalmente distintos, sob pena de clara violação ao art. 1.687 do CC/02, notadamente quando a incomunicabilidade resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento”. Em resumo: o regime de bens “obriga as partes na vida e na morte”.

Lamentavelmente, o acórdão proferido no julgamento REsp. nº 992.749-MS misturou conceitos. É evidentemente equivocada a ideia de que o regime de bens “obriga as partes na vida e na morte”: o regime de bens *se extingue* com a morte, e não é em função dele que se opera a transmissão do patrimônio do *de cujus* aos sucessores. Por idêntico motivo, reconhecer direitos sucessórios ao cônjuge casado pelo regime da separação convencional de nenhum modo representa “a alteração do regime matrimonial de bens *post mortem*”: o regime de bens, por sua própria natureza, apenas produziu efeitos durante o casamento. A sucessão aberta em benefício do cônjuge não é uma “alteração *post mortem*” de um regime a que o óbito pôs termo. Nem cabe, por fim, argumentar que “a incomunicabilidade [dos bens] resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento”: a sucessão de nenhum modo converte bens que pertenciam exclusivamente ao *de cujus* em bens comuns. A incomunicabilidade, fruto da manifestação de vontade, subsistiu, intacta, até a morte.<sup>47</sup>

E tanto isso é certo que, nessa hipótese, não haverá espaço, na partilha, para a atribuição de um lote de bens ao cônjuge sobrevivente, a título de *meação*.

O acórdão da 3ª Turma era, como dito e demonstrado, infeliz. Vejo, pois, com bons olhos o fato de o próprio Superior Tribunal de Justiça, a partir de julgamentos ocorridos no ano de 2014, ter abandonado aquela orientação e passado a adotar a tese que desde sempre sustentei. É o que agora se identifica não só no âmbito de sua 3ª Turma (com nova composição, ressalte-se), mas também no da 2ª Seção.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> Entre aspas, trecho do voto do Ministro João Otávio de Noronha no REsp. nº 1.346.324-SP. Acrescentou o Ministro tratar-se de raciocínio “elementar”.

<sup>47</sup> “Não se trata de comunicação de patrimônios, não se podendo confundir regime de bens com direito sucessório. Com a morte extinguiu-se o regime (...)” (DELGADO, Mário Luiz. “*Controvérsias ...*”, p. 433).

<sup>48</sup> REsp. nº 1.346.324-SP, 3ª Turma, Rel. p/acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 19.08.2014; REsp. nº

Os acórdãos e votos que formaram a expressiva maioria, em cada uma daquelas oportunidades, reconheceram que, no sistema do vigente Código Civil, o cônjuge é, *sempre*, herdeiro necessário; que a separação obrigatória, mencionada no art. 1.829, nº I, é apenas aquela de que trata o art. 1.641; que os casos em que o cônjuge não concorre com descendentes devem ser interpretados restritivamente, por se cuidar de exceções; que o pacto antenupcial não produz efeitos após a morte, não tendo o regime de bens “eficácia póstuma”; que a eleição do regime da separação de bens, quando admitida, não faz presumir o desejo dos nubentes de recíproca exclusão na herança, já que a opção pode inspirar-se preponderantemente em outras razões de ordem prática, que não a de impedir a formação de patrimônio comum;<sup>49</sup> que inibir a concorrência, na hipótese, seria condenar o cônjuge sobrevivente a ficar “sem quaisquer bens, sem amparo”,<sup>50</sup> já que inexistente o direito à meação (excluído em função do próprio regime).

Esse derradeiro argumento, aliás, revela que a única interpretação admissível é a que veio a ser mais recentemente acolhida pelo Superior. Em data muito anterior à dos novos julgados, e em oposição à tese neles afinal assentada, uma civilista eminentíssima escrevera que, ao ter por necessária a herança do cônjuge na hipótese de separação convencional, “o Código se afasta de si próprio” e das “bases axiológicas e culturalistas sobre as quais foi edificado”.<sup>51</sup> A mim me parece, com a devida vênia, que o Código ali concretiza valores *constitucionais*, que a doutrina habitualmente relaciona à legítima, como os da *proteção à família*, da *dignidade da pessoa humana* e da *solidariedade*.<sup>52</sup>

Um daqueles julgados recentes<sup>53</sup> acrescentou outro argumento bastante persuasivo: o pacto antenupcial não é instrumento para viabilizar manifestações dos nubentes sobre a sucessão futura de qualquer um deles, ou de ambos. No anterior julgamento do REsp. nº 992.749-MS, foi dito que, em se tratando do regime da separação convencional, o cônjuge “recusou”, no pacto antenupcial, o recebimento de bens integrantes da herança a que eventualmente fizesse jus. Ora, ainda que se tratasse de renúncia expressa, a manifestação de vontade sobre herança não aberta atrairia a incidência do art. 426 do Código Civil, que hostiliza os pactos sucessórios, declarando-os nulos.<sup>54</sup>

1.430.763-SP, 3ª Turma, Rel. p/acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 13.11.2014; REsp. nº 1.472.945-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23.10.2014; REsp. nº 1.382.170-SP, 2ª Seção, Rel. p/acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 22.04.2015.

<sup>49</sup> Veja-se o voto-vista do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva no REsp. nº 1.430.763-SP.

<sup>50</sup> Expressão constante do voto-vista do Ministro João Otávio de Noronha no REsp. nº 1.430.763-SP.

<sup>51</sup> MARTINS-COSTA, Judith. prefácio a “*O cônjuge sobrevivente e seu direito à herança: uma interpretação da disciplina orientada pela Constituição e o Código Civil*”, p. 566.

<sup>52</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro ...*, p. 26-32; BARBOSA, Heloisa Helena. “*Aspectos controversos do Direito das Sucessões: considerações à luz da Constituição da República*”, p. 322.

<sup>53</sup> REsp. nº 1.472.945-RJ.

<sup>54</sup> Veja-se, na doutrina, NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro ...*, p. 105.

Enfrento uma última questão, ainda relacionada à interpretação do art. 1.829, nº I, e aos vínculos entre regime de bens e sucessão. Se o regime for o da comunhão *parcial*, e o falecido tiver deixado bens *comuns e particulares*, concorrem à sucessão o cônjuge e os descendentes. O Código, porém, não dá resposta, de modo explícito, à seguinte indagação: a herança do cônjuge (que, na hipótese, é também *meeiro*) deve incidir sobre que bens? Somente sobre os comuns? Somente sobre os particulares? Ou, indistintamente, sobre uns e outros?

Também neste ponto é possível identificar, no Superior Tribunal de Justiça, decisões conflitantes. Num acórdão de 2009 – que, a rigor, não versava caso de sucessão entre cônjuges, mas entre *companheiros* – foi dito que o viúvo ou a viúva teria “direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens *particulares*, os quais, em qualquer hipótese, são *partilhados apenas entre os descendentes*”.<sup>55</sup> Concorrência nos comuns, mas não nos particulares: assim decidiu o Superior, naquele momento. A meu ver, no entanto, é justamente sobre os bens *particulares* que não pode haver nenhuma dúvida: o cônjuge os herda, em conjunto com os descendentes. A demonstração do ponto me parece simples: a despeito de o regime ser o da comunhão parcial, é perfeitamente possível que não se tivesse constituído patrimônio comum, porque, *v.g.*, o casamento era recente e não houve tempo para aquisições patrimoniais, ou porque o patrimônio do *de cujus* se cingia a bens herdados (Código Civil, art. 1.659, nº I). Ora, a única hipótese em que o cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial *não* concorre com os descendentes é aquela em que *todos os bens eram comuns* (“ou se (...) o autor da herança não houver deixado bens particulares”). Então, se, apesar do regime, todos os bens eram *particulares*, prevalece a *regra* da concorrência, repartindo-se o acervo hereditário conforme o art. 1.832.

A dúvida persiste em relação aos bens *comuns*, sobre os quais o cônjuge supérstite inegavelmente tem direito na qualidade de *meeiro*. Em julgamento recentíssimo (iniciado em 12.03.2014, mas somente concluído em 22.04.2015), a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ampla maioria, concluiu, segundo se lê na ementa do acórdão, que “o cônjuge sobrevivente, casado pelo regime da comunhão parcial de bens, concorrerá com o descendente do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares” e que “a referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens particulares constantes do acervo hereditário do *de cujus*”.<sup>56</sup> No voto (vencedor) do Ministro Sidnei Beneti, Relator original, afirma-se que o direito sucessório do cônjuge, nessa hipótese, incide “*apenas* quanto aos bens particulares que este [o consorte falecido] houver deixado, se existirem” (destaquei).

Um tanto perigosamente, o voto condutor deu relevo ao que denominou “máxima”, segundo a qual “quem é *meeiro* não deve ser herdeiro”. Acho muito difícil a adequada demonstração, no direito brasileiro, dessa “máxima”, considerando que,

<sup>55</sup> REsp. nº 1.117.563-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.12.2009, RSTJ 218/355.

<sup>56</sup> REsp. nº 1.368.123-SP.

nos incisos II e III do art. 1.829, a vocação do cônjuge, para herdar na companhia de ascendentes ou sozinho, não depende do regime de bens, podendo haver ali, simultaneamente, herança e meação. E outro tanto se tem afirmado, em doutrina, no tocante ao regime da participação final dos aquestos.<sup>57</sup>

O acórdão da 2ª Seção rejeitou, porém, o argumento fundado na aplicação analógica da norma sobre a sucessão do companheiro (o *caput* do art. 1.790), afirmando, a propósito, que “[a] coexistência de um tratamento legal diferenciado para disciplinar a sucessão do cônjuge e a do companheiro não desnatura o sistema, muito pelo contrário vem apenas a se acomodar entre as tantas outras distinções já estabelecidas no ordenamento pátrio”.

Como atualizador do último volume da obra maior de Caio Mário da Silva Pereira, manifestei, em nota de rodapé e de forma muito ligeira,<sup>58</sup> a opinião de que a herança do cônjuge, na hipótese examinada no citado acórdão, abrange tanto os bens particulares (sobre os quais, insisto, não pode haver a menor dúvida) *quanto sobre os comuns*. Reconhecendo embora a riqueza do debate e o cuidado com que o tema foi abordado na recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, reafirmo minha posição, porque, aqui como em outros pontos, não cabe ao intérprete estabelecer distinções que a lei não fez.<sup>59</sup>

## 5. A Título de Conclusão

Em seu romance *As intermitências da morte*, José Saramago cria um país onde, por uma razão misteriosa, as pessoas deixam de morrer. Nos primeiros dias, tudo era festa, pois os cidadãos ...

“(...) descobriam, deliciados, que o melhor, realmente o melhor, era agora que estava a acontecer, que já o tinham ali mesmo, à porta de casa, uma vida única, maravilhosa, sem o medo quotidiano da rangente tesoura da parca, a imortalidade na pátria que nos deu o ser, a salvo de incomodidades metafísicas e grátis para toda a gente, sem uma carta de prego para abrir à hora da

<sup>57</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*, p. 227; DIAS, Maria Berenice. *Manual ...*, nº 17.1.4, p. 171; NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro ...*, p. 93; DELGADO, Mário Luiz. *Controvérsias ...*, p. 436.

<sup>58</sup> PEREIRA, Caio Mário Da Silva. *Instituições*, vol. VI, nº 447-A, p. 132-133, nota de rodapé nº 27 (da 22. ed.).

<sup>59</sup> O argumento tem sido usado, em acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, para dar solução ao problema de que anteriormente me ocupei (o da identificação das hipóteses de concorrência entre descendentes e cônjuge): é o que se extrai, por exemplo, do voto do Ministro Relator no REsp. nº 1.472.945-RJ, no qual se lê que o art. 1.829, nº I, “indicou expressamente quais os regimes de bens não comportariam a concorrência entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do falecido, não havendo referência alguma ao regime da separação convencional de bens”; por isso, “incide a reconhecida máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988)” (destaquei). A meu ver, a “reconhecida máxima” vale também para solucionar a questão dos bens sobre os quais, na comunhão parcial, incide a herança do viúvo ou viúva.

morte, tu para o paraíso, tu para o purgatório, tu para o inferno, nesta encruzilhada se separavam em outros tempos, queridos companheiros deste vale de lágrimas chamado terra, os nossos destinos no outro mundo. Posto isto, não tiveram os periódicos reticentes ou problemáticos outra solução, e com eles as televisões e as rádios afins, que unir-se à maré alta de alegria coletiva que se alastrava de norte a sul e de leste a oeste, refrescando as mentes temerosas e arrastando para longe da vista a longa sombra de tãatos. Com o passar dos dias, e vendo que realmente ninguém morria, os pessimistas e os cépticos, aos poucos e poucos no princípio, depois em massa, foram-se juntando ao *mare magnum* de cidadãos que aproveitavam todas as ocasiões para sair à rua e proclamar, e gritar, que, agora sim, a vida é bela”.<sup>60</sup>

Como nada neste mundo é perfeito, nem mesmo quando a morte é abolida, novos e inesperados problemas surgiram. Os donos de funerárias, por exemplo, se viram, de uma hora para outra, “brutalmente desprovidos de sua matéria-prima”; os hospitais não eram capazes de administrar “um engarrafamento como os dos automóveis, o qual tinha sua causa na permanência indefinida de um número cada vez maior de internados que, pela gravidade das doenças ou dos acidentes de que haviam sido vítimas, já teriam, em situação normal, passado à outra vida”; a seu turno, “os lares da terceira e da quarta idade não queriam nem pensar num futuro de trabalho em que os objetos dos seus cuidados não mudariam nunca de cara e de corpo” – um panorama totalmente inédito, que desafiava “os esforços equitativos e o talento planificador de qualquer gestor de recursos humanos”, diante da perspectiva de “cada vez mais idosos internados (...) e cada vez mais gente para tomar conta deles”; e as empresas seguradoras passaram a receber “muitos milhares de cartas (...) de cancelamento imediato das apólices de seguros de vida dos respectivos signatários”, animados estes pela ideia de que, “seria absurdo, para não dizer simplesmente estúpido, continuar a pagar uns prêmios altíssimos que só iriam servir, sem qualquer espécie de contrapartida, para enriquecer ainda mais as companhias”.

Ao saudoso escritor português não ocorreram, todavia, outras consequências inevitáveis daquele inusitado cenário: as leis não mais precisariam se ocupar das consequências da morte; não mais haveria processos cuja causa de pedir ela integrasse; os tribunais, a seu turno, não mais precisariam perder seu precioso tempo em decifrar enigmas relacionados à sucessão; e alguns de nós provavelmente perderiam seus empregos, porque já não mais haveria lições, nem palestras, nem doutrina sobre o assunto.

---

<sup>60</sup> SARAMAGO, José. *As intermitências da morte*, p. 23-24. Os demais trechos citados foram extraídos do mesmo capítulo.



Um outro português ilustre, jurista e professor, ao examinar o direito sucessório de seu país, após a reforma do anos 1970, escreveu que, diante de tantas dúvidas, era possível imaginar que a nova lei se tornaria o “paraíso dos advogados”.<sup>61</sup> O Código Civil brasileiro, no Livro dedicado ao Direito das Sucessões, apresenta graves defeitos e omissões incompreensíveis: passada mais de uma década, subsistem as controvérsias, entre autores e magistrados, acerca de pontos relevantíssimos, que bem poderiam ter sido objeto de um pouco mais de atenção e capricho. Num dos acórdãos há pouco recordados, disse o Ministro Sidnei Beneti que “a variedade de interpretações apresentadas é o exemplo apenas parcial do complexo regramento hereditário com que o novo Código Civil brindou a sociedade nacional”.<sup>62</sup> Só posso imaginar que a palavra “complexo” tenha sido um eufemismo.

Conviria talvez cogitar, também entre nós, de uma reforma legislativa, que, ao menos, tivesse o mérito de sanar as imperfeições mais óbvias. No Brasil, porém, sempre há o risco de uma *reformatio in pejus* ... Muito sinceramente, não sei se, em matéria de sucessões, o Código Civil, se converteu no tão sonhado “paraíso dos advogados”. Mas posso afirmar, com segurança, que ele se tornou o inferno de estudiosos, de magistrados e, é claro, dos jurisdicionados.

#### **Bibliografia (obras citadas)**

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVIII.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Sucessões*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

BARBOSA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: TEPEDINO, Gustavo (org). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra: Almedina, 1990.

CAPOZZI, Guido. *Successioni e donazioni*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2002, t. I.

CARRARO, Luigi. *La vocazione egittima ala successione*. Pádua: Cedam, 1979.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da Família e das Sucessões*. Lisboa: Lex, 1993, v. II.

DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Uma proposta de harmonização do sistema. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (org). *Questões Controvertidas no Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Método, 2005, v. 3.

<sup>61</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Direito das Sucessões*, p. 343.

<sup>62</sup> Voto no REsp. nº 1.368.123-SP.

- DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de Direito das Sucessões*. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2004.
- GUINAND, Jean; STETTLER, Martin. *Droit Civil*. 5. ed. Fribourg: Éditions Universitaires, 2003, v. II.
- GRIMALDI, Michel. *Droit Civil. Successions*. 6. ed. Paris: Litec, 2001.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20.
- LEROYER, Anne-Marie. *Droit des successions*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2014.
- MALAURIE, Philippe. *Les successions. Les libératités*. 3. ed. Paris: Defrénois, 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. Prefácio a COSTALUNGA, Karime. Direito de herança e separação de bens: *uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil*. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 6.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. VI.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. VI.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. VI.
- PITÃO, José António de França. *A posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1994.
- SARAMAGO, José. *As intermitências da morte*. 5ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- STEINAUER, Paul-Henri, *Le droit des successions*. Berna: Stämpfli, 2006.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 8. ed. São Paulo: Método, 2015, v. 6.
- TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto legal do cônjuge viúvo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- VOIRIN, Pierre; GOUBEAUX, Gilles. *Droit Civil*. 25. ed. Paris: LGDJ, 2008, t. 2.