

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

VOLUME 5

JUL/SET 2015

Doutrina Nacional / Ana Carla Harmatiuk Matos / Débora Simões da Silva/ Ivana Pedreira Coelho/ Judith Martins-Costa/Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira

Doutrina Estrangeira / António Pinto Monteiro

Pareceres /Ana Carolina Brochado Teixeira /Anna Cristina de Carvalho Rettore

Atualidades / Paula Greco Bandeira

Vídeos e Áudios / Paulo Lôbo

APRESENTAÇÃO

A **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** tem por objetivo fomentar o diálogo e promover o debate, a partir de perspectiva interdisciplinar, das novidades doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas no âmbito do direito civil e de áreas afins, relativamente ao ordenamento brasileiro e à experiência comparada, que valorize a abordagem histórica, social e cultural dos institutos jurídicos.

A RBDCivil é composta das seguintes seções:

- Editorial;
- Doutrina:
 - (i) doutrina nacional;
 - (ii) doutrina estrangeira;
 - (iii) pareceres;
- Atualidades;
- Vídeos e áudios.

Endereço para contato:

Rua Primeiro de Março, 23 – 10º andar

20010-000 Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Tel.: (55) (21) 2505 3650

Fax: (55) (21) 2531 7072

E-mail: rbdcivil@ibdcivil.org.br

EXPEDIENTE

Diretor

Gustavo Tepedino - Doutor em Direito Civil pela Università degli Studi di Camerino, Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Conselho Editorial

Francisco Infante Ruiz - Doutor em Direito Civil e Internacional Privado pela *Universidad de Sevilla*, Professor Titular de Direito Civil (Direito Privado Comparado) na *Universidad Pablo de Olavide* (Sevilla), Espanha.

Gustavo Tepedino - Doutor em Direito Civil pela *Università degli Studi di Camerino*, Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.

Luiz Edson Fachin – Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná, Brasil.

Paulo Lôbo - Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco, Brasil.

Pietro Perlingieri – Professor Emérito da *Università del Sannio*. Presidente da *Società Italiana Degli Studiosi del Diritto Civile - SISDiC*. Doutor honoris causa da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Coordenador Editorial

Aline de Miranda Valverde Terra

Carlos Nelson de Paula Konder

Conselho Assessor

Eduardo Nunes de Souza

Fabiano Pinto de Magalhães

Louise Vago Matieli

Paula Greco Bandeira

Tatiana Quintela Bastos

PARECER

DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS NO DIREITO SUCESSÓRIO: A SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS E A SUA CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES NOS CASOS DE FILIAÇÃO HÍBRIDA

Doctrinal and jurisprudential divergences in Successions Law: the surviving spouse's succession in case of conventional separation of property regime and his concurrence with a so-called hybrid offspring

Ana Carolina Brochado Teixeira
Doutora em Direito Civil pela UERJ.
Mestre em Direito Privado pela PUC Minas.
Professora de Direito de Família e Sucessões do
Centro Universitário UNA. Advogada.

Anna Cristina de Carvalho Rettore
Bacharel em Direito pela Faculdade de
Direito da Universidade Federal de
Minas Gerais. Advogada.

Sumário: 1. Apresentação da controvérsia – 2. O regime da separação total de bens: semelhanças e diferenças entre os regimes do Código Civil de 1916 e o de 2002 – 3. A condição de herdeiro do cônjuge casado no regime da separação total de bens, em concorrência com os filhos – 4. Critério de divisão da herança na sucessão híbrida: quanto cabe ao cônjuge herdeiro? – 5. Conclusão.

1. Apresentação da controvérsia

Procurou-nos XXX., para saber dos direitos patrimoniais da sua genitora, XXX, em face do falecimento de seu pai, XXX, no que se refere aos direitos como meeira e como herdeira. Além disso, no caso da viúva herdar, pretendem saber qual a proporção do seu quinhão, considerando que o falecido deixou 3 filhos do casamento atual e 1 de casamento anterior.

Tal dúvida originou-se em face do regime de casamento ser o de separação total de bens, a fim de se apurar os direitos dele decorrentes.

2. O regime da separação total de bens: semelhanças e diferenças entre os regimes do Código Civil de 1916 e o de 2002

Para análise do cabimento ou não dos efeitos patrimoniais do regime de bens – notadamente quanto ao direito de meação –, é necessário se reportar à lei vigente à época da contratação do regime de bens. Nesse caso, invoca-se a norma vigente quando da celebração do contrato, razão pela qual é o Código Civil de 1916 que regerá os efeitos patrimoniais oriundos do pacto antenupcial celebrado por XXX e XXX.

Desde o Código Civil de 1916 – como acontece no código atual – a parte do casamento que se refere ao estatuto patrimonial que regerá as regras econômicas entre cônjuges e destes para com terceiros tem natureza de negócio jurídico, de sorte que cabe aos nubentes a livre escolha do seu regime de bens, dentre aqueles previstos em lei ou fruto do livre pacto entre as partes. A ideia que fundamenta o negócio jurídico é a autonomia privada, de modo que as partes têm a liberdade de contratar as regras patrimoniais que lhes são convenientes, de acordo com o estilo de vida que buscam adotar durante a vida em comum.

No Código Civil de 1916, o regime da separação total de bens exigia formalidades para que o regime da completa separação gerasse eficácia. Não era da forma simples que acontece hoje, em que basta a celebração de um pacto antenupcial escolhendo o regime da separação absoluta de bens, o que já implica, automaticamente, na separação de todo o patrimônio do casal, passado, presente e futuro, enquanto forem vivos.

O art. 276 do Código Civil afirmava que:

Art. 276 - Quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele, que os poderá livremente alienar se forem móveis.

Entretanto, esse artigo teve sua interpretação conjugada com o art. 259 do Código Civil, também de 1916:

Art. 259 - Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.

Trata-se de dois dispositivos contraditórios, pois, ao mesmo tempo em que o primeiro estabelece a separação de patrimônios, o segundo estabelece uma regra que, aparentemente, se aplica a todos os regimes de bens que não sejam o da comunhão.¹ Por essa razão, Clovis Bevilacqua afirmou, sobre o art. 259 CCB/1916 que:

Parece desharmonico este dispositivo, num systema, em que se afasta a comunhão de bens, em numerosos casos, como os do art. 258. Depois, se os cônjuges estipulam regimen exclusivo da comunhão, o que se deve supôr é que não a querem, para os bens que, de futuro, lhe vierem. Como, porém, outra é a solução dada pelo Código Civil, cumpre que experimam, claramente, a sua vontade, quanto aos adquiridos, os nubentes que estipularem qualquer regimen exclusivo da comunhão, pois, no silencio do contracto, entendem-se comuns, provenham de título oneroso ou gratuito. Applica-se aos adquiridos o mesmo princípio, a que estão subordinados os bens trazidos para o casal: na falta de declaração em contrario, entendem-se comuns.²

Essa contradição foi abordada pela melhor doutrina, apontando a solução interpretativa para os pactos que contratavam regime da separação total, na vigência do Código Civil de 1916:

1. SEPARAÇÃO DE ALGUNS BENS E REGIME. – Uma coisa é pactuar-se a separação (incomunicabilidade) de alguns bens; outra, pactuar-se o *regime* da separação. Se no pacto antenupcial foi dito que o regime é o da separação, pergunta-se: a) o art. 259 faz entender-se que só se impôs separação aos que têm os cônjuges, e não aos aquestos; b) ou, escolhido o regime, a *disposição* do art. 259 não tem cabimento, uma vez que, sendo regra *dispositiva*, a vontade dos nubentes foi expressa? A questão resume-se em se saber se bastaria a referência ao regime da separação, sem mais caracterizações. Não basta, responderam os antigos Tribunal da Relação de Minas Gerais (4 de maio de 1907, 9 de setembro de 1908, *R. F.*, 10, 468) e Tribunal de Justiça de São Paulo (14 de dezembro de 1917, *R. dos T.*, 24, 324 s.), bem como a antiga Côrte de Apelação do Distrito Federal (Câmaras Reunidas e 2ª Câmara, 4 de agosto de 1921, 10 de dezembro de 1920, *R. do STF.*, 50, 171).

2. SOLUÇÃO DA QUESTÃO DA ESCOLHA DO REGIME. – A solução não foi certa. Quem diz adotar o regime da separação, adota o da separação absoluta, e não o da limitada, a que o Código Civil não se

¹ Tal contradição não mais existe no Código Civil de 2002, na medida em que não há, no referido Código, dispositivo que reflita os dizeres do art. 259 CCB/1916. Portanto, desde 2002, vale a regra de que, quando os cônjuges contratam separação de bens, é este o regime que deverá prevalecer, consoante art. 1.687, que afirma: “Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.”

² BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. 5ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1937, p. 170-171.

reporta, *se bem que o permita*. Mas, dada a uniformidade da jurisprudência, os nubentes prestem toda a atenção às consequências do que escolhem: se não dizem “separação absoluta”, “separação de todos os bens, presentes e futuros”, “completa separação”, “separação dos bens que levam e dos adquiridos”, etc., só impõem, segundo a jurisprudência, separação aos bens que têm no momento de se casarem.³ (g.n.)

Aplicando-se tal interpretação ao caso analisado por este parecer, constata-se que consta no Pacto Antenupcial de XXX e XXX:

O regime de bens a vigorar entre ambos após a realização do casamento será o de **completa separação de bens**, tanto para os bens que cada um deles atualmente possui, como para os que vierem a possuir posteriormente e na constância do seu casamento, ficando cada um dos contratantes com a livre administração dos seus bens. (g.n.)

Conclui-se que os então nubentes, quando do casamento, atenderam às exigências legais e jurisprudenciais da época, no sentido de cuidar para que houvesse completa separação entre seus patrimônios, razão pela qual não há que se falar em existência de meação dos bens adquiridos na constância do casamento entre eles. Não é o que ocorre, entretanto, com o direito hereditário.

3. A condição de herdeiro do cônjuge casado no regime da separação total de bens, em concorrência com os filhos

Antes de mais nada, cabe esclarecer que a sucessão de XXX será regida pelas regras existentes no Código Civil de 2002, pois a lei aplicável nos aspectos sucessórios é a vigente na data da abertura da sucessão, ou seja, da morte.⁴

O regime de bens sempre gerou efeitos *inter vivos*, ou seja, durante a vida das partes envolvidas, de modo que sua eficácia permeava as separações e os divórcios. Mudança substancial desta concepção aconteceu a partir do advento do Código Civil de 2002, na medida em que o regime de bens contratado em vida passou a influenciar a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes, ou seja, de acordo com o art.

³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial*. Tomo VII: Dissolução da Sociedade Conjugal, Casamento. Atual. NERY, Rosa Maria de Andrade. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 447-448.

⁴ É o que determina o art. 1.787 do Código Civil. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.

1.829, I, CCB/02, o regime de bens é a condição para o cônjuge dividir a herança com os descendentes.

O Código seguiu a premissa, nesse aspecto, de proteção patrimonial ao cônjuge, que permeou uma mudança epistemológica da sucessão legítima, em uma visão comparativa entre Código Civil de 1916 e o atual Código. Caio Mário da Silva Pereira já afirmava, outrora, que a densificação da tutela do cônjuge era um caminho a ser seguido:

Em anteriores edições deste volume, e ainda na vigência do Código de 1916, sustentava-se que o direito brasileiro, em relação ao tema deste capítulo, deveria evoluir em dois sentidos: (a) fazer do cônjuge sobrevivente um herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e ascendentes; (b) permitir-lhe concorrer com uns e outros, em propriedade. O novo Código Civil, como se verá no presente número, tornou realidade o que então se recomendava.⁵

O cônjuge passou, a partir de 2002, a ser alvo de tutela sucessória diferenciada - se compararmos com o Código Civil de 1916. O maior exemplo é o cônjuge ter sido alçado à categoria de herdeiro necessário, a fim de lhe conferir garantia da herança.⁶ A doutrina afirma que “a inovação só se justifica pela irresistível intenção de favorecer o cônjuge sobrevivente, participe incontestemente da comunhão de vida e de interesses que caracterizam a sociedade conjugal e que, certamente, não desaparece com a dissolução do casamento”.⁷

Com base nesse pressuposto, o legislador estabeleceu uma regra de tutela patrimonial e hereditária do cônjuge, sob a seguinte premissa: nos regimes e sobre os bens em que há meação, não haverá herança. A ideia foi a de que, por meio da meação, o cônjuge já estaria resguardado, tendo meios de se autoprover e de dar continuidade à sua vida de forma digna.

A premissa que se adota para a interpretação do dispositivo em questão [art. 1.829, I do CC/2002] é a intenção do legislador em não deixar o cônjuge sobrevivente em desamparo ao concorrer com os descendentes.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Direito das Sucessões*. 17ª ed. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 172.

⁶ Ana Luíza Maia Nevares aponta que a justificativa para essa mudança na proteção sucessória ao cônjuge encontra-se nas transformações na estrutura familiar: “Na família nuclear, o cônjuge é o único elemento estável e essencial, uma vez que os filhos, em um determinado momento, irão se desprender daquela entidade, formando a sua própria comunidade familiar. Por esta razão, o Código Civil alçou o cônjuge a herdeiro necessário em propriedade plena (CC, art. 1.845)” (NEVARES, Ana Luíza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Princípios do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 504-505)

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XXI. 3. Ed., p. 217.

Parte-se do princípio pelo qual, em havendo meação, afastada estará a sucessão por concorrência com os descendentes.⁸

Foi com base nessa premissa que o legislador determinou a regra de que o cônjuge concorrerá com os descendentes, exceto nos regimes da comunhão universal de bens, separação obrigatória de bens e comunhão parcial de bens sem bens particulares (art. 1.829, I, CCB/02). Isso significa que, em todos os demais regimes de bens previstos ou não no Código Civil, o cônjuge concorrerá com os descendentes, sobre os bens em que não há comunhão.

Importa destacar que, se a lei fez algumas ressalvas quanto ao direito de herdar em razão do regime de casamento ser o de comunhão universal ou parcial, ou de separação obrigatória, não fez nenhuma quando o regime escolhido for o de separação de bens não obrigatório, de forma que, nessa hipótese, o cônjuge concorre com os descendentes e ascendentes, até porque o cônjuge casado sob tal regime, bem como sob comunhão parcial na qual não haja bens comuns, é exatamente aquele que a lei buscou proteger, pois, em tese, ele ficaria sem quaisquer bens, sem amparo, já que, segundo a regra anterior, além de não herdar (em razão da presença de descendentes) ainda não haveria bens a partilhar.⁹

Essa mudança hermenêutica que tutela o cônjuge em relação aos bens particulares, e ignora os efeitos da autonomia privada que fundamentou o Pacto Antenupcial feito em vida, justifica-se porque a sucessão legítima baseia-se fundamentalmente no Princípio da Solidariedade, previsto no art. 3º, I, da Constituição Federal. Seu escopo é proteger a família, proporcionando-lhe condições de continuar a subsistir sem aquele que poderia ser o provedor.¹⁰ A justificativa da sucessão legítima e da reserva da herança necessária, é assegurar uma solidariedade econômica entre os membros da mesma família.¹¹

A legítima concretiza no direito sucessório a solidariedade constitucional, prevista no art. 3º, I, da Carta Magna, na medida em que preconiza uma

⁸ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 5ª ed. rev. e atual. v. 6. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 152.

⁹ Parte do voto do Min. João Otávio Noronha no REsp 1.111.095-RJ, J. 01/10/09, DJ 11/02/10.

¹⁰ “Garantindo à família a metade dos bens do *de cuius*, efetiva-se a especial proteção que o Estado dispensa a mesma, conforme os ditames do art. 226 da Constituição Federal de 1988. Com a legítima, a família não fica desamparada em virtude da morte do testador, pois se lhe fosse permitido dispor de todo o seu patrimônio, poderia ocasionar, de uma hora pra outra, a ruína e a miséria da comunidade familiar.” (NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Princípios do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 537)

¹¹ WALD, Arnold. *Curso de direito civil brasileiro*, vol. V. São Paulo: RT, 1992, p. 144.

distribuição compulsória dos bens entre os membros mais próximos da comunidade familiar em virtude da morte de um deles.¹²

A sucessão legítima, portanto, é terreno da ordem pública, e não da autonomia privada. Por isso, não é a seara na qual devem ecoar as escolhas feitas outrora pelas pessoas, mas normas protetivas que visam acobertar patrimonialmente a entidade familiar, principalmente o cônjuge – na diretriz atualmente apontada pelo Código Civil.

Nesse caminho de efetivação do Princípio da Solidariedade, a proteção patrimonial ao cônjuge é imperativa, portanto. É possível, inclusive, afirmar-se que o Código Civil de 2002 teve o exposto objetivo de proteger o cônjuge casado no regime da separação de bens, diferenciando-se a redação legislativa do Código anterior para que esse cônjuge passasse a herdar. Dessa forma, o direito das sucessões modifica, por disposição legal, as relações constituídas durante a vida da pessoa.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais vem entendendo pela aplicação da lei em casos como o presente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. CASAMENTO. SEGUNDA NÚPCIA. INEXISTÊNCIA DE FILHOS. PACTO ANTE-NUPCIAL. REGIME. SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. PARTICIPAÇÃO DA VIÚVA COMO HERDEIRA. LEGITIMIDADE. - Consoante se sabe, o regime de casamento uma vez eleito pelos cônjuges torna imutável. - Todavia se um dos cônjuges falece, o sobrevivente do casal herda em igualdade de condições com os filhos havidos por aquele em primeira núpcia. (Agravos nº 1.0024.06.996215-7/001 – Belo Horizonte, 7ª CC, Rel. Des. Belizário de Lacerda)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - DIREITOS SUCESSÓRIOS - CÔNJUGE SOBREVIVENTE - REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS - ARTIGOS 1.829, INCISO I E 1.845, AMBOS DO CC/02 - INTERPRETAÇÃO - CÔNJUGE COMO HERDEIRO LEGÍTIMO E NECESSÁRIO, EM CONCORRÊNCIA COM OS HERDEIROS DO AUTOR DA HERANÇA – (...). A mais adequada interpretação, no que respeita à separação convencional de bens, é aquela que entende ter o cônjuge direitos sucessórios em concorrência com os herdeiros do autor da herança, sendo essa, de resto, a interpretação literal e lógica do próprio dispositivo. Soma-se a isso o fato de que o direito à meação não se confunde com o direito à sucessão. (...). (Agravos de Instrumento nº 1.0024.09.514308-7/001 – Belo Horizonte, Rel. Des. Geraldo Augusto, 1ª CC, j. 13/12/2011)

¹² NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Princípios do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 537-538.

No entanto, um julgado do STJ (REsp 992749/MS) inaugurou uma outra linha de pensamento, minoritária, que prevê ser a separação obrigatória gênero, do qual são espécies a separação legal de bens e a separação total de bens; esta última, sob o argumento de que o regime de bens entabulado por meio de pacto antenupcial também obriga os cônjuges. O segundo fundamento do referido acórdão repousa em aparente antinomia existente entre os arts. 1.829, I e 1.687,¹³ ambos do Código Civil de 2002, “o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada e provocaria a morte do regime de separação de bens”.

Os dois argumentos suscitados pelo STJ, corrente minoritária, não podem prosperar. O primeiro ultrapassa os limites da razoabilidade na interpretação da lei, forçando uma hermenêutica diversa, tendo em vista que a origem e os efeitos dos regimes de separação – legal e convencional – são diversos. O regime da separação legal/obrigatória (previsto no art. 1.641 do Código Civil) tem como origem a inobservância das causas suspensivas, a idade de um dos nubentes ser superior a 70 anos e o casamento com autorização judicial. Percebe-se que as causas são todas de ordem pública, um comando legal, que desconsidera totalmente qualquer manifestação de vontade dos cônjuges. No entanto, para que não haja nenhum tipo de enriquecimento ilícito entre os cônjuges, o STF cuidou de editar a Súmula 377, que diz o seguinte: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” e que, segundo a jurisprudência atual, está em vigor.¹⁴ Logo, percebe-se que esse regime obrigatório acaba se transformando, por força da referida súmula, em comunhão parcial de bens, já que subsiste meação. Independentemente da súmula, a razão pela qual a lei proibiu a concorrência do cônjuge com os descendentes nesse regime é evitar uma antinomia, pois

¹³ **Art. 1.687.** Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

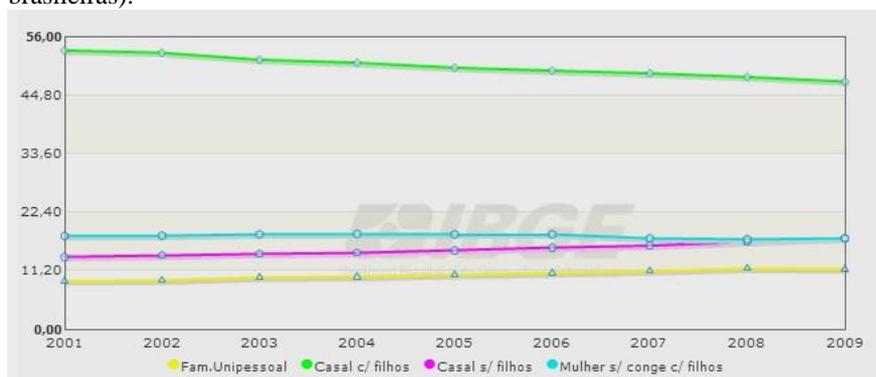
¹⁴ Exemplos da plena aplicação da Súmula 377 do STJ pela jurisprudência atual: “DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE SEXAGENÁRIOS. REGIME DE BENS APLICÁVEL. DISTINÇÃO ENTRE FRUTOS E PRODUTO. (...) 5. Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da **separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial.** (...)” (STJ, REsp 1171820/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, 3ª Turma, j. 07/12/10); e ainda: “DIREITO DE FAMÍLIA - SEPARAÇÃO JUDICIAL - PARTILHA DE BENS - **REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS OBRIGATÓRIO** - BENS ADQUIRIDOS ANTES DA CONSTÂNCIA DA SOCIEDADE CONJUGAL (...) - **No regime de separação de bens obrigatória, nos termos da súmula 377 do STF, serão partilhados os bens adquiridos na constância da união.** Assim, os bens adquiridos antes da celebração do casamento não podem ser partilhados. (...)” (TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.08.272406-0/001 - COMARCA DE GOVERNADOR VALADARES - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. SANDRA FONSECA)

se a lei proíbe qualquer comunicação de patrimônios, não poderia propiciar a comunhão nos casos em que ocorre a maioria das sucessões no Brasil.¹⁵

Situação diversa é a da separação convencional de bens, fruto da autonomia dos próprios nubentes, na qual não há meação. Nesse caso, conforme já informado, o objetivo do legislador foi proteger patrimonialmente o próprio cônjuge - que já não teria meação -, com um quinhão hereditário. Não há que se falar que essa regra sucessória joga por terra a *ratio* do regime de bens – como afirmou o segundo fundamento do acórdão do STJ – pois, conforme já desenvolvemos outrora nesse estudo, o regime de bens tem eficácia *inter vivos*, servindo apenas como condição para determinar o recolhimento ou não de parte da herança, se concorrer com descendentes do autor da herança. Portanto, não há que se falar em jogar por terra o referido dispositivo, em função do limite da sua eficácia; dar-lhe nova interpretação, estendendo seus efeitos para depois da morte é que abala a segurança jurídica afeta às relações patrimoniais, pois tal alternativa hermenêutica contraria expressa disposição legal, vez que o regime de bens previsto no art. 1.647 CC – separação convencional ou total de bens – não se confunde com o determinado no art. 1.641 CC – separação obrigatória ou legal de bens. Para modificação de tal entendimento, seria necessário reforma legislativa, o que ainda não ocorreu.

Logo, julgados que refletem a corrente minoritária e que contrariam expressamente o comando do art. 1.829, I, CC, não têm como prevalecer na atual configuração normativa, sob pena de expressa afronta ao Código Civil. Trata-se de afronta explícita ao dispositivo supracitado, bem como violação implícita à diretriz tomada pelo Código Civil de proteção sucessória ao cônjuge que não tem direito à meação. Como foi possível perceber, houve uma opção legislativa pelo legislador codificador, a fim de tutelar o cônjuge, por ser aquele quem, presumidamente, vive em comunhão plena de vida com *de*

¹⁵ Como se observa pela tabela abaixo, segundo dados do Censo 2010 do IBGE, na maioria das famílias há filhos e cônjuge (famílias de “casais com filhos” representam cerca de 50% do universo das famílias brasileiras):



cujus. E, tendo em vista que o Princípio da Solidariedade é o fundamento da sucessão legítima, o cônjuge que não tem direito à meação por força do regime de bens é, em tese, aquele mais vulnerável patrimonialmente, que mais necessitará da proteção sucessória para não ficar desamparado.

Portanto, podemos afirmar que XXX tem direito a recolher um quinhão em propriedade dos bens deixados por XXX. Veremos, agora, qual seria a proporção desse quinhão.

4. Critério de divisão da herança na sucessão híbrida: quanto cabe ao cônjuge herdeiro?

Ultrapassada eventual dúvida que pudesse subsistir sobre a condição de herdeiro do cônjuge casado sob o regime da separação total de bens, em concorrência com os descendentes do autor da herança, mister analisar quanto cabe ao cônjuge herdeiro, uma vez que se trata de sucessão híbrida. Vejamos o que estabelece o art. 1.832 CC:

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

A lei determina, portanto, que:

a) Se o cônjuge concorrer com descendentes exclusivos do falecido, herdará em igualdade de condições com os mesmos;¹⁶

b) Se o cônjuge concorrer com descendentes comuns, a lei lhe reserva o direito de herdar, no mínimo, ¼ ou 25% do acervo hereditário, uma vez que, quando da sua morte, os bens irão para esses mesmos descendentes.

A grande questão é que a lei é silente em casos em que o cônjuge concorre tanto com descendentes comuns quanto com descendentes exclusivos do autor da

¹⁶ “...não há uma referência idêntica e, conseqüentemente, não há um tratamento diferenciado endereçado ao cônjuge viúvo, se a concorrência se der com descendentes exclusivos do autor da herança, justamente por não serem, estes, relacionados por linha de descendência ao próprio cônjuge que com eles concorre. Assim preferiu o legislador, privilegiando, nesse passo, os herdeiros descendentes, não lhes impondo a obrigação de reservarem, minimamente, a quarta parte do monte partível, mas, ao contrário, determinando que a divisão seja feita por quinhões iguais.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: RT, 2011, p. 408-409)

herança – a chamada “sucessão híbrida”¹⁷ –, como é o caso da sucessão de XXX, que tinha 3 filhos originados do casamento com a viúva e 1 filho de um casamento anterior. Nesses casos, fica a questão: a viúva herdará em igualdade de condições (1/5 ou 20%) com os filhos ou lhe será tutelada a reserva de 1/4 da herança?

Este é um tema de acentuada divergência doutrinária, sobre o qual os autores têm entendido que, ante o silêncio legislativo, deve-se optar pela regra de divisão da herança em partes iguais entre cônjuge sobrevivente e filhos do falecido.¹⁸ Em suma, eis a corrente majoritária:

A lei inequivocamente exclui o benefício da quota mínima se o cônjuge concorrer com descendentes apenas do *de cuius*, caso em que prevalecerá a regra da divisão igualitária entre todos (partilha por cabeça). O legislador, contudo, não deu explícita solução para o caso (de não rara ocorrência) de haver simultaneamente descendentes comuns e não comuns (por exemplo: filhos do casal e filhos apenas do *de cuius*), havendo quem se incline a reconhecer também aí o direito do cônjuge à quota mínima. Deve-se ponderar, todavia, que a regra que o consagra tem natureza excepcional, merecendo, portanto, interpretação restritiva. Se o art. 1.832 reserva a quota mínima em proveito do cônjuge apenas quando este for *ascendente dos herdeiros com que concorrer*, segue-se que, concorrendo não somente com seus próprios descendentes, bem assim com descendentes *apenas do falecido*, o cônjuge não estará na situação

¹⁷ “O Censo 2010 também investigou a condição dos filhos em relação aos responsáveis ou cônjuges e observou que **16,3% das famílias formadas por casais com filhos podem ser consideradas reconstituídas**, ou seja, os filhos eram apenas do responsável, apenas do cônjuge ou uma combinação dessas duas situações.” (IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impresao.php?id_noticia=2240>. Acesso em: 30 out. 2012). Giselda Hironaka concorda com essa estatística: “É bastante curioso, até, observar esse vazio deixado pelo Código Civil, uma vez que em nosso país a situação descrita é comuníssima, envolvendo famílias constituídas por pessoas que já foram unidas a outras, anteriormente, por casamento ou não, resultando, dessas uniões, filhos (descendência, enfim) de origens diversas. A dúvida que remanesce, diante da ausência de previsão legislativa para a hipótese, diz respeito, afinal, ao fato de se buscar saber se prevalece, ou não, a reserva da quarta parte dos bens a inventariar, a favor do cônjuge sobrevivente, em concorrência com os descendentes herdeiros.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: RT, 2011, p. 408)

¹⁸ Como adiantado, não se trata de posição unânime. A voz divergente de maior peso é a de Francisco Cahali: “Sendo, porém, ascendente de qualquer dos herdeiros com quem concorrer, não importando o grau (mãe-pai, avô-avó, etc.), a participação do viúvo se faz por cabeça, respeitado o limite mínimo de 1/4 da herança em seu favor. Assim, concorrendo com 2 filhos, um deles comum, cada herdeiro receberá 1/3 da herança. Se chamados 3 filhos, pelo menos também um em comum, cada qual receberá 1/4 do acervo. Já sendo a concorrência entre 4 ou mais filhos, com pelo menos um do casal, será destinado 1/4 da herança ao viúvo e o restante (3/4) caberá em partes iguais aos filhos. (...) E assim nos posicionamos pela interpretação objetiva do texto: sendo a prole só do falecido, a participação é uma; mas se o sobrevivente for ascendente dos herdeiros com quem concorrer, está abrangida a situação híbrida, devendo, pois, ser reservada sua parcela mínima de 1/4 na herança, pois não fala a lei em ascendente de todos os herdeiros com quem disputar, ou único ascendente dos sucessores.” (CAHALI, Francisco José. Sucessão decorrente do casamento e da união estável. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 201)

peculiar (a que a lei condiciona o deferimento da fração mínima) de ser ascendente dos demais herdeiros.¹⁹

Consagrando essa tendência, o Enunciado 527 da V Jornada de Direito Civil afirma:

Art. 1.832: Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cujus*, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida.

Outros autores têm criado alternativas intermediárias a essas posições, o que é possível, tendo em vista o silêncio legislativo. Por todos:

Terceira proposta: deriva de critério que prevê a divisão do monte partível em dois submontes, um proporcionalmente correspondente ao número de descendentes comuns e outro proporcionalmente correspondente ao número de descendentes exclusivos, aplicando-se a cada um deles, e a seu turno, as regras próprias. Ao submonte dos comuns, aplicar-se-ia a regra da concorrência com os descendentes comuns (resguardando-se a quarta parte a favor do cônjuge viúvo, ascendente deles); ao submonte dos exclusivos aplicar-se-ia a regra da concorrência com os descendentes exclusivos (dividindo-se em iguais porções, sem a obrigatoriedade de resguardar, minimamente, a quarta parte).²⁰

Essa doutrina intermediária proposta pela Prof^a. Giselda Hironaka tem sido bastante discutida – inclusive, com algumas variações. No entanto, ela traz a consequência inevitável de fazer com que filhos comuns e exclusivos herdem quinhões diferentes, o que é inconstitucional, por ofender o art. 227, § 6º CF/88. Além disso, essa posição não reflete um critério de partilha da herança que espelhe o espírito do legislador, ou mesmo, uma tendência atual da doutrina e jurisprudência.

Por isso, entendemos que a interpretação de maior viabilidade é a da corrente majoritária, que pressupõe que a partilha, nos casos de sucessão híbrida, deve ser operacionalizada de forma igual entre descendentes e cônjuge.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Direito das sucessões. 17. Ed. Atual por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 105.

²⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: RT, 2011, p. 412.

5. Conclusão

Ante todo o exposto, na hipótese fática deste parecer, pode-se afirmar:

❖ tendo em vista que o pacto feito entre XXX e XXX previu todas as regras existentes na época para que o contrato feito entre as partes fosse um ato jurídico perfeito, não há que se falar em direito de meação, devendo ser inventariada a totalidade dos bens em nome do falecido;

❖ a existência de direito hereditário do cônjuge sobrevivente casado no regime da separação total de bens, fruto da autonomia dos cônjuges manifestada por meio de pacto antenupcial antecedente ao casamento, que obedeceu a todos os requisitos estabelecidos pelo Código Civil de 1916. Com base nisso, é possível afirmar que a viúva é herdeira de XXX;

❖ ser igualitária a divisão da herança entre descendentes e cônjuge. Superando a controvérsia existente em casos de sucessão híbrida – quando existem filhos frutos do casamento com o cônjuge sobrevivente e filhos apenas do *de cuius* – acreditamos que a corrente majoritária é a mais coerente com as determinações legais e com a análise sistemática e teleológica da Constituição e do Código Civil de 2002. Por isso, entendemos que o entendimento que prevalecerá será o de que, quando o cônjuge sobrevivente não é ascendente de todos os descendentes, o critério de divisão da herança deverá ser o da igualdade entre todos os herdeiros.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2012.

Ana Carolina Brochado Teixeira

Anna Cristina de Carvalho Rettore