

OS ARTIGOS 1.829, I, E 1.830 DO CÓDIGO CIVIL A PARTIR DA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

UMA PERSPECTIVA FUNCIONALIZADA DO DIREITO SUCESSÓRIO

Marcelo Truzzi Otero

Mestre e Doutor pela PUC/SP. Diretor do IBDFAM. Advogado. Professor da Escola Paulista de Direito, da Fundação Padre Albino, da Unifafibe, da Atame - Cândido Mendes. Autor de livros e artigos doutrinários.

Sumário: 1. Introdução. 2. A concorrência sucessória entre cônjuges e os descendentes no STJ. 3. Artigo 1.830 do Código Civil na legalidade constitucional. 4. Conclusões. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal alterou substancialmente o panorama jurídico das relações privadas, até então caracterizadas pela tutela marcante do patrimônio em detrimento dos próprios sujeitos envolvidos. A tutela da personalidade estava restrita, em visão absolutamente canhestra, à tutela do patrimônio, e não precisamente da pessoa do seu titular.

A positivação de princípios no texto constitucional, com o merecido destaque para a dignidade e para a solidariedade, valorizou a pessoa humana, obrigando o operador do direito a uma releitura de conceitos e de institutos jurídicos clássicos, como a propriedade, o contrato, a empresa, a família, realinhando-os, em escala axiológica, às diretrizes constitucionais que impõem o respeito e a valorização da pessoa humana acima de tudo.

Na síntese de Eroulths Cortiano Júnior,¹ “o direito brasileiro encontra na Constituição Federal de 1988 uma nova tábua valorativa, consistente na jurídica supremacia dos valores existenciais da pessoa humana sobre os aspectos patrimoniais da existência”.

¹Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155-166.

Nesta mirada constitucional, em que o *ter* cedeu ao *ser*,² os institutos jurídicos tradicionais adquiriram contornos existenciais e serão merecedores de tutela jurídica somente se estiverem em perfeita harmonia com a perspectiva promocional e funcionalizada que lhes é inerente, observados o contexto inclusivo e protetivo da pessoa humana em cada caso concreto. Merecedor da tutela jurídica é o sujeito, considerado objetivamente em todas as suas particularidades, e não mais o instituto em si.

Não basta, portanto, que seja meramente lícito para ter-se como jurídico, é preciso que “o ato seja merecedor de tutela e esse juízo deve ser feito à luz dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico”,³ observando que a tutela da dignidade e a solidariedade, princípios fundamentais dos quais emanam outros tantos princípios, não constituem um direito apenas, mas um dever a ser observado em todas as relações privadas.

Nada há de ilegal na desconsideração de uma norma de direito privado que contrariar aos vetores constitucionais da tutela da dignidade e da existência. Ilegal é “aplicar uma lei, em sua literalidade, para gerar uma injustiça, em confronto com os princípios constitucionais como o da solidariedade e da dignidade da pessoa humana”,⁴ afinal, estaríamos diante de uma verdadeira subversão da hierarquia normativa, prestigiando leis ordinárias em detrimento de normas constitucionais.⁵

Dentro desta ótica, os institutos jurídicos marcadamente privados passaram por indispensável releitura de modo a conformá-los à ordem constitucional, sempre atenta à perspectiva funcionalizada e promocional da dignidade da pessoa humana.

Sem se apartar da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, o contrato passou a contar com um olhar mais atento e personificado dos contratantes, reconhecidamente figuras centrais, ganhando contornos mais humanos a partir do equilíbrio mais efetivo, e menos formal, entre os contratantes. Assim, o contrato foi revalorizado pelos deveres anexos de conduta⁶ e pela própria função social que deve desempenhar.

A propriedade, ainda marcada pelo caráter individual e absoluto, também foi funcionalizada, não apenas na ótica do titular, mas também na da própria coletividade. A função social, o respeito ao meio ambiente, a positivação do abuso de direito na legislação infraconstitucional, a moradia

²Verifica-se a tendência do Direito Civil: “uma gradativa substituição da natureza patrimonializante das relações civis para a personalização delas ou o que muitos de nós temos chamado “repersonalização” das relações civis, um redirecionamento do *ter* para o *ser*. Primeiro o homem, depois seu patrimônio, e não o inverso, como sempre houve na codificação liberal.” (LÔBO, Paulo. In: TORRES, Faber et al. (Org.) *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio Janeiro: Campus Elsevier, 2011).

³NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 49.

⁴FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, nota 5, p. 19.

⁵Cf. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 18.

⁶Cf. LÔBO, Paulo. Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Civis. In: DELGADO, Mario Luis Regis; ALVES, Jonas Figueiredo (Org.). *Novo Código Civil: Questões Controvertidas*. São Paulo: Método, 2005, v. 4, p. 75-94.

como direito social, a possibilidade do bem de família e a ampliação, pelos tribunais, das hipóteses de impenhorabilidade⁷ contribuem para a compreensão da propriedade como “um instrumento para a tutela de valores fundamentais e extrapatrimoniais”⁸ do titular e das pessoas que dela se beneficiam, com um viés mais humanizado, apartado daquele individualismo exagerado que décadas atrás permitia ao proprietário fazer tudo o que lhe aprouvesse pelo simples fato de ser proprietário. Essa é justamente a função promocional do instituto.

A família não se manteve imune a essa verdadeira revolução. Diferentemente do passado, em que era protegida como ente despersonalizado e abstrato, e reconhecidamente excludente, desigual, discriminatória e excessivamente patrimonialista,⁹ a família atual é igualitária, democrática, plural, pautada no respeito das individualidades de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida.

A exemplo do contrato e da propriedade, a família também foi funcionalizada; mais que funcionalizada, a família foi humanizada, voltou-se para seus membros, conscientizando-se de seu verdadeiro papel como instrumento executor de valores fundamentais, tornando-se o *locus* existencial *por excelência*, destinada a promover o desenvolvimento da personalidade de seus componentes,¹⁰ a partir do afeto, da solidariedade e da cooperação, como se extrai da lição de Luiz Edson Fachin:¹¹

O direito não permanece imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível, família como sendo o mosaico da diversidade, ninho da comunhão no espaço plural da tolerância, valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais e consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões. Eis então o direito ao refúgio afetivo.

⁷REsp 1.022.735-RS, STJ, 4ª T., Min. Rel. Fernando Gonçalves, j. 15.12.2009.

⁸NEVARES, Ana Luíza Maia. *Op. cit.*, p. 6.

⁹A indissolubilidade do vínculo, as restrições ao divórcio livre, direto e imediato; o trato discriminatório dispensado aos filhos havidos fora das “justas núpcias”, à união estável e a própria união entre pessoas de mesmo sexo bem demonstram que os sujeitos das relações familiares ocupavam posição secundária em relação à própria família, ente despersonalizado.

¹⁰FARIAS, Christiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 6.ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, 6v., p. 48: “A família cumpre modernamente um papel funcionalizado, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade”. (Grifos nossos).

¹¹*Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 306.

É sob essa ótica existencial, funcionalizada e promocional, imposta pelo texto constitucional, que analisaremos a concorrência sucessória e a canhestra legitimação sucessória dos cônjuges separados de fato estabelecidas nos artigos 1.829, I, e 1.830 do Código Civil para concluir, no caso do artigo 1.829 da Lei Adjetiva.

2. A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA ENTRE CÔNJUGES E OS DESCENDENTES NO STJ

A pretexto de que os cônjuges não são parentes, a legislação nacional sempre foi pródiga em sonegar direitos sucessórios ao cônjuge sobrevivente. Concorria, para tanto, a convicção equivocada de que a transmissão de patrimônio exclusivamente aos filhos representava forma segura de preservar a unidade patrimonial, mantendo o patrimônio no seio da família. Ao cônjuge somente seria assegurado direito sucessório pleno, com pagamento de direitos hereditários em propriedade, na hipótese de o falecido não deixar ascendentes ou descendentes, o que na prática apresenta-se bastante incomum.

Não tivesse patrimônio particular que lhe assegurasse subsistência, o cônjuge sobrevivente, não raro a mulher, que mantinha uma situação de dependência financeira do marido durante toda a vida, tornava-se dependente dos filhos, e até mesmo dos sogros, após a morte do parceiro, já que a lei não lhe assegurava uma participação hereditária condizente para a manutenção de um mínimo existencial.

O usufruto e o direito de habitação, instituídos com as melhores das intenções pela Lei 3.200,¹² revelaram-se excessivamente tímidos no cumprimento da função promocional inerente ao direito sucessório. Era, e é, preciso garantir ao cônjuge sobrevivente um patrimônio sucessório mínimo que efetivamente lhe garanta continuar vivendo com segurança e independência, inclusive relativamente aos filhos.

Os filhos vão! Formam suas próprias famílias, constituem seus próprios núcleos existenciais. O cônjuge, não! O cônjuge é o parceiro eleito, do dia e da noite, das alegrias e das desventuras, dos grandes e dos mais singulares momentos, é aquele com quem se compartilha a própria vida.

Cônjuge, na feliz expressão de Zeno Veloso,¹³ “é mais que parente. No geral dos casos, considerando a realidade sociológica, se o vínculo conjugal

¹²TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto legal do Cônjuge Viúvo*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 17: “a origem do usufruto encontra-se, pois, no direito sucessório e no direito de família, apresentando-se como um meio de garantir a subsistência pela utilização e fruição de certo bem, sem a necessidade de se transferi-lo à propriedade do beneficiário. Eis, portanto, a função originária do instituto: garantir à viúva não herdeira um padrão de vida compatível com o nível econômico que desfrutava anteriormente à morte do marido, a qual, instituindo-a usufrutuária vitalícia, evitava desfalcar o patrimônio dos filhos ou dos herdeiros instituídos”.

¹³*Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 101.

e a convivência matrimonial perseveraram até que a morte dissolveu aquele estado de comunhão espiritual, de afetos e de vida, que familiar é mais próximo daquele que faleceu do que a viúva ou o viúvo que sobreviveu?”.

Razoável, portanto, e, sobretudo, conforme a legalidade constitucional, que a legislação civil volte os olhos para a pessoa que *até o fim da vida do autor da herança* compartilhou de um projeto existencial, tornando-o merecedor de uma tutela jurídica qualificada.¹⁴

Ressalte-se que o Código Civil deu esse merecido destaque ao cônjuge sobrevivente, conferindo-lhe maior e mais efetiva proteção sucessória. O cônjuge foi qualificado como herdeiro necessário, e não mais facultativo como ocorria na legislação anterior. Foi-lhe assegurado direito de habitação do imóvel que servia de moradia ao casal, independentemente da participação na herança e do regime de bens do casamento,¹⁵ aniquilando as condicionantes da legislação revogada.¹⁶

Manteve-se o direito de acrescer na doação feita ao casal.¹⁷ Legislação específica manteve o tratamento privilegiado na sucessão do cônjuge estrangeiro, assegurando ao cônjuge optar pela lei mais benéfica relativamente aos bens situados no país.¹⁸

A invocação mais significativa do Código Civil deu-se na ordem da vocação hereditária, onde foi assegurar ao cônjuge sobrevivente *concorrência sucessória* com descendentes e ascendentes, com participação hereditária em propriedade, e não mais em usufruto como fazia a legislação revogada,¹⁹ sem prejuízo do recolhimento de todo o acervo hereditário na hipótese de o falecido decair sem deixar descendentes ou ascendentes.

Particularmente no que respeita a concorrência sucessória do cônjuge com descendentes, a doutrina amplamente majoritária²⁰ posicionou-se no

¹⁴As mesmas considerações são extensivas aos companheiros; merecedores de idêntica tutela sucessória.

¹⁵CC/02, Art. 1.830: “Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.”

¹⁶CC/16, Art. 1.611, § 2º: “Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal de bens, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.”

¹⁷CC/02, Art. 551, parágrafo único: “Se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente”.

¹⁸Lei 4.657, de 1942, Art. 10, § 1º: “A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável à lei pessoal do *de cuius*.”

¹⁹CC/02, Art. 1.611, § 1º: “O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do *de cuius*”.

²⁰VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 42; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 170; LOUREIRO, José Eduardo; LOUREIRO, Francisco Eduardo. Alguns Aspectos da Ordem da Vocação Hereditária no Novo Código Civil. In: NANNI, Ettore (Coord.). *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 676; Pereira Rodrigo da Cunha, Rolí Madaleno, Euclides de Oliveira, Mário Luiz Delgado, citados por CAHALI, Francisco José. *Família e Sucessões no Código Civil de 2002 – acórdãos, sentenças, pareceres, normas administrativas e projetos legislativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 2. p. 329.

sentido de que a participação sucessória do cônjuge sobrevivente se dá sobre os bens particulares deixados pelo falecido,²¹ ou seja, sobre bens que o cônjuge não tem direito à meação, em clara expressão de garantia existencial do cônjuge sobrevivente.²²

Fique claro que o propósito do artigo 1.829, I, do Código Civil, foi atribuir tutela protetiva ao cônjuge sobrevivente, outorgando-lhe participação hereditária sobre os bens particulares, com o propósito de evitar o desamparo do cônjuge sobrevivente após a morte do parceiro. Essa parcela do patrimônio particular do falecido atuaria como garantia de um mínimo existencial do cônjuge sobrevivente.

Basta ver que em todos os regimes de bens em que o cônjuge tem a meação de todo o patrimônio (comunhão universal e comunhão parcial sem bens particulares), o legislador categoricamente o afastou da concorrência sucessória com os descendentes, partindo do pressuposto que, tendo a titularidade de metade de todo o patrimônio do falecido, a meação do sobrevivente cumpre, *teoricamente*, a função tutelar que os bens particulares tendem a assegurar.

Portanto, com exceção ao regime da separação obrigatória de bens onde há desarrazoada uma sanção civil, em todos os demais regimes de bens em que o cônjuge não seja meeiro de todo o patrimônio, ele será herdeiro, com participação nos bens sobre os quais não incide a sua meação, ou seja, sobre os bens próprios ou particulares.

Ocorre que em dois precedentes relativamente recentes, o Superior Tribunal de Justiça, confundindo conceitos jurídicos distintos (meação e sucessão), distanciou-se da literalidade do artigo 1.829, I, do Código Civil, apartou-se *mens legislatoris*, afastou-se da doutrina majoritária e, principalmente, desconsiderou a perspectiva funcionalizada do Direito Sucessório contemporâneo.

No Recurso Especial nº 992.749-MS, relatado pela eminente Ministra Nancy Andrighi, entendeu-se que “não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte”, suprimindo, assim e integralmente, o direito sucessório

²¹Enunciado 270, das III Jornadas de Direito Civil: “O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuir bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.”

²²LOUREIRO, José Eduardo; LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Op. cit.*, p. 676: “Pode-se afirmar, em linha geral, que o que procurou o legislador foi conferir ao cônjuge sobrevivente a posição de herdeiro concorrente com a primeira classe, no que se refere aos bens próprios, ou particulares do falecido, vale dizer, aqueles em que o viúvo não figura como meeiro, com o objeto de garantia de seu bem-estar. Pode-se traçar o princípio de que, quanto mais garantido estiver o cônjuge pelo regime de bens do casamento, menor será a sua participação na herança. Essa, aliás, a lição de Miguel Reale, para quem quando o regime legal de bens do casamento era o da comunhão universal, tendo o cônjuge já metade do patrimônio, ficava excluída a ideia de herança. Alterado o regime legal de bens do casamento, a questão mudou de figura, havendo necessidade da criação de mecanismos, no direito sucessório, de garantia do sobrevivente, mediante a inovação do sistema de classes concorrentes.”

do cônjuge sobrevivente.

Segundo a eminente Ministra, declaradamente sensibilizada pela particularidade do caso levado a julgamento – em que senhor de mais de cinquenta anos de idade e com patrimônio já formado casara-se dez meses antes com mulher trinta anos mais jovem quando já acometido de doença incapacitante –, “o fenômeno sucessório traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”, razão pela qual a morte não pode alterar o regramento matrimonial conscientemente contratado em vida.

Exceção à genérica colocação de que o cônjuge falecido já contava com idade avançada e adoentado, o acórdão não dedica uma única linha à análise da situação pessoal do cônjuge sobrevivente ou dos vínculos consolidados entre ele e o falecido durante a vida em comum; não atenta para o trato mantido entre marido e mulher durante o matrimônio extinto prematuramente pela morte de um deles, como exige a vertente humanizada e personalista do Direito Sucessório contemporâneo.

Infere-se, nas entrelinhas do v. acórdão, uma preocupação maior com a preservação do patrimônio para os filhos, com o mesmo viés patrimonialista característico do Direito Sucessório do século passado, esquecendo-se de que o patrimônio foi construído e edificado pelo falecido e que a ele pertence, devendo ser transferido àquelas pessoas caras sentimentalmente a ele, falecido; e não aos filhos.

Não é só nosso legislador que “não crê na sinceridade dos amores crepusculares, desconfia da veracidade das paixões tardias, duvida da autenticidade dos ardores vespertinos, suspeita da honestidade de quem se relaciona afetivamente com pessoa de idade avançada”.²³

Quem pode afirmar categoricamente que o falecido, ao optar pelo casamento pelo regime da separação convencional de bens, não o fez, justamente, para assegurar à jovem esposa parcela de seu patrimônio, dotando-a de patrimônio particular que lhe assegurasse uma existência digna?

Pressupondo-se que a ninguém é dado ignorar lei, o falecido tinha consciência que aquele regime de bens contratado asseguraria à sua esposa parcela de seu patrimônio particular e, mesmo assim, optou conscientemente pelo casamento em regime de separação convencional de bens. Quisesse afastar a parceira de seu patrimônio particular, bastava ter optado pela união estável, já que neste modelo de entidade familiar o companheiro sobrevivente concorre hereditariamente apenas nos bens adquiridos onerosamente durante o casamento.

Não o fez, optando, insista-se, de forma espontânea e consciente, por casar pelo regime da separação convencional de bens; aquele que defere

²³VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69.

tutela protetiva ao cônjuge sobrevivente, mas que foi solapada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Já no Recurso Especial nº 1.377.084-MG, também relatado pela Ministra Nancy Andrighi, a mesma linha de raciocínio do acórdão anterior foi adotada para suprimir, no casamento pela comunhão parcial de bens, a participação sucessória do cônjuge sobrevivente sobre os bens particulares do falecido, assegurando-lhe concorrência sucessória tão somente sobre a meação deixada pelo falecido.

Como razão de decidir, a eminente Relatora obtemperou que:

se o desejo do legislador foi o de evitar que um cônjuge fique ao desamparo com a morte do outro, essa celeuma não se resolve simplesmente atribuindo-lhe participação na partilha apenas dos bens particulares, quando houver, porque podem eles ser insignificantes, se comparados aos bens comuns existentes e amalhados durante toda a vida conjugal. [É] mais justo e consentâneo com a preocupação do legislador [...] permitir que o sobrevivente herde, em concorrência com descendentes, a parte do patrimônio que ele próprio construiu com o falecido, não lhe tocando qualquer fração daqueles outros bens que, no exercício da autonomia da vontade, optou – seja não por elegeo regime diverso do legal, seja pela celebração do pacto antenupcial – por manter incomunicáveis, excluindo-os expressamente da comunhão.

Embora represente um primeiro passo no reconhecimento de que o Direito Sucessório merece uma reanálise a partir de uma perspectiva existencial dos interessados, os fundamentos jurídicos da decisão, *além de contrários ao artigo 1.829, I, do Código Civil*, são casuísticos. Basta imaginar um casamento pelo regime da comunhão parcial de bens *sem bens comuns*, apenas *com bens particulares*, para constatar que o cônjuge, aplicado o entendimento do acórdão em questão, nada receberá hereditariamente, frustrando, assim, toda a tutela legal sucessória do cônjuge sobrevivente estabelecida pelo Código Civil.

Mesmo que o patrimônio comum seja superior aos bens particulares de cada cônjuge, o deferimento da tutela sucessória sobre os bens particulares do falecido, e não sobre a meação dele, é a solução que empresta maior efetividade ao espírito da lei e ao perfil funcionalizado do Direito Sucessório de evitar que “um cônjuge fique ao desamparo com a morte do outro”, como reconhecido pela própria decisão. De fato, se a meação no patrimônio comum for superior ao patrimônio particular do falecido, como ventilado no acórdão, o desamparo do sobrevivente já terá sido evitado com a própria meação.²⁴

²⁴Sem prejuízo deste ponto de vista, fica para reflexão posição interessante adotada nos autos REsp 97.241-DF que, em interpretação teleológica do art. 1.829, I, do Código Civil, concluiu que a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes sobre os bens comuns ou particulares somente terá lugar quando inexistir meação

A razão, talvez, esteja na harmonização de todos os interesses envolvidos sem perder de vista o caráter protecionista conferido pela legislação ao cônjuge sobrevivente e a imperiosidade de assegurar-lhe, por direito sucessório, o mínimo existencial, como fez o próprio Superior Tribunal de Justiça, especificamente no Recurso Especial nº 974.241-DF, relatado pelo Ministro Convocado Honildo Amaral de Mello Castro, ocasião em que, conferindo uma interpretação construtiva e teleológica do artigo 1.829, I, do Código Civil, concluiu que a concorrência sucessória sobre os bens particulares somente terá lugar quando inexista meação capaz de assegurar o bem estar, a segurança e a independência do cônjuge sobrevivente.

Semelhante posicionamento tem a vantagem de conformar-se à finalidade e ao perfil promocional do artigo 1.829, I, do Código Civil, com a vantagem de possibilitar, dentre esta interpretação construtiva, assegurar tutela sucessória ao cônjuge sobrevivente em regimes de bens em que, teoricamente, não haja previsão de concorrência sucessória, como é o caso da comunhão universal, mas que na hipótese prática não exista meação, e sim apenas bens particulares.

Poder-se-ia objetar que semelhante posicionamento faz distinção onde a lei não distinguiu, ou que ele abre um flanco enorme para interpretações subjetivas. Idêntica crítica foi endereçada ao Código Civil, permeado de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados, fator de inicial insegurança para os operadores do direito que ponderavam para o enorme poder conferido aos aplicadores do direito. Passados dez anos de vigência do Código Civil, a jurisprudência construída a partir dos critérios teleológicos e sistemáticos não poderia ser mais positiva. Que se construa, então, um regramento sucessório humanizado e funcionalizado, atento à finalidade e ao sentido teleológico da lei!

3. ARTIGO 1.830 DO CÓDIGO CIVIL NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

Embora clara a intenção do legislador de conferir ao cônjuge uma tutela sucessória qualificada, o Código Civil, como toda a legislação infraconstitucional, deve ser interpretado à luz da legalidade constitucional, sob pena de subversão hermenêutica e quebra da unidade sistemática. Nessa perspectiva, o Direito Sucessório socorre-se do Direito de Família para, em execução do dever de solidariedade entre pessoas próximas, indicar aquelas que serão chamadas à sucessão.

Pressupondo que a família *constitucionalizada* é compreensível

capaz de assegurar o bem estar e a independência do cônjuge sobrevivente: “É excepcional a concorrência entre os descendentes e o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de comunhão parcial de bens com o *de cuius*, prevista na parte final do artigo 1.829, inciso I, do CC/02. Subsiste a concorrência, e tão-somente nestas hipóteses, se inexistentes bens comuns ou herança a partilhar, e o falecido deixar apenas bens particulares, tendo em vista o caráter protecionista da norma que visa não desamparar o sobrevivente nessas situações excepcionais”.

como espaço de realização pessoal afetiva fundada na “solidariedade, na cooperação, e no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida”,²⁵ não é concebível que a legislação infraconstitucional atrele a qualidade de herdeiro do cônjuge à simples existência de vínculo matrimonial desvinculada daqueles atributos próprios e indissociáveis das relações familiares, ou, tão grave quanto, que condicione a legitimação sucessória do cônjuge sobrevivente separado de fato à culpa ou à inocência do falecido, como faz o artigo 1.830 do Código Civil,²⁶

Como bem observado por Pietro Pierlingieri:²⁷

o sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações familiares de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual de vida.

O que empresta suporte fático e jurídico à legitimação sucessória entre cônjuges é o elo espiritual e afetivo que os une, ou a persistência, ao tempo da morte, de um projeto conjugal substitutivo do afeto e da unidade espiritual, quando ausentes o vínculo espiritual e afetivo.²⁸

Entre casais separados de fato inexistente esse elo espiritual e afetivo, como também não existe projeto conjugal comum que lhes confira legitimidade para reclamarem a condição de herdeiros reciprocamente. Se não há mais afeto, inexistente solidariedade e cooperação recíproca, ausente um projeto parental comum, não há mais casamento, tanto no plano dos fatos, quanto no dos sentimentos, subsistindo apenas uma reminiscência cartorial que se mostra imprestável a produzir efeitos patrimoniais, como já observava Mario Aguiar Moura²⁹ em antiga lição:

Esse hiato entre casamento e sociedade conjugal (caracterizada pela presença de afeição ou projetos comuns) é tido pela doutrina³⁰ e pela

²⁵LÓBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13.

²⁶CC, “Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que a convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.”

²⁷*Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 244.

²⁸É o caso de casais que, em nome dos filhos, mantêm um casamento despido de afeto. Embora inexistente, interesses comuns os mantêm vinculados, persistindo, pois, um projeto conjugal ao tempo da morte que lhes legitima a herança.

²⁹*Divórcio: questões controvertidas*. Canoas: Vendramim, [s.d], p. 207.

³⁰CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 9.ed. São Paulo: RT, p. 816-817; ALVIM, Tereza Celina de Arruda. Entidade Familiar e Casamento Formal: Aspectos Patrimoniais. *Revista de Processo*, RT, v. 70, p. 170.

jurisprudência³¹ como suficiente para a cessação de regime de bens, como se constata no ilustrativo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, relatado pelo eminente Desembargador Alves Braga, estando em vigor o Código Civil de 1916, quando o regime de bens então se caracterizava pela imutabilidade:

se o decurso do tempo gerou para os cônjuges o direito de postular a ruptura do vínculo conjugal, de fato desfeito pela longa separação e manifesta impossibilidade de reconciliação, não se há que falar em comunhão de bens onde tudo se rompeu: dever de fidelidade, *affectio maritalis*, vida em comum, respeito mútuo, criação da prole. O regime de bens é imutável sim. Mas se o bem foi adquirido quando nada mais havia em comum entre o casal, repugna ao direito e à moral reconhecer a comunhão apenas de bens e atribuir a metade desse bem a outro cônjuge.³²

Paradoxalmente, os mesmos fundamentos éticos e jurídicos que se mostram suficientes para afastar os efeitos patrimoniais do regime de bens após separação fática do casal, impedindo a comunicação de patrimônio adquirido durante o período da separação fática, incompreensivelmente não sensibilizou o codificador de 2002 no trato do Direito Sucessório. Em clara inversão hermenêutica, o Código Civil disciplinou o direito sucessório do cônjuge sobrevivente de modo isolado, apartado, sem conexão com o Direito de Família, fonte inspiradora da própria ordem da vocação hereditária, como se isto fosse possível.

Enquanto o livro IV do Código Civil, dedicado ao Direito de Família, valorizou o elemento existencial do casamento,³³ mitigou a culpa,³⁴ enfatizou o trato e o afeto nas relações de parentesco³⁵, o livro seguinte, que trata do Direito das Sucessões, cerrou os olhos para estes avanços ao permitir, na literalidade do artigo 1.830 do Código Civil, que o cônjuge separado de fato concorra à herança, inclusive nas sucessões abertas após dois anos da separação fática, bastando, nesta hipótese, demonstrar que “não deu causa à separação”.

Não há razoabilidade ou sentido lógico para a diversidade de tratamento da matéria que, como pano de fundo, deita suas raízes no afeto e na solidariedade, inexistentes entre pessoas separadas de fato. O

³¹REsp 10.278/SP, REsp 60.80-RJ; REsp 555.771-SP; REsp 226.288, Ap. Cível 243.265, TJSP, Rel. Des. Pereira da Silva, Ap. Cível 249.925-1/5, TJSP, Rel. Mattos Faria; Ap. Cível 262.752-1/7, TJSP, Rel. Des. Ermani de Paiva.

³²Apelação Cível 94.780-1, TJSP, Rel. Des. Alves Braga, j. 3.10.1988, *RJTJSP* 114/102.

³³CC, Art. 1.511. “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

³⁴CC, 1.704. Parágrafo único. “Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência”.

³⁵CC, Art. 1.593. “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou *outra origem*”.

Direito de Família orienta e instrumentaliza o Direito Sucessório de modo que, ausente elemento ético e jurídico para a comunicação de bem após a separação de fato do casal, ausente também estará o mesmo elemento ético e jurídico indispensável à legitimação sucessória, como atenta Ana Luiza Maia Nevares:³⁶

modificado o conceito de família, introduz-se o princípio que põe a *ratio*, o fundamento básico, do matrimônio e da vida conjugal na afeição dos cônjuges e “na necessidade de que perdure completa comunhão” entre os mesmos. [...] Na medida em que se concebe hoje a família como o *locus* onde se busca a felicidade e a paz, sendo um refúgio dos seres humanos, diversa conclusão não seria pertinente.

Assim, a separação de fato demonstra que cessou o pressuposto do casamento, qual seja, o afeto entre cônjuges. Não há mais comunhão de vida e de espíritos, sendo afastada, portanto, a razão da sucessão hereditária do cônjuge supérstite.

Não será preciso, portanto, aguardar dois longos anos de separação de fato, como cogitou respeitável corrente,³⁷ para o padecimento do direito sucessório do cônjuge sobrevivente,³⁸ como também não terão lugar discussões sobre a responsabilidade pela separação após aquele prazo bienal referido no artigo 1.830 do Código Civil que, ressalta-se, destoa inclusive da sistemática imposta pela Emenda Constitucional 66, responsável pela extirpação definitiva de prazos, de requisitos e de responsabilidades no divórcio.³⁹

³⁶A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 85-86.

³⁷VELOSO, Zeno. Sucessão do Cônjuge no Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Síntese, v. 17, p. 142-148; CAHALI, Francisco José. *Curso Avançado de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 222; DANELUZZI, Maria Helena Marques Bracero. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004, p. 196; PAULINO JUNIOR, Roberto. *O Divórcio atual e sua repercussão no direito das sucessões*. Disponível em: <http://bit.ly/1pkIK83>, p. 8. No mesmo sentido, Ap. Cível 0210833-63.2009.8.269.0007, TJSP, Rel. Des. Salles Rossi, j. 26.07.2012, vu.

³⁸MADALENO, Rolf. O Novo Direito Sucessório Brasileiro. *Revista Jurídica*, v. 291, jan. 2002, p. 42: “Se a ausência de voluntária coabitação é capaz de desfigurar a noção superada de comunicação dos bens conjugais, estando pacificada a compreensão de que só mesmo a convivência conjugal numa habitação copartida é que justifica e autoriza a repartição dos bens, não faz mais qualquer sentido seguir manipulando injustas ilusões de postergar na ficção do tempo o que os cônjuges já encerraram no plano de suas relações. Corpos e espíritos separados não podem gerar comunicação patrimonial fundada apenas no registro meramente cartorial do casamento. Mola-mestra da comunicação dos bens é a convivência conjugal, sendo que a simples separação de fato desativa o regime matrimonial. Portanto, não faz sentido que o novo Código Civil reclame ainda dois longos anos de fátual separação (Art. 1.830 do novo Código Civil), para só depois deste lapso de tempo afastar da sucessão o cônjuge sobrevivente. Ora, se não sobreviveu o casamento no plano fático, não há nexos em estendê-lo por dois no plano jurídico, apenas porque não foi tomada a iniciativa da separação ou do divórcio”.

³⁹Pensamos que a ordem constitucional imposta pelo constituinte de 1988 já autorizava, em respeito à pessoa humana e a valores existenciais, a concessão do divórcio direto ainda que não implementado o prazo bienal do § 6º, do artigo 226º da CF/88, em sua redação original, antes da modificação introduzida pela Emenda Constitucional 66, de 2010, afinal, ninguém pode ser obrigado a permanecer casado ou vinculado ao matrimônio. A Emenda Constitucional apenas tornou indubitosa a questão.

Como bem observado por Rolf Madaleno:⁴⁰

Não mais pode interessar ao direito, como em retrocesso faz o artigo 1.830 do novo Código Civil, tentar demonstrar que o sobrevivente não foi culpado pela separação de fato. Importa o fato da separação, e não a sua causa, pois a autoria culposa não refaz os vínculos e nem restaura a coabitação, mote exclusivo da hígida comunicação de bens. A prova judicial de o cônjuge sobrevivente haver sido inocentemente abandonado pelo autor da herança ou sair pesquisando qualquer causa subjetiva da separação fatural, para caçar culpa de uma decisão unilateral é, mais uma vez, andar na contramão do direito familista brasileiro, que, desde a Lei do Divórcio de 1977, já havia vencido estes ranços culturais.

A ausência da comunhão de vida, atestada pela ruptura da vida em comum com ânimo definitivo, é suficiente para afastar o direito sucessório do cônjuge separado de fato, independentemente de prazos, ou da expiação de culpas. É chegada a hora de protagonizarmos no Direito Sucessório as mesmas evolução e revolução verificadas em todos os demais ramos do direito privado, em especial nas relações familiares.

Sem reduzir a importância do conteúdo patrimonial inerente ao Direito Sucessório, é preciso vê-lo e interpretá-lo com outros olhos, com olhos mais humanos, dentro de uma perspectiva existencial que valorize a pessoa do herdeiro e os vínculos efetivamente mantidos entre ele e o falecido, de modo que o patrimônio outorgado hereditariamente lhe assegure existência digna e inserção social, inegável tradução de solidariedade, de cooperação e da eticidade impostas às pessoas próximas.⁴¹

Na oportuna observação de Gustavo Tepedino,⁴² “o momento é de construção interpretativa e é preciso retirar do elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o, a todo custo, com a Constituição da República”, exigindo dos operadores do direito “um comportamento atento e permanentemente crítico em face do Código Civil para que, procurando-lhe conferir a máxima eficácia social, não se percam de vista os valores consagrados no ordenamento civil-constitucional”.

⁴⁰O novo direito sucessório. In: *Direito Sucessório em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 119.

⁴¹GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 29, p. 11, abr./maio 2005: A concorrência sucessória “propicia a concretização dos princípios da eticidade (sob o prisma da dignidade da pessoa humana daqueles que, autenticamente, mantiveram relações familiares com o falecido até o fim da existência deste); da socialidade (levando em conta o solidarismo social que enfeixa todas as relações jurídicas do sistema jurídico); e da operabilidade (diante da indispensabilidade de as normas jurídicas se tornarem mais próximas da realidade social, sem o distanciamento que tradicionalmente se verificou, especialmente sob a égide do Código Civil de 1916).”

⁴²Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: *A parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. XV.

Dentro deste espírito concluímos que o artigo 1.830 do Código Civil não pode ser lido em sua literalidade, como fez o Tribunal de Justiça de São Paulo.⁴³ Para conformá-lo à legalidade constitucional e emprestar-lhe interpretação harmônica e sistemática, é imperioso suprimir prazos e causas do dispositivo, *reconhecendo Direito Sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato*. Nada além.

4. CONCLUSÕES

A influência exercida pela Constituição Federal nas relações privadas ainda não foi totalmente compreendida e aplicada nas relações sucessórias. Enquanto o contrato, a propriedade, a empresa e a família foram *repersonalizados* a partir de um *viés existencial*, o fenômeno sucessório ainda resiste, como se fosse possível trilhar outro caminho.

A tutela sucessória deve necessariamente ser compreendida em todas as suas perspectivas existenciais e funcionalizadas, distribuindo patrimônio àquelas pessoas importantes e representativas ao autor da herança, e, dentre elas, inegavelmente o cônjuge ocupa posição de destaque.

Por maior e mais incondicional que seja o amor nutrido pelos pais, os filhos seguirão sua sorte e formarão seus próprios núcleos familiares. O cônjuge é o único parceiro fixo de um projeto existencial livre e conscientemente aceito. Razoável, portanto, que lhe seja deferida uma tutela sucessória adequada, assegurando-lhe parcela do patrimônio particular do falecido, sempre que não lhe for assegurado patrimônio comum suficiente que lhe assegure uma vida digna semelhantemente aquela experimentada até o falecimento do outro. O regime de bens atuará, na forma do artigo 1.829, I, do Código Civil, como um critério norteador do Direito Sucessório, mas não será ele, regime de bens, que determinará isoladamente o deferimento de sucessão ao cônjuge sobrevivente, merecedor de tutela sucessória se, convivendo com o falecido ao tempo da sua morte, o patrimônio em comum não lhe assegurar patrimônio mínimo capaz de viver com dignidade.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Tereza Celina de Arruda. Decisão proferida incidentalmente em inventário – meação de patrimônio adquirido por um dos cônjuges durante a separação de fato. *Revista de Processo, Revista dos Tribunais*, v. 70, , p. 166-174, abr./junho 1993.

⁴³Ap. Cível 543.700-4/0-00, TJSP, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 03.02.2009.

CAHALI, Francisco José. *Família e Sucessões no Código Civil de 2002 – acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Curso Avançado de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORTINANO JÚNIOR, Eroulths. Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155-166.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Elementos críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Christiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. Salvador: Jus Podivm, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 29, p. 11-25, abr./maio 2005.

LÔBO, Paulo. O princípio da igualdade e o novo Código Civil. In: TORRES, Faber et al. (Org.) *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio Janeiro: Campus Elsevier, 2011.

_____. Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Civis. In: DELGADO, Mario Luis Regis; ALVES, Jonas Figueiredo (Org.). *Novo Código Civil: Questões Controvertidas*. São Paulo: Método, 2005, v. 4, p. 75-94.

_____. *Direito Civil: Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOUREIRO, José Eduardo; LOUREIRO, Francisco Eduardo. Alguns Aspectos da Ordem da Vocação Hereditária no Novo Código Civil. In: NANNI, Ettore (Coord.). *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 676-717.

MADALENO, Rolf. O Novo Direito Sucessório Brasileiro. *Revista Jurídica*, v. 291, p. 35-44 jan. 2002.

_____. O novo Direito Sucessório. In: *Direito Sucessório em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MOURA, Mário de Aguiar. *Divórcio: questões controvertidas*. Canoas: Livraria e Editora Vendramim, 1985.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PAULINO JUNIOR, Roberto. O Divórcio atual e sua repercussão no direito das sucessões. Disponível em: <http://bit.ly/1pkIK83>. Acesso em: 20 jun. 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Usufruto legal do Cônjuge Viúvo*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

_____. Sucessão do Cônjuge no Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Síntese, v. 17, p. 142-148, abr/maio 2003.