



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

revderprivado@uexternado.edu.co

Universidad Externado de Colombia

Colombia

Santos Sombra, Thiago Luís

A evolução da proteção patrimonial dos cônjuges no direito de família: um estudo de
caso do regime de separação de bens

Revista de Derecho Privado, núm. 30, enero-junio, 2016, pp. 55-82

Universidad Externado de Colombia

Bogotá, Colombia

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417546338003>

- ▶ Como citar este artigo
- ▶ Número completo
- ▶ Mais artigos
- ▶ Home da revista no Redalyc



Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

A evolução da proteção patrimonial dos cônjuges no direito de família: um estudo de caso do regime de separação de bens*

» THIAGO LUÍS SANTOS SOMBRA^{**}

RESUMO: Nos últimos anos, verificou-se no cenário mundial uma onda crescente de alterações legislativas voltadas a proteger a igualdade e a situação patrimonial dos cônjuges. Neste cenário e considerada a mudança do papel das mulheres na sociedade, o Código Civil Brasileiro de 2002 elevou o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, além de lhe ter assegurado prerrogativas como o direito real de habitação e a participação na sucessão no regime de separação convencional de bens. Este artigo terá como objetivo analisar a evolução da proteção patrimonial dos cônjuges sobreviventes a partir de uma ressignificação cultural da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção patrimonial dos cônjuges, Regime de separação de bens, Herdeiros necessários, Cônjuge sobrevivente.

* Pelos comentários e críticas, agradeço a MÁRIO LUIZ DELGADO, OTÁVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR e GIOVANNI ETTORE NANNI. Este artigo é dedicado a meu filho recém-nascido, THOMÁS.

FECHA de recepción: 7 de julio de 2015. Fecha de aceptación: 21 de marzo de 2016.

PARA CITAR EL ARTÍCULO: SOMBRA, T. L. S., "A evolução da proteção patrimonial dos cônjuges no direito de família: um estudo de caso do regime de separação de bens", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 30, enero-junio de 2016, 55-82. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n30.03>

** Profesor de Derecho Privado y candidato a doctor por la *Universidade de Brasília-UnB*, Brasilia, Brasil; Estancia de investigación en *London School of Economics-LSE*, Londres, Inglaterra; Magíster en Derecho Privado por la *Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP*, São Paulo, Brasil; Pós-Graduado en Derecho Privado por la *Università degli Studi di Camerino*, Camerino, Italia, Procurador do Estado de São Paulo, ante o Supremo Tribunal Federal. Contacto: thiagoluis.sombra@gmail.com

Evolución de la protección patrimonial de los cónyuges en derecho de familia: un estudio de caso del régimen de separación de bienes

RESUMEN: En los últimos años, han tenido lugar una serie de cambios legislativos en todo el mundo encaminados a proteger la igualdad de los cónyuges. En este escenario, el Código Civil Brasileño de 2002, siguiendo una tendencia consagrada en la jurisprudencia, reconoció al cónyuge sobreviviente como heredero necesario, mientras que aseguró su derecho real a la habitación y a la partición de la herencia en la separación convencional del régimen de bienes. Este artículo pretende analizar la evolución de la protección de activos del cónyuge sobreviviente según una redefinición cultural de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia do Brasil.

PALABRAS CLAVE: protección patrimonial de los cónyuges, régimen de separación de bienes, herederos necesarios, cónyuge sobreviviente.

The Evolution of Patrimonial Protection of Spouses in Family Law: A Study Case on the Separation of Property Regime

ABSTRACT: In recent years, legislative changes have been occurring worldwide to protect equality between spouses. This article specifically takes into account the Brazilian Civil Code of 2002 which, following a trend established by the jurisprudence, admitted the surviving spouse as a legitimate heir, while guaranteeing his/her right to property and the division of inheritance within the conventional separation of property regime. This article seeks to analyze the evolution of the protection of a surviving spouse's assets according to a cultural redefinition of the jurisprudence by the Superior Court of Justice.

KEYWORDS: Spousal patrimonial protection, Separation of property regimes, Legal inheritance, Legitimate heir, Surviving spouse, Prenuptial agreement.

SUMÁRIO: Introdução. I. Da relevância do pacto antenupcial e da limitação temporal dos seus efeitos. II. Da autonomia da vontade dos cônjuges e dos argumentos contrários à condição de herdeiro necessário (a posição de Reale). III Do regime vigente no CC de 1916. IV. Dos regimes de separação obrigatória e separação convencional de bens (a súmula 377 do STF). V. Da aplicabilidade do art. 1829, I, do CC e da declaração de inconstitucionalidade. Conclusão.

I. Introdução

Ao longo dos últimos anos, tem-se constatado uma crescente onda de alterações legislativas em diversos países voltadas a tutelar com maior ênfase a esfera patrimonial dos cônjuges¹. A doutrina e a jurisprudência constataram que o atual patamar do Direito de Família requer uma elevação de perspectiva², com o objetivo de promover uma ressignificação interna do mito familiar³ e do papel da mulher na sociedade⁴. E a expressão mito familiar, usada por SLAVOJ ŽIŽEK⁵, reflete, em boa medida, a crise do modelo de família centrada essencialmente na autoridade paterna e na sua condição de ferramenta interpretativa.

Neste novo contexto, AMARTYA SEN acentua que as mulheres “já não são mais receptoras passivas de auxílio para melhorar seu bem-estar, elas são vistas, cada vez mais, tanto pelos homens como por elas próprias, como agentes ativos de mudança”, ou seja, de transformações sociais capazes de alterar a vida das mulheres e dos homens⁶. A relação Estado e Família, outrora apontada por ARIS-

1 A título de exemplo, os recentes Códigos Civis da Argentina, República Tcheca e Hungria.

2 FACHIN, L. E., “A ‘reconstitucionalização’ do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios”, *Revista Jurídica*, v. 324, 2004; HIRONAKA, G. M. F. N., “A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, 2006, 153-167; ZARIAS, A., “A família do direito e a família no direito: a legitimidade das relações sociais entre a lei e a Justiça”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 25, n.º 74, 2010, 61-76.

3 A expressão é usada por SLAVOJ ŽIŽEK, que parte da inusitada análise de exemplos de casais de filmes hollywoodianos para evidenciar a crise do modelo de família centrada na autoridade paterna e sua condição de ferramenta interpretativa (ŽIŽEK, S., *Em defesa das causas perdidas*, MARIA BEATRIZ DE MÉDINA (trad.), São Paulo, Boitempo, 2011, 75, 98). Segundo ŽIŽEK, “lição de todos esses impasses não é que se deve contornar o mito familiar e voltar-se diretamente para a realidade social. O que se deve fazer é algo muito mais difícil: destruir por dentro o mito familiar”. E nada como o exemplo do livro *Carta ao pai*, de Franz Kafka, para evidenciar esta crise em torno do modelo de família patriarcal (KAFKA, F., *Carta ao pai*, São Paulo, Companhia das Letras, 2011).

4 SCOTT, A. S., “As teias que a família tece: uma reflexão sobre o percurso da história da família no Brasil” em *História Questões & Debates*, v. 51, 2009, 18. Os melhores exemplos são dados por LUIZ FELIPE MIGUEL e FLÁVIA BIROLI, que elucidam com muita propriedade as fases do movimento feminista (BIROLI, F. e MIGUEL, L. F., *Feminismo e Política: Uma Introdução*, São Paulo, Boitempo, 2014, 32-33), bem como por KIMBERLÉ CRENshaw, no desenvolvimento do movimento conhecido como *Critical Race Theory* (CRT), em torno das relações entre raça, racismo e poder (CRENSHAW, K., *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement*, New York, The New Press, 1995, 53).

5 ŽIŽEK, S., *Em defesa das causas perdidas*, MARIA BEATRIZ DE MEDINA (trad.), São Paulo, Boitempo, 2011, 75, 98.

6 SEN, A., *Desenvolvimento como liberdade*, LAURA TEIXEIRA MOTTA (trad.), São Paulo, Companhia das Letras, 2010, 246. Quanto ao ponto, essencial as observações de SCOTT, A. S., “O caleidoscópio dos arranjos familiares”, Em *Nova história das mulheres no Brasil*, 2.ª ed., São Paulo, Contexto, 2013, 15 e 17; SOIHET, R., “História, mulheres, gênero: contribuições para um debate”, en *Gênero e Ciências Humanas: desafio às ciências desde a perspectiva das mulheres*, Rio de Janeiro, Rosa dos Tempos, 1997, 96.

TÓTELES como de imbricação necessária⁷, ganha contornos de descontinuidade e até oposição⁸.

Neste contexto, o Código Civil brasileiro de 2002, seguindo uma tendência consagrada pela jurisprudência e doutrina⁹, acolheu o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário em algumas modalidades de concorrência com os demais herdeiros, ao passo em que lhe assegurou prerrogativas, como o direito real de habitação e a participação na herança no regime de separação convencional de bens¹⁰.

Entretanto, é importante observar que a participação do cônjuge sobrevivente na sucessão, quando casados sob o regime da separação convencional de bens, não representou um tema inicialmente bem visto por parte da doutrina brasileira, sobremaneira apegada às premissas tradicionais do patriarcalismo¹¹. E é por esta razão que o estudo de alguns temas em Direito de Família como sobrenome, a guarda, a culpa na separação e no divórcio, a outorga conjugal e o regime de bens permite ao intérprete compreender em perspectiva a travessia feita ao longo dos últimos anos¹².

Um desses fatores de recomprensão do Direito de Família se tornou perceptível após reiterados embates nos tribunais brasileiros, mas em especial no Superior Tribunal de Justiça, acerca da sucessão do cônjuge sobrevivente no regime da separação convencional de bens¹³. A escolha deste tema dentre tantos outros caracterizadores de uma nova fase do Direito de Família Brasileiro ocorreu, de fato, porque grande parte dos julgados analisados para o desenvolvimen-

7 ARISTÓTELES, *Política*, São Paulo, Nova Cultural, 1999, 228. Para ARISTÓTELES, “o Estado não pode ser definido apenas como uma comunidade que vive em um mesmo lugar e protege seus membros dos malfeitos e promove a troca de bens e de serviços. Tudo isso deve estar presente em um Estado, mas nem mesmo a presença de cada um desses itens constitui, *ipso facto*, um Estado. O Estado existe para capacitar a todos, famílias e aparentados, a viver bem, ou seja, a ter uma vida plena e satisfatória. Isso só pode ser alcançado quando esses grupos familiares ocupam um único e mesmo território e quando o casamento entre seus membros é permitido”.

8 HOLANDA, S. B. DE, *Raízes do Brasil*, 2^a ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1995, 141-142.

9 CAMPOS, D. L. DE., “O ser humano como ser familiar”, *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, v. 1, 2014, 216.

10 MILAGRES, M. DE O., “Família e liberdade: direito pessoal e direito patrimonial de família”, *Revista de Direito Privado*, v. 56, 2013, 298.

11 BIROLI, F. Y MIGUEL, L. F., *Feminismo e Política: Uma Introdução*, São Paulo, Boitempo, 2014, p. 15, 18; MARQUES, T. C. DE N. Y MELO, H. P. DE, “Os direitos civis das mulheres casadas no Brasil entre 1916 e 1962, Ou como são feitas as leis”, en *Estudos Feministas*, v. 16, n.º 2, 2008, 465.

12 HIRONAKA, G. M. F. N., “A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, 2006.

13 CORTÉS, I. R., “A trilha legislativa da mulher”, en *Nova história das mulheres no Brasil*, São Paulo, Contexto, 2013, 265.

to deste trabalho tinham mulheres como cônjuge sobrevivente¹⁴, o que permite apurar uma série de causalidades assimétricas paralelas¹⁵.

No final do ano de 2014, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reascendeu o debate em torno da forma como se realizará a sucessão legítima quando os cônjuges forem casados mediante o regime da separação convencional de bens. A Corte apreciaria novamente no Recurso Especial n.º 1.472.945/RJ, relator Ministro VILLAS BÔAS CUEVA¹⁶, os deslindes da aplicação do controverso inciso 1 do art. 1829 do Código Civil¹⁷, que, em outubro e dezembro de 2009, respectivamente, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.111.095/RJ¹⁸, relator para acórdão Ministro Fernando Gonçalves, e Recurso Especial n.º 992.749/MS, relatora Ministra NANCY ANDRIGUI¹⁹, havia recebido da Terceira e Quarta Turmas uma interpretação diversa.

Naquela época, a Terceira Turma, mesmo órgão fracionário do aresto em exame, era composta por outros Ministros, os quais votaram unanimemente com a relatora, Ministra NANCY ANDRIGUI, no sentido de que o art. 1829, 1, do Código Civil se aplicava também ao regime da separação convencional de bens.

A despeito da completa reformulação da Terceira Turma em menos de cinco anos, o julgamento do mesmo tema com a adoção do entendimento oposto evidencia um sério problema de método, sistematicidade e perenidade da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na solução de temas complexos.

O cerne da controvérsia examinada neste artigo, que, por sinal, data da entrada em vigor do Código Civil, circunscreve-se à sucessão legítima do cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional de bens, uma vez que o inciso 1 do art. 1829, em princípio, exclui expressamente apenas os casados pelo regime da comunhão universal, separação obrigatória de bens e comunhão parcial, se não houver bens particulares²⁰.

14 BARBIERI, C. B., “A situação da mulher na família: aspectos jurídicos”, *Revista de Direito Privado*, v. 3, 2000, 43.

15 MILAGRES, M. DE O., “Família e liberdade: direito pessoal e direito patrimonial de família”, *Revista de Direito Privado*, v. 56, 2013, 300.

16 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil) Recurso Especial n.º 1.472.945/RJ, Terceira Turma, Relator: Ministro Villas Bôas Cueva, Brasília, 19 de novembro de 2014.

17 Código Civil (Brasil), disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm, Acesso em: 23 de março de 2015.

18 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil), Recurso Especial n.º 1.111.095/RJ, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1.ª Região), Relator para acórdão Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, Brasília, 11 de fevereiro de 2010.

19 Superior Tribunal de Justiça (Brasil), Recurso Especial n.º 992.749/MS, Terceira Turma, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 1.º de dezembro de 2009.

20 No XXI Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em 31 de outubro de 2012, em Niterói-RJ, foi apresentado artigo com temática semelhante, porém com posicionamento em sentido oposto, a partir da análise do Recurso Especial Recurso Especial n.º 992.749/MS, relatora Ministra Nancy Andrighi (ROCHA, M. V. DA; SANTOS, M. S., *O regime matrimonial de separação convencional*).

Além de um confronto entre as duas grandes vertentes doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, ainda merecerá particular análise a disparidade existente entre aquilo que parte dos autores pretende que seja a *interpretação racional*²¹ do citado preceito normativo do Código Civil de 2002 e, de outro lado, aquilo que parece ser a conjugação de critérios normativos capazes de promover a subsunção do suporte fático, sem ultrapassar os parâmetros impostos ao intérprete.

O único ponto de consenso entre doutrina e jurisprudência ao quanto tema situa-se na péssima técnica legislativa utilizada na redação do inciso 1º do art. 1829 do Código Civil 2002, visto que, ao longo dos últimos treze anos, nenhum prognóstico definitivo foi construído. Mais do que uma controvérsia de índole estritamente dogmática, o acórdão contempla uma percepção diversa do nível de proteção que se almejou conferir ao cônjuge sobrevivente após o Código Civil 2002²². E exatamente com enfoque neste prisma que se proporá um confronto dialético de argumentos para dirimir a divergência existente no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, que, em tão exíguo lapso temporal, revelou a instabilidade com que tem exercido a missão constitucional de uniformizar a jurisprudência nacional do Brasil.

Para tentar estabelecer um método em torno da análise de ambos os acórdãos da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a consequente definição dos principais elementos do debate, cumpre sejam apreciados, com maior profundidade, os contrapontos elencados pelo Ministro VILLAS BÔAS CUEVA em seu voto.

II. Da relevância do pacto antenupcial e da limitação temporal dos seus efeitos

No ordenamento jurídico brasileiro, o pacto antenupcial deve ser compreendido como uma figura de índole negocial, cuja manifestação da autonomia privada se limita à definição de um regime de bens diverso do da comunhão parcial. E, no

cional de bens: implicações no direito sucessório, disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f0bf4a2da9525289>, Acesso em: 4 de abril de 2015).

- 21 Quanto ao ponto, afigura-se essencial compreender, a partir de HABERMAS, que a compreensão deontológica do direito deve considerar que, “em primeiro lugar, o discurso jurídico não pode mover-se auto-suficientemente num universo hermético fechado do direito vigente: precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas do direito. Em segundo lugar, condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo”: HABERMAS, J., *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, trad. Flávio Breno Siebeneichler, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Templo brasileiro, 2003.
- 22 ZARIAS, A., “A família do direito e a família no direito: a legitimidade das relações sociais entre a lei e a Justiça”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 25, n.º 74, 2010, 15.

caso em exame, a escolha pela separação convencional de bens invariavelmente envolve um desejo do casal de manter os respectivos patrimônios incomunicáveis em vida, sob o pressuposto de que tal medida proporcionaria uma melhor administração.

A despeito da existência de corrente doutrinária que pretenda atribuir-lhe maior extensão²³, de modo a também comportar a disciplina de temas como os deveres e direitos conjugais, a patrimonialidade é o traço marcante do pacto antenupcial, dada a sua típica natureza contratual.

E um dos primeiros aspectos enfrentados pelo Ministro VILLAS BÔAS CUEVA foi, exatamente, a natureza e os limites de conteúdo do pacto antenupcial, ou seja, sob que circunstâncias a autonomia da vontade do casal, ao definir um regime de bens diverso da comunhão parcial, teria o condão de repercutir em período posterior ao término do casamento, por meio da morte.

Em resposta à corrente doutrinária capitaneada por MIGUEL REALE²⁴, que sustentava a aplicação do inciso 1º do artigo 1829 do Código Civil de 2002 também ao regime da separação convencional, enquanto expressão da autonomia privada de um ato jurídico perfeito celebrado em vida, o Ministro Relator destacou que os efeitos do pacto antenupcial seriam restritos à vigência do casamento, de sorte que não afetaria a forma como se realizaria a sucessão:

... o pacto antenupcial somente pode dispor sobre a comunicação ou não de bens e o modo de administração do patrimônio no curso do casamento, não podendo invadir, por óbvio, outras searas, dentre as quais se destaca a do direito sucessório, cujo fato gerador é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço, a vida em comum²⁵.

A morte põe fim ao casamento (art. 1571, 1º, do Código Civil de 2002) e, por suposto, ao regime de bens nele vigente, de sorte que doravante serão aplicáveis as disposições acerca do Direito das Sucessões²⁶. Entretanto, a premissa utilizada desperta dúvidas quando o acórdão estabelece uma efetiva independência e limitação temporal da autonomia privada corporificada no pacto antenupcial. O

23 CAHALI, F. J., “A súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens”, *Revista do Advogado*, 2013.

24 REALE, M., *História do novo código civil*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2005, 230.

25 HIRONAKA, G. M. F. N., “Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes”, em *Novo código civil: questões controvertidas*, v. 1, São Paulo, Método, 2004, 436.

26 A morte que importa no fim do casamento será tanto a real quanto a presumida, com ou sem declaração de ausência, a teor do parágrafo único do art. 1571 do Código Civil de 2002. Merece particular relevo a configuração de uma hipótese de morte presumida, precedida de declaração de ausência, em que, após o prazo de um ano, será realizada a abertura da sucessão provisória e, posteriormente, ultimada a sucessão definitiva. Observe-se que, no curso da arrecadação dos bens pela ausência, o regime de bens do casal –definido ou não em pacto antenupcial– terá expressiva influência, mormente se o cônjuge desempenhar o papel de curador.

fundamento peca em grande medida por ultimar uma rígida linha de separação que, a rigor, não se evidencia tão inflexível.

Suponha-se, *ad argumentandum tantum*, que o regime objeto de deliberação no pacto antenupcial fosse o da comunhão universal. O argumento em torno da independência e limitação temporal do pacto antenupcial, tal como posto no acórdão examinado, não teria a virtude, *per se*, de isolar os efeitos deste regime patrimonial após a morte de um dos cônjuges. Afinal, a condição de meeiro do cônjuge sobrevivente impactaria sobremaneira na sucessão, a ponto de excluí-lo da partilha dos bens privados. Nota-se, portanto, que o acórdão, quanto ao ponto, padece de dubiedades para justificar o resultado pretendido.

E, exatamente por esta razão, o inciso 1 do art. 1829, ao apontar o regime da comunhão universal como um dos excluídos, culmina por complementar aquilo que anteriormente foi fruto da expressão do pacto antenupcial, o qual propiciou a escolha de um regime de bens diverso da comunhão parcial.

Conquanto utilizado como um mero argumento de reforço, não há, tal como apresentado no acórdão, um patente e incontrastável isolamento temporal do pacto antenupcial que tenha a capacidade, por si só, de restringir as suas consequências ao curso do casamento. São as opções oriundas do pacto antenupcial que propiciam que a sucessão ocorra segundo uma determinada disciplina normativa ou outra. Tal como aludido anteriormente, será o regime da comunhão universal que, por exemplo, acarretará a exclusão do cônjuge supérstite da concorrência na sucessão. A escolha feita no pacto, portanto, será decisiva até mesmo para a sucessão *mortis causa*, conforme bem apontado por GISELDA HIRONAKA:

O primeiro destes pressupostos exigidos pela lei é o do regime matrimonial de bens. Bem por isso o inc. 1 do art. 1829, anteriormente reproduzido, faz depender a vocação do cônjuge supérstite do regime de bens escolhido pelo casal, quando de sua união, uma vez que o legislador enxerga nessa escolha uma demonstração prévia dos cônjuges no sentido de permitir ou não a confusão patrimonial e em que profundidade querem ver operada tal confusão²⁷.

Deste modo, o emprego do referido fundamento merece algumas ressalvas, dada a dificuldade de justificar, de forma coerente e autônoma, a não aplicação do inciso 1 do art. 1829 ao regime da separação convencional.

²⁷ HIRONAKA, G. M. F. N., “Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes”, em *Novo código civil: questões controvertidas*, v. 1, São Paulo, Método, 2004, 437.

II. Da autonomia da vontade dos cônjuges e dos argumentos contrários à condição de herdeiro necessário - a posição de Miguel Reale

Em artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, intitulado *O cônjuge no novo Código Civil*²⁸, MIGUEL REALE sustenta o posicionamento de que o cônjuge supérstite, casado sob o regime da separação convencional de bens, não poderia ser considerado herdeiro necessário, em concorrência com os descendentes. Como um dos argumentos, mencionava REALE²⁹ que o entendimento contrário implicaria uma assimetria com a disciplina do art. 1687 do Código Civil e a escolha feita em vida pelo casal.

A autonomia da vontade era a principal força motriz da objeção de REALE³⁰ e uma de suas principais preocupações quanto a esta linha de interpretação decorria da possibilidade de que, com a morte de um dos cônjuges casado sob o regime da separação convencional, parte de seu patrimônio se transferisse ao cônjuge supérstite, e, posteriormente, aos filhos exclusivos deste ou até a um novo cônjuge. Com isto, o patrimônio se dispersaria em direção a um tronco que não guardaria qualquer vínculo de parentesco com o *de cuius*, de maneira que, para evitar esta situação, melhor seria respeitar a autonomia da vontade externada no pacto antenupcial.

De fato, se trata de hipótese complexa, de difícil equacionamento, que mereceria uma solução *de lege ferenda*, tal como proposto pelo próprio MIGUEL REALE, mediante a supressão da expressão “obrigatória” do inciso 1 do art. 1829. Não obstante a preocupação acerca da comunicação do patrimônio com alguém estranho aos vínculos de parentesco –os herdeiros unilaterais do cônjuge–, o fato é que as razões suscitadas por REALE despertam dúvidas. A rigor, nenhum dado prévio indica que o legislador não pudesse ter feito uma escolha no sentido de primar pela maior proteção patrimonial do cônjuge sobrevivente, tenha ele filhos unilaterais ou não³¹. Ademais, para evitar a ocorrência da apontada dispersão patrimonial suscitada por REALE, suficiente seria a imposição de cláusula de incomunicabilidade sobre os bens.

A título de comparação, o art. 2433 do novo Código Civil argentino optou por excluir os bens particulares sempre que o cônjuge supérstite concorrer com

28 REALE, M., “O cônjuge no novo código civil”, em *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 12 de abril de 2003.

29 REALE, M., *Estudos preliminares do código civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, 63.

30 VIEHWEG, T., *Tópica e jurisprudência*, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (trad.), Brasília, UnB, 1979, 91 menciona ser a autonomia privada um dos principais *topoi* do Direito Civil.

31 MILAGRES, M. DE O., “Família e liberdade: direito pessoal e direito patrimonial de família”, *Revista de Direito Privado*, v. 56, 2013, 300.

os descendentes na sucessão, independentemente do regime de bens do casamento:

Concurrencia con descendientes. Si heredan los descendientes, el cónyuge tiene en el acervo hereditario la misma parte que un hijo. *En todos los casos en que el viudo o viuda es llamado en concurrencia con descendientes, el cónyuge supérstite no tiene parte alguna en la división de bienes gananciales que corresponden al cónyuge prefallecido*³².

Ocorre, todavia, que, acaso fosse acolhida a proposta de alteração legislativa aventada por MIGUEL REALE³³, fatalmente se consumaria a deturpação de uma importante premissa do Direito das Sucessões, a saber: aquele que não é meeiro, merece ser beneficiado de outro modo.

Desde o Código Civil de 1916³⁴, o legislador sempre primou por estabelecer um benefício capaz de compensar a não condição de meeiro do cônjuge sobrevivente³⁵. E, para tanto, basta observar a parte final do inciso 1 do art. 1829, no que promove a exclusão do cônjuge supérstite, em caso de inexistência de bens particulares na comunhão parcial, uma vez que, em tal situação, o sobrevivente seria meeiro dos bens comuns. Este relevante aspecto mereceu particular atenção no acórdão do Recurso Especial 1.472.945/RJ:

Em verdade, revela manifesta contradição admitir-se que, a despeito de o novo Código ter ampliado os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurando ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que fossem os únicos deixados pelo de cujus, e, incomunicáveis na vigência do regime de bens, não teria conferido o mesmo direito ao casado pela separação convencional, cujo patrimônio é inexoravelmente composto somente por acervo particular.

32 Código Civil (Argentina), disponível em: <http://www.nuevocodigocivil.com/>, Acesso em: 2 de abril de 2015.

33 Influenciado por Reale, o Deputado Federal Max Rosenmann (PMDB/PR) apresentou o PL n.º 1792/2007, que almejava excluir o cônjuge sobrevivente da condição de herdeiro necessário, se casado com o falecido no regime de separação de bens, obrigatório ou convencional, mediante supressão da expressão “obrigatória”. O projeto de lei, no entanto, foi arquivado. De se observar que, posteriormente, a Deputada Federal Janete Pietá (PT/SP) apresentou o PL 1.878/2001, com o intuito de promover alteração no inciso 1 do art. 1829 do Código Civil, todavia apenas para explicar que o cônjuge sobrevivente, em regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes somente em relação aos bens particulares. Ou seja, nada mencionou a respeito do termo “separação obrigatória”; ao contrário, o repetiu. O PL foi arquivado pelo encerramento da legislatura em 2014.

34 Código Civil (Brasil) 1916, disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 23 de março de 2015.

35 HIRONAKA, G. M. F. N., “Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes”, em *Novo código civil: questões controvertidas*, v. 1, São Paulo, Método, 2004, 435.

É imprescindível, pois, que seja observada uma equanimidade de tratamento quanto à coerência interna da sucessão legítima, e aquela sucessão decorrente do regime da separação convencional de bens. A rigor, isso se explica pelo fato de o cônjuge sobrevivente ser meeiro do total de bens deixado pelo *de cuius*, em caso de bens particulares no regime da comunhão parcial, na primeira e na última hipótese do inciso 1º do art. 1829 e, logo, estar devidamente amparado.

Na comunhão universal forma-se um patrimônio único e indiviso do casal, composto de todos os direitos e obrigações adquiridos de forma gratuita ou onerosa, móveis ou imóveis, de modo que cada cônjuge tem direito à metade ideal dos bens. Alguns bens, todavia, podem ser excepcionados e não integrar a comunhão de bens, conforme o art. 1668 do Código Civil (cláusula de incomunicabilidade). Este estado de comunhão perdura até a dissolução do casamento e tudo o que um deles adquirir antes ou no curso da relação se comunica ao outro.

No regime da comunhão parcial, ficam excluídos os bens anteriores ao casamento e comunicam-se aqueles adquiridos de forma onerosa posteriormente. Trata-se de uma efetiva comunhão dos bens adquiridos onerosamente no curso do casamento, de modo que existem os bens do marido, da esposa e os comuns.

Por outro lado, pelo regime da separação legal/obrigatória de bens –na modalidade convencional ou legal/obrigatório–, cada cônjuge conserva em seu patrimônio pessoal os bens que possuía antes de se casar. No regime da separação de bens convencional, cuja escolha dever ser realizada por pacto antenupcial, admite-se que os cônjuges disponham sobre a graduação da comunicação de bens³⁶, ao passo que no regime da separação obrigatória, por força do enunciado 377 do Supremo Tribunal Federal³⁷, os bens se comunicam.

Embora o Recurso Especial 992.749/MS, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI³⁸, houvesse manifestado uma compreensão diversa, o enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, citado no acórdão do Recurso Especial 1.472.945, relator Ministro VILLAS BÔAS CUEVA, já havia enfrentado o tema e ambicionado estabelecer doravante parâmetros razoáveis de interpretação.

Enquanto substrato da linha de raciocínio exposta, não se pode olvidar, tal como bem consignado no voto do Ministro VILLAS BÔAS CUEVA, “a indifarçável intenção do legislador de proteger o cônjuge supérstite no Código Civil de 2002”, ao elevar o cônjuge à condição de herdeiro necessário (art. 1845). Não há, a rigor, outra razão pela qual os regimes da comunhão universal e separação obrigatória foram excluídos da sucessão. A inspiração provém do *Codice Civil*.

36 Uma das possibilidades de graduação do regime de bens seria a superveniência de filhos, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal.

37 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil), Súmula 377. Brasília, 3 de abril de 1964.

38 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil), Recurso Especial n.º 992.749/MS, Terceira Turma, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 1.º de dezembro de 2009.

le italiano que, nos artigos 536, 540 e 542 atribui ao cônjuge sobrevivente a condição de herdeiro necessário, independentemente do regime de bens, com a variação apenas do montante a receber, em conformidade com a qualidade do herdeiro com quem concorre:

Art. 536 Legittimari. Le persone a favore delle quali la legge riserva (457, 549) una quota di eredità o altri diritti nella successione sono: il coniuge, i figli legittimi, i figli naturali, gli ascendenti legittimi.

Art. 540 Riserva a favore del coniuge. A favore del coniuge (459) è riservata la metà del patrimonio dell'altro coniuge, salve le disposizioni dell'art. 542 [...].

Art. 542 Concorso di coniuge e figli. Se chi muore lascia, oltre al coniuge, un solo figlio, legittimo o naturale (459, 231, 258) a quest'ultimo è riservato un terzo del patrimonio ed un altro terzo spetta al coniuge. Quando i figli, legittimi o naturali, sono più di uno, ad essi è complessivamente riservata la metà del patrimonio e al coniuge spetta un quarto del patrimonio del defunto. La divisione tra tutti i figli, legittimi e naturali, è effettuata in parti uguali. Si applica il terzo comma dell'art. 537.

CLÓVIS BEVILAQUA também compartilhava esta preocupação à época do Código Civil de 1916, pois defendia que “o cônjuge supérstite deveria fazer parte das duas primeiras classes de sucessíveis, salvo se, pelo regime do casamento, lhe coubesse levantar a metade do patrimônio da família porque, então, já estaria, economicamente, amparado”³⁹. E a preocupação de CLÓVIS à época decorria exatamente do fato de que, naquele momento histórico do país, a situação patrimonial do cônjuge sobrevivente, se mulher, era temerária⁴⁰. Embora efetivamente não se identifique uma relação de parentesco entre cônjuges, o clamor por elevar o nível de proteção da esfera patrimonial de cada um deles consubstancia premissa antiga do legislador brasileiro⁴¹.

É com base neste anseio antigo, por suposto, que o acórdão da relatoria do Ministro VILLAS BÔAS CUEVA promoveu uma pertinente aplicação do inciso I do art. 1829 do Código Civil.

³⁹ BEVILAQUA, C., *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. vi., 9.^a ed., Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1953, 59-60.

⁴⁰ BARBIERI, C. B., “A situação da mulher na família: aspectos jurídicos”, *Revista de Direito Privado*, v. 3, 2000; MARQUES, T. C. DE N. Y. MELO, H. P. DE, “Os direitos civis das mulheres casadas no Brasil entre 1916 e 1962, Ou como são feitas as leis”, en *Estudos Feministas*, v. 16, n.^o 2, 2008, 468.

⁴¹ ZARIAS, A., “A família do direito e a família no direito: a legitimidade das relações sociais entre a lei e a Justiça”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 25, n.^o 74, 2010, 65.

III. Do regime vigente no Código Civil de 1916

Há outro ponto ressaltado no acórdão da lavra do Ministro VILLAS BÔAS CUEVA a merecer um especial enfoque. Ali se registrou que o regime de proteção sucessória do cônjuge sobrevivente, ainda que casado mediante separação convencional, não é uma prática deveras revolucionária por parte do Código Civil. Em verdade, encontrava resquícios já no Código Civil de 1916⁴², ainda que incipientes. DE RUGGIERO afirma que “nesta matéria o Código italiano foi mais além do que foram as legislações precedentes, considerando o vínculo do casamento e a intimidade da vida e de afetos entre marido e mulher como um título não inferior àquele que têm os parentes por vínculo de sangue, e às vezes ainda superior”⁴³.

É oportuno registrar, com o escopo de evitar uma falsa acusação de dissociação com a tradição normativa brasileira, que o Código Civil de 1916, no art. 1611, contemplava a possibilidade de que o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da separação convencional, fosse chamado a suceder na falta de descendentes ou ascendentes, tal como o atual art. 1838 do Código Civil de 2002.

CLÓVIS BEVILAQUA sonhava com uma proposição ainda mais ousada para o antigo art. 1611. Sustentava que “deveria ter ido um pouco além o Código e não deixar o cônjuge desamparado, quando a herança deva ser deferida aos descendentes do pré-morto, por não haver descendentes”⁴⁴.

Constata-se, portanto, que o cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens, figurava na terceira classe de vocação hereditária, o que evindicia não se tratar de um disparate a interpretação construída pelo acórdão do Recurso Especial 1.472.945, relator Ministro VILLAS BÔAS CUEVA. Ao contrário, o art. 1836 do Código Civil de 2002 corrobora a aludida linha de pensamento defendida por BEVILAQUA ao apontar que, na falta de descendentes, o cônjuge sobrevivente sempre concorre com os ascendentes.

Some-se a tal análise o fato de o § 1.º do art. 1611 do Código Civil de 1916 assegurar ao cônjuge sobrevivente, casado no regime da separação convencional, o direito ao usufruto vitalício, e, paralelamente, o Código Civil de 2002 consagrar o direito real de habitação.

Curioso notar, ainda, que o art. 990 do Código de Processo Civil⁴⁵, em sua redação originária, somente admitia a nomeação como inventariante do cônjuge sobrevivente, se casado sob o regime da comunhão de bens (universal ou parcial).

42 MARQUES, T. C. DE N. Y MELO, H. P. DE, “Os direitos civis das mulheres casadas no Brasil entre 1916 e 1962, Ou como são feitas as leis”, em *Estudos Feministas*, v. 16, n.º 2, 2008, 463–488, 469.

43 DE RUGGIERO, R., *Instituições de direito civil*, v. III, 3.ª ed., Antônio Chaves e Fábio Maria de Mattia (trads.), São Paulo, Saraiva, 1973, 497.

44 BEVILAQUA, C., *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. VI, 9.ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1953, p. 71.

45 Código de Processo Civil, (Brasil) 1973, disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 26 de março de 2015.

E assim dispunha, certamente, pelo fato de o cônjuge ser meeiro. Apesar disso, doutrina e jurisprudência admitiam que o cônjuge sobrevivente, ainda que casado mediante separação legal de bens, pudesse ser nomeado inventariante, como uma consequência natural da comunicabilidade de bens assentada no enunciado 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal⁴⁶.

Entremes, o preceito normativo foi modificado pela Lei n.º 12.195/2010 para permitir que o companheiro ou o cônjuge sobrevivente fosse investido no encargo, independentemente do regime de bens. Com isso, beneficiou o companheiro, que participa da sucessão na forma do art. 1790^[47], bem como o cônjuge casado sob o regime da separação convencional que, embora não seja meeiro, participaria da sucessão legítima, nos termos do inciso 1º do art. 1829.

Em linhas gerais, é possível concluir que o regime de proteção sucessória conferido ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da separação convencional, não apresenta, como destacado abaixo no acórdão analisado, qualquer incompatibilidade com o art. 1687, mormente porque oriundo de uma crescente onda de proteção da esfera patrimonial do supérstite, tal como anteriormente explicitado:

Não obstante a truncada redação do art. 1829, 1º, ora em estudo, depreende-se que a regra geral é a concorrência sucessória entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do falecido, com vistas a garantir que o primeiro disponha de um mínimo necessário para sua sobrevivência. Tal proteção se estende ao cônjuge casado pela separação convencional (art. 1.687 do Código Civil), excluindo-se somente no caso de separação por imposição legal (art. 1.641 do Código Civil). O objetivo da regra é garantir o sustento do cônjuge supérstite e, em última análise, a sua própria dignidade, já que, em razão do regime de bens, poderia ficar à mercê de toda sorte e azar em virtude do falecimento de seu cônjuge, fato que por si só é uma tragédia pessoal. A concorrência se justifica justamente por esse motivo, e se coaduna com a finalidade protetiva do cônjuge no campo do direito sucessório, almejada pelo legislador, em histórico avanço, devendo-se observar o princípio da vedação ao retrocesso social (REsp nº 1.329.993/RS,

46 SANTOS, U. P. dos, *Sucessão hereditária: doutrina, jurisprudência e prática*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, 45; MÍLAGRES, M. DE O., “Família e liberdade: direito pessoal e direito patrimonial de família”, *Revista de Direito Privado*, v. 56, 2013, 301.

47 A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.135.354/PB, Relator para acórdão Ministro Teori Zavascki, não conheceu do incidente de inconstitucionalidade suscitado em relação ao art. 1790 do Código Civil de 2002, no que contemplava a sucessão do companheiro. Sem prejuízo, o Supremo Tribunal Federal tem sido instado a se manifestar em diversas reclamações constitucionais contra acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, que têm pronunciado a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, sem a observância da cláusula de reserva de Plenário e da súmula vinculante 10 do STF. Cf. Reclamação 18.896/SP, Relator Ministro Roberto Barroso, DJe. 03.11.2014; Reclamação 10.813/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe. 22.03.2011. Há, ainda, o RE 656.721/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, cuja repercussão geral foi reconhecida.

Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 18/3/2014). Não por outro motivo, Francisco Amaral, antes mesmo do advento do novo Código Civil de 2002, já alertava acerca das tendências do direito civil contemporâneo, no que tange à personalização do direito civil, no sentido da crescente importância da vida e da dignidade da pessoa humana, elevadas à categoria de direitos e de princípio fundamental da Constituição (Direito Civil - Introdução. 3.ª Edição - Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 151-153).

Como decorrência, as normas acerca do concurso hereditário, seja qual for o regime de bens, consoante citado pelo acórdão do Recurso Especial 1.472.945, relator Ministro VILLAS BÔAS CUEVA, “se impõem como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário”, em virtude dos arts. 1655 e 426 do Código Civil de 2002, os quais vedam convenções sobre herança de pessoa viva (*pacta corvina*), inclusive por um pacto antenupcial. E exatamente por esta razão, complementa GISELDA HIRONAKA:

Pode-se concluir, então, no que respeita ao regime de bens reitor da vida patrimonial do casal, que o cônjuge supérstite participa por direito próprio dos bens comuns do casal, adquirindo a meação que já lhe cabia, mas que se encontrava em propriedade condominial dissolvida pela morte do outro componente do casal e herda, enquanto herdeiro preferencial, necessário, concorrente de primeira classe, uma quota parte dos bens exclusivos do cônjuge falecido, sempre que não for obrigatoriedade a separação completa de bens.

De outra feita, se concorrer na segunda, tirante a meação que lhe couber, herda não apenas fração dos bens particulares do *de cuius* como também fração dos bens comuns ao casal⁴⁸.

Uma alternativa *de lege ferenda* seria adotar um modelo parecido ao do Código Civil português, que, no seu artigo 1700, 1, “a” e “b”, admite seja estipulado no pacto antenupcial a restrição do direito sucessório apenas aos cônjuges, excluídos os filhos unilaterais⁴⁹. Ou, de outro modo, a adoção de um instituto seme-

48 HIRONAKA, G. M. F. N., “Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes”, em *Novo código civil: questões controvertidas*, v. 1, São Paulo, Método, 2004, 436.

49 Artigo 1700 (Disposições por morte consideradas lícitas) 1. A convenção antenupcial pode conter: a) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de qualquer dos esposados, feita pelo outro esposado ou por terceiro nos termos prescritos nos lugares respectivos; b) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de terceiro, feita por qualquer dos esposados. Código Civil (Portugal) 1966, disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codicivil.pdf, Acesso em: 25 de março de 2015.

lhante ao *patto di famiglia* do direito italiano (art. 768 *Codice Civile*)⁵⁰, que envolve um contrato por meio do qual o empresário transfere, em vida, no todo ou em parte, o controle ou participação de uma sociedade empresária da qual é titular a um ou a todos os seus descendentes.

IV. Dos regimes de separação obrigatória e da separação convencional de bens - súmula 377 do STF

O acórdão do Recurso Especial 1.472.945, relator Ministro VILLAS BÔAS CUEVA é merecedor de reflexões por diversos fatores, todavia, em um tema específico ele prima, de modo ímpar, pelo método tão essencial à compreensão do Direito Privado.

Ao aludir à redação do inciso 1 do art. 1829 do Código Civil, o Ministro Relator apresenta as distinções entre a disciplina do regime da separação obrigatória de bens –dita legal– e o da separação convencional. Aduz o Relator que, enquanto a separação convencional é fruto da convenção entre os cônjuges por meio do pacto antenupcial, a separação obrigatória decorre de lei, em função de características particulares de um ou ambos os cônjuges, conforme preconiza o art. 1641 do Código Civil de 2002 (causas suspensivas, maior de 70 anos⁵¹ e dependência de suprimento judicial).

Pelo regime da separação de bens em geral, cada cônjuge conserva em seu patrimônio pessoal os bens que possuía antes de se casar. Tal pressuposto se aplica tanto à separação convencional quanto à separação obrigatória ou legal. Em contraposição, as distinções entre ambos os regimes surgem quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, visto que incomunicáveis na separação convencional – da constância até a dissolução do casamento pelo divórcio, nulidade e anulação.

Por outro lado, por força do enunciado 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal estarão sujeitos à comunicabilidade na separação obrigatória ou legal, enquanto medida tendente a corrigir distorções pertinentes à imposição de um

⁵⁰ Art. 768-bis. *Nozione. È patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti* (Legge 14 febbraio 2006, n.º 55).

⁵¹ O enunciado 261 das III Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF) admite seja inaplicado o artigo caso exista união estável anterior ao casamento de idoso de 70 anos. Em relação à imposição do inciso II do art. 1641, há uma série de posicionamentos mediante os quais se declara a inconstitucionalidade incidental do artigo por força de não observar a igualdade e dignidade de idosos de 70 anos. Vários julgados têm pronunciado a inconstitucionalidade incidental e difusa deste inciso, sob o pressuposto de que a imposição do regime de separação obrigatória por força da idade não observa a ideia de proporcionalidade.

regime mais severo ao outro cônjuge⁵². Segundo parte da doutrina, a edição do enunciado sumular 377 foi uma das primeiras hipóteses de mutabilidade do regime de bens, que, a rigor, transformava-se em uma espécie de comunhão parcial⁵³.

Esta peculiaridade concebida pelo enunciado 377 da Súmula do STF decorre da circunstância de que o cônjuge casado pelo regime da separação obrigatória ou legal, em razão de alguma característica do outro, não poderia ter a sua situação patrimonial e sucessória agravada quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união. Com efeito, este acaba sendo o aspecto fulcral para a compreensão adequada do problema, embora a manutenção do regime de separação legal no Código Civil de 2002 tenha sido uma inegável tentativa de sepultar em definitivo as conquistas do enunciado sumular 377 do Supremo Tribunal Federal.

Outra consequência direta da distinção entre os dois regimes de bens ampara-se na necessidade de outorga conjugal para a alienar ou gravar bens imóveis. A teor do art. 1647 do CC 2002, a autorização do outro cônjuge será dispensada no regime da “separação absoluta”. Indaga-se: a qual dos regimes de separação aludiu o art. 1647?

O questionamento é deveras relevante, notadamente se for considerado que os arts. 235 e 242 do Código Civil de 1916 impunham a necessidade de autorização em ambas às hipóteses do regime de separação de bens. No entanto, o Código Civil de 2002, ao admitir a dispensa de outorga conjugal para alienar ou gravar alguns bens, só poderia ter se referido ao regime da separação convencional, por quanto, em virtude do enunciado 377 da Súmula do STF, comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. E se há a comunicabilidade, nada mais razoável do que a imposição de outorga conjugal para alienar ou gravar de ônus determinados bens sob o regime de separação legal⁵⁴.

A menção feita ao termo “separação obrigatória” pelo inciso 1º do art. 1829 do Código Civil somente poderia ter em mira o regime da separação legal do art. 1641 do Código Civil, pois, *a contrario sensu*, se envolvesse também a separação convencional, haveria uma completa falta de sincronia com o enunciado 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, por não tê-la mencionado.

Observa ROLF MADALENO que, “tirante o regime obrigatório, é facultado aos nubentes optarem pelo regime convencional da separação de bens, através do

⁵² MILAGRES, M. DE O., “Família e liberdade: direito pessoal e direito patrimonial de família”, *Revista de Direito Privado*, v. 56, 2013, 301.

⁵³ MADALENO, R., “Do regime de bens”, em *Direito de família e o novo código civil*, 3.ª ed., Belo Horizonte, Del Rey e IBDFAM, 2003, 197-198. A outra modalidade de alteração do regime de bens foi prevista no art. 45 da Lei n.º 6.515/77.

⁵⁴ Superior Tribunal de Justiça (Brasil), Recurso Especial 1.163.074, Relator Ministro Massami Uyeda, DJe 02.02.2010; Recurso Especial 1.199.790/MG, Relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), DJe 02.02.2011.

pacto antenupcial [...]”, numa clara demonstração de que os termos não podem ser compreendidos de forma indistinta⁵⁵.

Deste modo, impecável o acórdão quando assentou que “não é possível considerar incluída a separação convencional na expressão separação obrigatória [...]”, tal como defendia MIGUEL REALE⁵⁶. E este entendimento provém, também, do originário art. 258 do Código Civil de 1916, que empregava o termo “obrigatório” apenas quando elencava as hipóteses em que era imposto o regime da separação legal de bens:

Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:

i. Das pessoas, que o celebrarem com infração do estatuído no art. 183, ns. xi a xvi (art. 216).

ii. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

iii. Do órfão de pai e mãe, embora case, nos termos do art. 183, n.º xi, com o consentimento do tutor, ou curador.

iv. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, n.º xi, 384, n.º iii, 426, n.º i, e 453).

Desse modo, recorrer ao termo “obrigatória”, para sustentar que tanto a separação convencional quanto a legal teriam conotação impositiva, aparenta ser um argumento falacioso. Não restam dúvidas de que não foi empregada a melhor técnica na redação do inciso i do art. 1829 do Código Civil, todavia, além da referência histórica de que a expressão “obrigatória” também foi utilizada pelo Código Civil de 1916 como sinônimo de separação legal, Orlando Gomes elimina qualquer incerteza que poderia existir a respeito:

Provém de duas fontes: a convenção e a lei. Algumas legislações têm-no como regime legal, mas cá entre nós é, de regra, facultativo. Necessário que os nubentes o instituam mediante pacto antenupcial. Em certas circunstâncias, porém, a

55 MADALENO, R., “Do regime de bens”, en *Direito de família e o novo código civil*, 3.ª ed., Belo Horizonte, Del Rey e IBDFAM, 2003, p. 223.

56 REALE, M., *Estudos preliminares do código civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 63.

lei o impõe. Diz-se que, nesse caso, é obrigatório, por ser exigido como sanção, ou por motivos de ordem pública⁵⁷.

A contrário da posição externada no Recurso Especial 992.749/MS, Relatora Ministra NANCY ANDRIGUI⁵⁸, que intentou promover justiça no caso concreto, em detrimento do método e sistematicidade do Direito das Sucessões, observou o Ministro Relator que “não se deve ignorar que, em regra, a motivação do casamento é o afeto que une os cônjuges, além do desejo de constituição de um elo familiar comum”, de sorte que “é a comunhão de vida, a proximidade e a afeição que legitimam a sucessão mútua”.

É notório que, naquele julgamento, o Superior Tribunal de Justiça se afastou de seu mister constitucional de uniformizador da jurisprudência e guardião da legislação infraconstitucional, ao pretender julgar o caso em concreto e, a partir dele, numa contraposição ao método tópico, promover a dedução de uma norma abstrata, a despeito de um problema pouco representativo e universalizador.

V. Da inaplicabilidade do art. 1829, I, do Código Civil e da declaração de inconstitucionalidade – súmula vinculante 10 do Supremo Tribunal Federal

Para efeito de negar aplicabilidade ao inciso I do art. 1829 do Código Civil 2002, tem se constatado um esforço hermenêutico que supera o método e os poderes conferidos ao juiz, na compreensão de DWORKIN⁵⁹. E isto porque, a partir da interpretação do referido preceito normativo seria possível concluir que o legislador almejou restringir a exclusão do art. 1829 ao regime da separação obrigatória ou legal. O fundamental seria, aqui, recorrer à tópica, tal como analisada por VIEHWEG⁶⁰, visto que o modo de identificação das premissas em torno do problema influi de forma decisiva na ordenação de soluções.

Deveras, até o método de interpretação sistemática, com o recurso a todos os elementos apresentados anteriormente, poderia ser invocado para resolver a questão. Acerca da pré-compreensão do fenômeno jurídico, assevera LARENZ que “o texto só responde a quem o indaga corretamente”⁶¹, o que pode ser per-

57 GOMES, O., *Direito de família*, 14.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, 200.

58 Superior Tribunal de Justiça (Brasil), Recurso Especial n.º 992.749. Relator: Ministra NANCY ANDRIGUI.

59 DWORKIN, R., *Levando os direitos a sério*, Nelson Boeira (trad.), São Paulo, Martins Fontes, 2002, 57.

60 VIEHWEG, T., *Tópica e jurisprudência*, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (trad.), Brasília, UnB, 1979, 43.

61 LARENZ, K., *Metodologia da ciência do direito*, 3.ª ed., José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 441.

feitamente complementado por ORTEGA Y GASSET⁶² quando adverte que compreender é, sobretudo, somar perspectivas, observar os diversos enfoques que o legislador almejou englobar.

A par destas observações, reiterados arrestos e autores insistem em submeter ao jugo da expressão “separação obrigatória”, o regime da separação convencional, como subterfúgio à negativa de aplicabilidade do inciso 1 do art. 1829 do Código Civil 2002.

Ao juiz não é dado o poder de discricionariamente não aplicar a lei; ou a aplica, ou a declara inconstitucional, de forma fundamentada. E quanto a este ponto, merece ser feita aqui uma menção a HABERMAS. Ao analisar a teoria de DWORKIN em torno da interpretação construtivista e do modelo abstrato, normológico e silepsista do juiz Hércules, ele observa:

Uma vez que os juízes, que são seres de carne e osso, ficam aquém da figura ideal de um Hércules, a recomendação de orientar-se por eles no trabalho diário nada mais é, na verdade, do que o reflexo do desejo de uma confirmação da prática de decisão, que sempre é determinada através de interesses, enfoque político, parcialidade ideológica ou outros fatores externos. Juízes escolhem princípios e objetivos, construindo a partir daí teorias jurídicas próprias, a fim de ‘racionabilizar’ decisões, isto é, dissimular preconceitos com os quais eles compensam a indeterminação do direito⁶³.

Em grande medida, a postura dos juízes em negar aplicabilidade ao inciso 1 do art. 1829 CC 2002 tem forte relação com as observações de HABERMAS, pois revela escolhas morais e políticas revestidas de uma tentativa de atribuir racionalidade jurídica ao tema. Equivocado é o provimento jurisdicional que simplesmente recusa aplicabilidade a determinado ato normativo, sem a correspondente declaração de inconstitucionalidade, difusa e incidental, com ou sem redução de texto, observada a cláusula da reserva de plenário do artigo 97 da Constituição Federal e a súmula vinculante n.º 10 do Supremo Tribunal Federal⁶⁴.

Adverte PONTES DE MIRANDA⁶⁵ que “o juiz não tem o arbítrio de deitar de lado a questão constitucional, ou as questões constitucionais, que as partes ou os membros do Ministério Público levantarem”. No mesmo sentido, CARLOS ALBERTO LÚCIO BITTENCOURT afirma que “sempre que, legitimamente, o exame

62 ORTEGA Y GASSET, J., “Verdad y perspectiva”, en *El espectador; Obras completas*, t. II, Madrid, Revista de Occidente, 1963, 18-19.

63 HABERMAS, J., *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Flávio Breno Siebeneichler (trad.), 2.ª ed., Rio de Janeiro, Templo brasileiro, 2003, 266.

64 Supremo Tribunal Federal (Brasil), Recurso Extraordinário 179.170. Relator: Ministro Moreira Alves.

65 MIRANDA, F. C. P. de, *Comentários ao código de processo civil*, t. VI, São Paulo, Forense, 1975, 55-56.

da constitucionalidade se apresente útil ou conveniente para a decisão da causa, não devem os tribunais fugir à tese”⁶⁶.

Embora não exista, a princípio, questão constitucional subjacente que autorize o entendimento de que o regime da separação convencional estaria dentre os excluídos pelo inciso 1º do art. 1829 do Código Civil 2002, em conjunto com a separação obrigatória ou legal, a controvérsia ganha esta perspectiva quando se nega aplicabilidade ao referido preceito.

A redação do inciso 1º do art. 1829 é extreme de dúvidas quanto à menção tão somente do regime da separação obrigatória ou legal. Para nela se considerar legitimamente identificado também o regime da separação convencional, ou se pronuncia a inconstitucionalidade da expressão “obrigatória” – se é que há fundamento constitucional para tanto –, ou o legislador promove uma alteração no texto para atender a vertente doutrinária⁶⁷ e jurisprudencial que preconiza a subsistência da incomunicabilidade após a morte, conforme decidido no pacto antenupcial. Terceira via não há, sob pena de inobservância da cláusula da reserva de plenário do art. 97 da Constituição Federal e da súmula vinculante n.º 10 do Supremo Tribunal Federal.

E talvez seja exatamente esta abordagem que tenha sido relegada a segundo plano pela doutrina e jurisprudência. Ao invés de se esmerar em malabarismos hermenêuticos para tentar atingir aquilo que deveria ser coerente com o regime da separação convencional de bens, o debate poderia ter se focado na tentativa de alteração legislativa.

Se a redação do art. 1829, inciso 1º, do Código Civil não guardava conformidade com a essência clássica e coerência interna do regime da separação convencional de bens – ainda que se ignore o propósito do Código Civil 2002 de elevar a proteção do cônjuge sobrevivente –, o caminho percorrido deveria ser o apontado por NELSON NERY e ROSA MARIA ANDRADE NERY⁶⁸, também citados no robusto voto divergente do Ministro MOURA RIBEIRO:

i: 16. Separação convencional. Crítica e sugestão ‘de lege ferenda’. O Código Civil fez uma escolha política: quis, como regra, instituir como herdeiro necessário o cônjuge sobrevivente. (...) De fato, a solução do Código Civil 1829 I não se coaduna com a finalidade institucional do regime jurídico da separação de bens no casamento. Manifestações da doutrina e do público em geral evidenciam, entretanto, que a vontade da lei não corresponderia à vontade geral com relação, principalmente, à condição de herdeiro dos casados sob o regime da

66 BITTENCOURT, C. A. L., *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, 2.ª ed., Brasília, Ministério da Justiça, 1997, 118.

67 LEITE, E. O., *Comentários ao novo código civil.*, v. xxi, 5.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, 276.

68 NERY JÚNIOR, N. y NERY, R. M. de A., *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 3.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

separação convencional de bens. Destarte, fazemos sugestão para que a norma possa ser reformada, no sentido de excluir-se do Código Civil 1829 1 a expressão ‘obrigatória’, bem como a remissão equivocada ao CC 1640 par. ún. Com isso, não concorreria com o herdeiro descendente do morto o casado sob o regime da separação de bens, em qualquer de suas modalidades (separação obrigatória e separação convencional⁶⁹).

E a certeza de que a alteração legislativa seria a melhor solução advém de uma confissão feita logo em seguida pelo próprio Ministro MOURA RIBEIRO, quando afirma em seu voto divergente que “enquanto não houver a alteração legislativa, a melhor solução será interpretar o texto legal de acordo com o sistema jurídico estabelecido na Constituição Federal e no Código Civil”⁷⁰. No entanto, remanesce a questão sobre como seria possível, sem a atuação do legislador ou a pronúncia de inconstitucionalidade –observada a cláusula de reserva de plenário (*full bench*)⁷¹–, legitimamente interpretar o inciso 1 do art. 1829 para alterar a atual sistemática da sucessão legítima na separação convencional de bens.

VI. Conclusão

O Recurso Especial 1.472.945, relator Ministro VILLAS BÔAS CUEVA (Brasil, 1988), contribuiu significativamente para restabelecer a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, considerada a sua condição de tribunal de precedentes, responsável pela uniformização em âmbito nacional. Recentemente, a Segunda Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.382.170/SP, Relator Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro João OTÁVIO DE NORONHA, DJe 26/5/2015, uniformizou em definitivo o entendimento sobre o tema em conformidade com a posição ora sustentada⁷². Ao contrário do que fez transparecer segmento expressivo da doutrina e da jurisprudência, o tema atinente à condição de herdeiro necessário do cônjuge no regime de separação convencional de bens ainda está longe de uma solução cogente.

Ao contrário do que fez transparecer segmento expressivo da doutrina e da jurisprudência, o tema atinente à condição de herdeiro necessário do cônjuge

69 Superior Tribunal de Justiça (Brasil), Recurso Especial n.º 1.472.945/RJ, Terceira Turma, Relator: Ministro Villas Bôas Cueva. Brasília, 19 de novembro de 2014.

70 Superior Tribunal de Justiça (Brasil), Recurso Especial n.º 1.472.945/RJ, Terceira Turma, Relator: Ministro Villas Bôas Cueva. Brasília, 19 de novembro de 2014.

71 AMARAL JÚNIOR, J. L. M., *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, 96.

72 Outros precedentes do Superior Tribunal de Justiça foram proferidos na sequência em conformidade com a referida tese: Recurso Especial 1.294.404, rel. Min. Villas Bôas Cueva, DJ 29.10.2015; Recurso Especial 1.368.133/RJ, rel. Min. Raul Araújo, Segunda Seção, DJ de 8.6.2015, e o AgRg nos REsp 1.472.945/RJ, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, DJe 29.6.2015.

no regime de separação convencional de bens ainda está longe de uma solução cogente, embora a igualdade de proteção dos cônjuges seja a linha demarcadora do debate. O tema tem origem na condição da mulher no Direito de Família e na sociedade, de modo que a mudança do seu papel social em todos estes segmentos deve vir acompanhada da simultânea adaptação das premissas dogmáticas do Direito Privado.

O embate está posto e é significativamente claro: de um lado os que pretendem fazer valer uma fórmula somente viável *de lege ferenda*, insuscetível de aplicação nos atuais moldes em que construído o inciso 1 do art. 1829 do Código Civil; de outro, os que partem da interpretação do aludido preceito e o conjugam com a atual condição do cônjuge sobrevivente.

Em linhas gerais, o confronto entre as duas vertentes atua em searas distintas –uma legislativa e outra hermenêutica–, de modo que a comparação entre ambas seria, na visão de ANTONIN SCALIA, manifestada em *Bendix Autolite Corporation v. Midwesco Enterprises*, questionar “se uma linha é mais longa do que uma pedra é pesada”⁷³. A tentativa de conceber um modelo capaz de atender o desejo dos que pretendem a inclusão do regime de separação convencional de bens entre os excluídos da sucessão pelo inciso 1 do art. 1829 do Código Civil encontra limites de variadas ordens.

Destoa do aspecto histórico tanto em relação à terminologia empregada pelo Código Civil de 1916, quanto no tocante ao atual patamar de proteção do cônjuge. Ignora, ainda, o aspecto sistêmico da disciplina dos demais regimes de bens e a premissa em torno da correlação cônjuge meeiro/cônjuge herdeiro quanto aos bens privados. Apega-se, por fim, a um argumento falacioso no sentido de que os filhos, na condição de herdeiros necessários, seriam prejudicados na concorrência com o cônjuge supérstite, como se tal fato não se verificasse em outras circunstâncias.

Como bem observa ALEXANDRE ARAÚJO COSTA, “vivemos uma judicialização da Política, caracterizada por uma invasão judiciária de territórios que deveriam ser ocupados pelo Legislativo e pelo Executivo”⁷⁴. A discricionariedade judicial não deveria se contrapor à vontade do legislador, em especial quando em jogo a eleição de critérios, a salvaguarda de situações jurídicas e o redirecionamento de metaconceitos jurídicos.

Invariavelmente, o Ministro VILLAS BÔAS empregou diversos fundamentos de elevada consistência jurídica para tentar superar o posicionamento anteriormente firmado no Recurso Especial 992.749/MS, Relatora Ministra NANCY AN-

73 CORTE SUPREMA DE JUSTIÇA (Estados Unidos da América), 1988, *Bendix Autolite Corp. vs. Midwesco Enterprises*, 486, 888, disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/486/888/> [acesso em 2 de abril de 2015].

74 COSTA, A. A., “Judiciário e interpretação: entre Direito e Política”, em *Pensar-Revista de Ciências Jurídicas*, 2013, disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2448> [acesso em: 26 de março de 2015, p. 10].

DRIGUI. No contexto apontado, ideal seria que o Superior Tribunal de Justiça do Brasil permaneça fiel ao posicionamento ora analisado, sem prejuízo de que sejam buscados os meios legitimamente democráticos para realizar as devidas adequações legislativas no inciso 1 do art. 1829 do Código Civil 2002.

Bibliografia

Doutrina

- ARISTÓTELES, *Política*, São Paulo, Nova Cultural, 1999.
- AMARAL JÚNIOR, J. L. M., *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- BARBIERI, C. B., “A situação da mulher na família: aspectos jurídicos”, *Revista de Direito Privado*, v. 3, 2000, 42-94.
- BEVILAQUA, C., *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. VI, 9.ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1953.
- BIROLI, F.; MIGUEL, L. F., *Feminismo e Política: Uma Introdução*, São Paulo, Boitempo, 2014.
- BITTENCOURT, C. A. L., *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, 2.ª ed., Brasília, Ministério da Justiça, 1997.
- CAHALI, F. J., “A súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens”, *Revista do Advogado*, 2013.
- CAMPOS, D. L. de., “O ser humano como ser familiar”, *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, v. 1, 2014, 215-228.
- CARVALHO, M. do C. B. de., “A priorização da família na agenda da política social”, en *A família contemporânea em debate*, v. 2, 1995, 11-21.
- CORTÉS, I. R., “A trilha legislativa da mulher”, en *Nova história das mulheres no Brasil*, São Paulo, Contexto, 2013.
- CRENSHAW, K., *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement*, New York, The New Press, 1995.

COSTA, A. A., “Judiciário e interpretação: entre Direito e Política”, en *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, 2013, disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2448> [acesso em: 26 de março de 2015].

DE RUGGIERO, R., *Instituições de direito civil*, vol. III, 3.^a ed., Chaves, A. e Mattia, F. M. DE (trads.), São Paulo, Saraiva, 1973.

DWORKIN, R., *Levando os direitos a sério*, Boeira, N. (trad.), São Paulo, Martins Fontes, 2002.

FACHIN, L. E. “A ‘reconstitucionalização’ do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios”, *Revista Jurídica*, v. 324, 2004, disponível em: http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2022.pdf [acesso em: 29 out. 2015].

GOMES, O., *Direito de família*, 14.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001.

HABERMAS, J., *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Breno Siebeneichler, F. (trad), 2^a. ed., Rio de Janeiro, Tempo brasileiro, 2003.

HIRONAKA, G. M. F. N., “A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, 2006, 153-167.

HIRONAKA, G. M. F. N., “Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes”, en *Novo código civil: questões controvertidas*, v. 1, São Paulo, Método, 2004.

HOLANDA, S. B. DE, *Raízes do Brasil*, 26.^a ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1995.

KAFKA, F., *Carta ao pai*, São Paulo, Companhia das Letras, 2011.

LARENZ, K., *Metodologia da ciência do direito*, 3.^a ed., Lamego, J. (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, E. O., *Comentários ao novo código civil*, v. XXI., 5.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009.

MADALENO, R., “Do regime de bens”, en *Direito de família e o novo código civil*, 3.^a ed., Belo Horizonte, Del Rey e IBDFAM, 2003.

MARQUES, T. C. DE N.; MELO, H. P. DE, “Os direitos civis das mulheres casadas no Brasil entre 1916 e 1962, Ou como são feitas as leis”, en *Estudos Feministas*, v. 16, n.º 2, 2008, 463-488.

MENDES, G. F., *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, 2.ª ed, São Paulo, Celso Bastos editor, 1999.

MILAGRES, M. de O., “Família e liberdade: direito pessoal e direito patrimonial de família”, *Revista de Direito Privado*, v. 56, 2013, 297-317.

MIRANDA, F. C. P. de, *Comentários ao código de processo civil*, t. vi, São Paulo, Forense, 1975.

NERY JÚNIOR, N. e NERY, R. M. de A., *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 3.ª ed., São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2005.

ORTEGA Y GASSET, J., “Verdad y perspectiva”, en *El espectador; Obras completas*, t. II, Madrid, Revista de Occidente, 1963.

REALE, M., *Estudos preliminares do código civil*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2003.

REALE, M., *História do novo código civil*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2005.

REALE, M., “O cônjuge no novo código civil”, en *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 12 de abril de 2003, Editorial.

ROCHA, M. V. DA; SANTOS, M. S., *O regime matrimonial de separação convencional de bens: implicações no direito sucessório*, disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fobf4a2da9525289> [acesso em: 4 de abril de 2015].

SANTOS, U. P. dos, *Sucessão hereditária: doutrina, jurisprudência e prática*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

SCOTT, A. S., “O caleidoscópio dos arranjos familiares”, en *Nova história das mulheres no Brasil*, 2.ª ed., São Paulo, Contexto, 2013, 15-42.

SCOTT, A. S., “As teias que a família tece: uma reflexão sobre o percurso da história da família no Brasil”, en *História Questões & Debates*, v. 51, 2009, disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/historia/article/viewArticle/19983> [acesso em: 1 nov. 2015].

SEN, A., *Desenvolvimento como liberdade*, Teixeira Motta, L. (trad.), São Paulo, Companhia das Letras, 2010.

SOIHET, R., “História, mulheres, gênero: contribuições para um debate”, em *Gênero e Ciências Humanas: desafio às ciências desde a perspectiva das mulheres*, Rio de Janeiro, Rosa dos Tempos, 1997, p. 95-114, disponível em: http://www faed.udesc.br/arquivos/id_submenu/1416/aguiar_neuma_genero_e_ciencias_humanas.pdf#page=90 [acesso em: 2 nov. 2015].

VIEHWEG, T., *Tópica e jurisprudência*, Sampaio Ferraz Júnior, T. (trad.), Brasília, UnB, 1979.

ZARIAS, A., “A família do direito e a família no direito: a legitimidade das relações sociais entre a lei e a Justiça”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 25, n.º 74, 2010, p. 61-76.

ŽIŽEK, S., *Em defesa das causas perdidas*, Medina, M. B. DE (trad.), São Paulo, Boitempo, 2011.

Legislação

ARGENTINA. CÓDIGO CIVIL. Disponível em: <http://www.nuevocodigocivil.com/> [acesso em: 2 de abril de 2015].

BRASIL. CÓDIGO CIVIL. 2002. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm [acesso em: 23 de março de 2015].

BRASIL. CÓDIGO CIVIL. 1916. Disponível em: www.planalto.gov.br [acesso em: 23 de março de 2015].

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1973. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm [acesso em: 26 de março de 2015].

ITÁLIA. CÓDIGO CIVIL. 1942.

PORTUGAL. CÓDIGO CIVIL. 1966. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf [acesso em: 25 de março de 2015].

Jurisprudência

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 179.170. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 10 de março de 1985.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula 377. Brasília, 3 de abril de 1964.

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. III Jornadas de Direito Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf> [acesso em: 19 de março de 2015].

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 992.749/MS. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 1.º de dezembro de 2009.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 1.472.945/RJ. Terceira Turma. Relator: Ministro Villas Bôas Cueva. Brasília, 19 de novembro de 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1988, *Bendix Autolite Corp. vs. Midwesco Enterprises*. 486, 888. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/486/888/>. Acesso em 2 de abril de 2015.