

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.024.749-5, DE
PONTA GROSSA – 3ª VARA CÍVEL.**

AGRAVANTE: LUCIANA DELGOBO

AGRAVADOS: ESPÓLIO DE VILSON LESNIOVSKI
DELGOBO E OUTROS

**RELATORA : DESª. ROSANA AMARA GIRARDI
FACHIN.**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCESSO CIVIL –
EQUÍVOCO NA INDICAÇÃO DOS ADVOGADOS DA
PARTE AGRAVADA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO –
INTIMAÇÃO QUE CUMPRIU COM A SUA FINALIDADE
– OFERECIMENTO DE CONTRARRAZÕES –
CONTRADITÓRIO DEVIDAMENTE OBSERVADO -
DIREITO DAS SUCESSÕES – CÔNJUGE
SOBREVIVENTE – CASAMENTO PELA SEPARAÇÃO
CONVENCIONAL DE BENS - CONCORRÊNCIA COM
OS DESCENDENTES – RECONHECIMENTO - ARTIGO
1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL – FINALIDADE
PROTETIVA DO SUPÉRSTITE – SUCESSÃO QUE SE
DÁ EM DECORRÊNCIA DA COMUNHÃO DE VIDA –
INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.511 DO CÓDIGO
CIVIL - PACTO ANTENUPCIAL QUE NÃO SE
PROJETA SOBRE DIREITOS SUCESSÓRIOS –
DIREITO REAL DE HABITAÇÃO – EXPLORAÇÃO
ECONÔMICA DO IMÓVEL– POSSIBILIDADE, DESDE
QUE RESPEITADA A FINALIDADE DO INSTITUTO –
INSTALAÇÃO DE PEQUENO COMÉRCIO NA
RESIDÊNCIA QUE TAMBÉM SERVE DE MORADIA –**

**POSSIBILIDADE – INTERPRETAÇÃO FINALISTA –
DECISÃO REFORMADA.**

1. “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 possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes” (Enunciado nº 270, da II Jornada de Direito Civil).

2. A opção dos cônjuges pelo regime de separação de bens pode se dar pelos mais diversos motivos, dentre eles uma maior facilidade na administração do patrimônio de cada um, ou prevenir a sua eventual redução em caso de divórcio, não cabendo projetar a ausência de meação na seara sucessória.

3. A plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511, CC) motivou o legislador a incluir o supérstite no rol dos herdeiros necessários, não havendo que se excluir a hipótese diante da separação convencional de bens.

4. Desde que respeitada a finalidade do direito real de habitação, nada impede que o cônjuge sobrevivente proceda à ampliação do uso do imóvel, obtendo com isso rendimentos para garantir a sua sobrevivência e a de sua família.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 1.024.749-5, interposto por Luciana Delgobo visando a reforma da decisão¹ que, nos autos da ação de inventário dos bens deixados por Vilson Antônio Lesniowski Delgobo (autos nº 298/2004), **desqualificou** a viúva Agravante como herdeira, e **determinou** o encerramento das atividades empresariais que exerce no imóvel sobre o qual lhe foi concedido o direito real de habitação, nos termos do artigo 1.831, do Código Civil.

A decisão foi proferida nos seguintes termos:

“III. A inventariante apresentou manifestação às fls. 723/736, aduzindo os pontos a seguir elencados:

a) que a viúva do autor da herança não é herdeira, tendo em vista que eram casados pelo regime da separação total de bens, com pacto antenupcial, celebrado sob a égide do Código Civil anterior.

--

¹ Fls. 20/26-TJ.

Pois bem, quanto a esse ponto, destaca-se que realmente assiste razão à inventariante, visto que o Superior Tribunal de Justiça entende que o cônjuge, casado no regime de separação total de bens, não é herdeiro necessário, dando uma nova interpretação ao art. 1.829 do Código Civil/02. (...)

Ora, no regime de separação de bens, os cônjuges conservam exclusivamente para si os bens que possuíam quando do casamento e aqueles que adquirem ou vão adquirir na sua constância.

Portanto, como o regime de casamento era o da separação total de bens, consoante certidão de casamento juntada às fls. 07 e pacto antenupcial juntado às fls. 572, a viúva Luciana Delgobo deve ser excluída dos autos de inventário como herdeira, permanecendo apenas como representante de sua filha menor.

(...)

e) a inventariante requereu a imissão na posse de parte do imóvel ao qual foi concedido o direito de moradia da viúva, aduzindo que esta deu destinação comercial (salão de beleza), bem como informou que existe IPTU atrasado que deverá ser arcado pela viúva.

Sobre o direito de habitação, vale ressaltar o entendimento de Arnaldo Rizzardo:

'Em consonância com o art. 1.414, unicamente ao titular do direito cabe o uso, junto com sua família. Institui-se gratuitamente o direito, vedando-se sua locação e empréstimo. Delineiam-se estas características:

a) A destinação é exclusivamente para a residência, sem possibilidade para o comércio ou a indústria, ainda que do habitador, ou morador-usuário. Este requisito deve ser visto com certa tolerância. (...).'

Nesse sentido, o direito de habitação tem, indubitavelmente, destinação apenas para moradia, sem exceções.

No caso em apreço, existe prova clara de que a viúva está dando destinação comercial ao imóvel em questão, consoante se observa das fotos juntadas às fls. 819/822, em que se percebe a existência de um salão de beleza no imóvel destinado exclusivamente à moradia.

Em razão dos motivos expostos, intime-se a viúva para que encerre as atividades, em 15 dias, sob pena de multa diária. Ressalte-se que o direito sobre valores adquiridos no decorrer do funcionamento serão discutidos em ação própria.”²

Em suas razões, a Agravante sustenta, em resumo, que: **a)** não pode ser excluída da herança, pois o casamento foi celebrado pelo regime de separação convencional de bens, o qual não se insere nas exceções do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil; **b)** a separação obrigatória se dá nas hipóteses do artigo 1.641, do Código Civil, e **c)** o pequeno comércio que mantém no imóvel constitui sua única fonte de renda, e não é incompatível com o exercício do direito real de habitação.

Por força da decisão de fls. 92/94, foi atribuído efeito suspensivo ao recurso “para o efeito de: **i)** permitir a continuidade da prestação de serviços, pela Agravante, no imóvel de sua residência, e **ii)** garantir sua participação no inventário, na qualidade de herdeira, tudo até ulterior deliberação”³.

O Juízo *a quo* noticiou a manutenção da decisão agravada⁴, as Recorridas apresentaram contrarrazões⁵, e o Ministério Público, em manifestação subscrita pelo Procurador de Justiça Paulo Roberto Lima dos Santos, pugnou pelo provimento do recurso “para reconhecer que a agravante tem a qualidade de herdeira e que o

--

² Fls. 22/25-TJ.

³ Fl. 93-TJ, verso.

⁴ Fl. 101-TJ, verso.

⁵ Fls. 105/118-TJ.

direito real de habitação não impede o exercício de atividade profissional no imóvel respectivo”⁶.

É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, de rigor o conhecimento do presente Agravo de Instrumento.

Não merece abrigo a alegação de irregularidade da intimação das Agravadas para oferecimento de contrarrazões, uma vez que o ato cumpriu com sua finalidade, não existindo prejuízo à sua defesa, uma vez que o contraditório foi devidamente respeitado.

No mérito, a insurgência merece integral provimento.

Dois são os pontos de insurgência suscitados no recurso: **1)** a concorrência da Agravante com as descendentes, na sucessão de seu marido, Vilson Antônio Lesniowski, e **2)** a possibilidade de instalação de pequeno comércio no imóvel sobre o qual a viúva exerce seu direito real de habitação.

Passa-se à apreciação de tais questões em separado, para melhor julgamento do recurso.

--

⁶ Fl. 144-TJ.

Da concorrência sucessória

A Agravante foi casada com o autor da herança pelo regime da separação convencional de bens⁷, e do relacionamento nasceu a menor Juliana Delgobo, em 01.07.1997⁸.

O varão faleceu aos 29.03.2004, deixando ainda outras 2 (duas) filhas, uma das quais, inventariante, requereu a exclusão da Recorrente da sucessão.

De início, convém esclarecer que a Agravante concorre na sucessão de seu falecido cônjuge com as filhas por ele deixadas, na forma do artigo 1.829, I, do Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

Apesar da enleada redação do dispositivo, se depreende que a regra 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 guarida se aplica ao cônjuge casado pela

--

⁷ Fl. 43-TJ.

⁸ Fl. 396-TJ.

separação convencional, excluindo-se somente se a separação for imposição legal.

O dispositivo reflete o avanço do Código Civil de 2002 nesse campo, que há muito era reivindicada pela doutrina, como ensina GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA:

“Impõe o legislador uma ordem de vocação hereditária, em que divide os chamados a herdar em classes, impondo entre eles uma ‘relação preferencial’ em que uns excluem os outros, segundo a ordem estabelecida no ordenamento. (...) Logo, entretanto, o legislador passou a prever exceções à vocação hereditária assim estabelecida, possibilitando que o cônjuge supérstite fosse adquirindo, *mortis causa* e em situações que justificassem a exceção, como o regime matrimonial de bens, direitos reais de maior ou menor extensão – como e o caso do direito real de habitação, uso ou usufruto, dito vidual -, em concorrência com os herdeiros das classes preferenciais (descendentes ou ascendentes) que restavam com o domínio dos bens.

Percebe-se nas disposições legislativas que se seguiram à promulgação do Código Civil de 1916 não só uma tentativa de aquinhoar de forma limitada o cônjuge supérstite em concorrência com os demais herdeiros – numa clara evolução de proteção que vai culminar com a publicação do novo Código Civil – como também uma preocupação no sentido de inverter a ordem de vocação hereditária, em benefício do cônjuge supérstite brasileiro casado com estrangeiro (...).

A exposição até aqui desenvolvida encontra seu ponto culminante com a publicação do novo Código Civil, que, apesar de manter a ordem de vocação hereditária tradicionalmente aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, garante ao cônjuge supérstite dada posição de igualdade, e por vezes até de primazia, relativamente aos descendentes e ascendentes – que continuam a

compor a primeira e segunda classes de vocação hereditária – chamados a herdar.”⁹

As hipóteses de exclusão da concorrência, tais como previstas pelo artigo 1.829, I, do Código Civil, evidenciam de forma indisfarçável a intenção do legislador de proteger o supérstite.

Com efeito, em se tratando de comunhão universal e comunhão parcial sem que o *de cuius* tenha deixado bens particulares, o patrimônio do cônjuge sobrevivente pode ser considerado equivalente àquele deixado pelo falecido, presumindo-se, por esse motivo, que terá condições de continuar a viver dignamente, durante a viuvez.

Não é o que ocorre, no entanto, quando o regime de bens se dá pela separação convencional ou, ainda, quando na comunhão parcial, o *de cuius* tenha deixado bens particulares.

Em se tratando de separação legal de bens, a exceção busca manter a coerência com o disposto no artigo 1.641, do Código Civil, que determina a separação obrigatória de bens “seja por razões de ordem pública, seja por razões de proteção aos interessados”¹⁰.

O assunto é tratado com propriedade por JOSÉ FERNANDO SIMÃO, cujo magistério merece ser trazido à colação:

“O objetivo da regra, e já venho dizendo isto desde 2003, é garantir o sustento do cônjuge supérstite, ou

--

⁹ “Comentários ao Código Civil”, vol. 20, coord. Antônio Junqueira de Azevedo, São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, pp. 214/215.

¹⁰ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. “Código Civil Comentado”, coord. Min. Cezar Peluso, 6ª ed., Barueri: Ed. Manole, p. 1842.

seja, que se em razão do regime de bens, o falecido ficar presumivelmente sem patrimônio, há concorrência para que não fique à míngua.

Isso se explica porque a concorrência com os descendentes substituiu o usufruto vidual contido no § 1º do art. 1.611 do CC/16.

(...)

Com o desaparecimento do usufruto vidual do sistema, o cônjuge passou a ser considerado herdeiro em concorrência com os descendentes, mas, excepcionalmente, não o será apenas em certos regimes de bens. E a pergunta seria: em quais regimes não haveria a concorrência?

1) No regime da comunhão universal em que o cônjuge é meeiro, os bens do falecido são destinados integralmente aos descendentes, pois em havendo meação, não há concorrência sucessória. Ora, o meeiro tem bens suficientes para seu sustento, já que tinha patrimônio idêntico ao do falecido (em regra) e não precisa concorrer com os descendentes.

2) Também, aqueles casados pelo regime da comunhão parcial e que não têm bens particulares. Se o regime é da comunhão parcial, mas o falecido só tem bens comuns, a situação se assemelha à comunhão universal. Havendo a meação garantida ao cônjuge supérstite não haverá concorrência sucessória.

3) Por fim, também não haverá concorrência sucessória 'no da separação obrigatória de bens' (art. 1640, parágrafo único".

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

Nessa linha de raciocínio, não se justifica a exclusão da concorrência do cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional de bens, razão pela qual a deliberação do Juízo *a quo* nesse sentido, ainda que tenha como fundamento precedente do Superior Tribunal de Justiça, contrasta não apenas com a letra expressa da lei, mas com a própria finalidade protetiva visada pelo legislador civil, contrariando o histórico avanço no campo dos direitos sucessórios do cônjuge.

Confirmam-se os termos da ementa do julgado invocado pela Magistrada de primeiro grau:

“DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. PACTO ANTENUPCIAL. SEPARAÇÃO DE BENS. MORTE DO VARÃO. VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. ATO JURÍDICO PERFEITO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. HERDEIRO NECESSÁRIO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA.

1. O pacto antenupcial firmado sob a égide do Código de 1916 constitui ato jurídico perfeito, devendo ser respeitados os atos que o sucedem, sob pena de maltrato aos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva.

2. Por outro lado, ainda que afastada a discussão acerca de direito intertemporal e submetida a questão à regulamentação do novo Código Civil, prevalece a vontade do testador. Com efeito, **a interpretação sistemática do Codex autoriza conclusão no sentido de que o cônjuge sobrevivente, nas hipóteses de separação convencional de bens, não pode ser admitido como herdeiro necessário.**

3. Recurso conhecido e provido.”¹¹

--

¹¹ REsp 1111095/RJ, 4ª T., Rel. desig. Min. Fernando Gonçalves, julg. 01.10.2009, DJ 11.02.2010, original sem destaque.

Da decisão se entrevê o enfoque do casamento pela tese contratualista, sem qualquer temperamento, ignorando que o motivo da união entre os cônjuges é o afeto existente entre eles, o desejo de constituir uma família. Ademais, elastece o vocábulo 'obrigatória' da separação *ex legge* para a separação *ex voluntate*.

MARIA BERENICE DIAS aponta o afeto como o divisor entre o direito obrigacional e o familiar:

"O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que autorize nominá-las como família. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos. Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente a vontade, enquanto o traço diferenciador do direito da família é o afeto."¹²

De se notar que a opção pelo regime de separação de bens pode se dar pelos mais diversos motivos, dentre eles uma maior facilidade na administração do patrimônio de cada um ou, ainda, prevenir a sua eventual redução em caso de divórcio.

Não se pode presumir, no entanto, que o pacto antenupcial nesse sentido seja fruto do desejo dos nubentes em perpetuar a intransmissibilidade entre seus patrimônios, mesmo

--

¹² "Manual de Direito das Famílias", 8ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.

após a morte de um deles, impedindo que o outro o suceda. Não se confunde ausência de meação com ausência de direito sucessório.

Não se trata de ignorar a indiscutível natureza contratual do pacto antenupcial, mas de não estender a sua interpretação àquilo que não foi, efetivamente, exteriorizado, mormente considerando o aspecto mais relevante da relação jurídica em apreço, qual seja, o afeto existente entre o casal.

Veja-se, ademais, que os direitos sucessórios não podem ser disciplinados pelos cônjuges em vida, consoante ensinamento de ROLF MADALENO:

“Os direitos sucessórios também se arrolam dentre aqueles que não podem ser objeto de contrato, sendo vedados os pactos sucessórios, primeiro porque despertariam sentimentos imorais, como seria o desejo da morte da pessoa titular do patrimônio, e também por contrariarem o princípio da liberdade de disposição de última vontade, que torna revogável qualquer disposição sucessória até a morte do disponente. Assim, só teriam eficácia jurídica as declarações ou manifestações prestadas em derradeira vontade testamentária. Ilícita seria a cláusula pactícia que buscasse alterar a ordem de vocação hereditária no caso de morte do cônjuge, para excluir algum herdeiro necessário e ser outro convocado em seu lugar.”¹³

Oportuno, ainda, o magistério de EUCLIDES DE OLIVEIRA, sobre o tema:

“O concurso hereditário, naquela espécie de regime de bens [separação convencional], faz-se de rigor, como norma de ordem pública. Nem

--

¹³ MADALENO, Rolf. *“Pactos Patrimoniais e Autonomia da Vontade”, in “Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões”, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 195.*

seria possível estabelecer, no pacto antenupcial, regra coibitiva de concurso na herança: primeiro, porque é nula a convenção ou cláusula dela que contradiga disposição absoluta de lei (art. 1.655 do Código Civil); segundo, porque o pacto antenupcial somente pode dispor sobre comunicação ou não comunicação de bens no curso do casamento, bem como regras de sua administração, sem que seja possível avançar em outras searas, como a do direito sucessório; terceiro, porque, em se cuidando de convenção sobre herança de pessoa viva, caracterizando *pacta corvina*, seria patente sua invalidade nos termos do art. 426 do Código Civil (a repisar quanto dispunha o art. 1.089 do Código revogado).¹⁴

Ora, a prevalecer a interpretação adotada pelo Juízo *a quo*, estar-se-ia admitindo a possibilidade dos nubentes dizerem de forma velada o que não poderiam dizer de forma expressa.

Com efeito, o precedente daquela egrégia Corte superior confunde, com a devida vênia, o regime de bens destinado a regular *em vida* as relações de cunho patrimonial entre os cônjuges no curso do casamento, com o direito sucessório que se origina com a *morte* de um deles.

As situações, por serem distintas, não comportam tratamento homogêneo.

MÁRIO LUIZ DELGADO enfrenta a questão de forma precisa:

--

¹⁴ "Direito de Herança – A nova ordem da sucessão", 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 106, original sem destaque.

“Afirmação que merece ser rechaçada é a de que, ao atribuir direito sucessório ao cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens, teria o legislador invadido a autonomia privada e abalado um dos pilares do regime de separação, por permitir a comunicação *post mortem* do patrimônio. Ora, o cônjuge, mesmo casado sob tal regime, na vigência do Código anterior, já herdava a totalidade da herança, bastando que não houvessem descendentes e ascendentes. **Não se trata de comunicação de patrimônio, não se podendo confundir regime de bens com direito sucessório. Com a morte extinguiu-se o regime e o que está em discussão é o direito do cônjuge a uma pequena parte da herança**, que, como veremos, pode ser bastante reduzida, bastando que o *de cujus* tivesse vários filhos e houvesse disposto em testamento toda a metade disponível.”¹⁵

Veja-se que a plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511, CC), que, aliás, motivou o legislador a incluir o supérstite no rol dos herdeiros necessários, não está restrita às situações nas quais o casamento se dá por comunhão universal ou parcial de bens.

Frise-se: é a comunhão de vida, a proximidade e a afeição existentes entre os cônjuges que legitimam a sucessão entre eles.

Foi justamente por considerar a união de vidas estabelecida em razão do casamento que o Supremo Tribunal Federal temperou a regra da incomunicabilidade de bens no regime da separação obrigatória, editando a Súmula nº 377: **“No regime de**

--

¹⁵ “Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente”, in “Questões Controvertidas no direito de família e das sucessões”, coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves, São Paulo: Ed. Método, p. 433.

separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Ora, a se adotar a orientação mencionada na decisão agravada, dever-se-ia, por dever de coerência, recusar também ao cônjuge casado pela comunhão parcial a concorrência na herança quando o *de cujus* houvesse deixado bens particulares, tornando praticamente inócua a previsão contida no artigo 1.829, I, do Código Civil.

Acerca do assunto, a doutrina assim se manifesta:

“Em terceiro e último lugar, é de se repisar o atual Código ter visado à proteção muito mais ampla do que a do sistema anterior ao cônjuge sobrevivente. Procurou, ainda, deferir-lhe cota hereditária em concorrência com os descendentes, nos bens particulares, para que não fique desprotegido na viuvez. **A concorrência na separação convencional está afinada com esses princípios. Seria incoerente assegurar ao casado pela comunhão parcial cota na herança de bens particulares, ainda que sejam os únicos deixados pelo *de cujus*, e não conferir o mesmo direito ao casado pela separação convencional. Quando se casaram pela comunhão parcial, o intuito foi evitar a comunicação dos bens anteriores ao casamento. Apesar dessa opção dos nubentes, na sucessão, o viúvo terá participação hereditária nesses bens. Pela mesma razão deve ser assegurada cota na herança dos bens particulares quando se trata de separação convencional.**”¹⁶

--

¹⁶ ANTONINI, Mauro. “Código Civil Comentado”, coord. Min. Cezar Peluso, 6ª ed., Barueri: Ed. Manole, p. 2.202, original sem destaque.

De outro ângulo, a própria previsão final do artigo 1.845 do Código Civil¹⁷ não seria aplicável, em absoluto, àqueles casados pela separação convencional de bens, sob o argumento da autonomia da vontade.

Vale destacar que “entendem-se por herdeiros necessários aqueles que não podem ser afastados da sucessão pela simples vontade do sucedido”¹⁸.

Em suma, ainda que o intérprete da lei divirja do acerto da opção legislativa, não convém, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes (art. 2º, CF), subtrair a sua aplicação.

Não se pode olvidar que a disposição contida no artigo 1.829, do Código Civil, é fruto do avanço do pensamento jurídico acerca do assunto, e há muito era reivindicada pela doutrina nacional:

“E nessa ordem de valores parece ter andado bem o legislador quando elevou o cônjuge e o companheiro a sucessores em grau de concorrência com os descendentes e ascendentes do *de cujus*, em quota-parte dependente da verificação de certos pressupostos que serão devidamente analisados nos tópicos pertinentes. É que, em fazendo com que o cônjuge supérstite concorra na sucessão do morto, premia aquele que esteve a seu lado até o momento de sua morte sem indagar se este contribuiu ou não para a aquisição dos bens postos em sucessão. Mas não deixa também de privilegiar os descendentes do autor da

--

¹⁷ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*, vol. 20, coord. Antônio Junqueira de Azevedo, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 250.

herança, garantindo-lhes meios de iniciar ou dar continuidade a suas vidas. E, na falta destes últimos, não esquece nem nega privilégio aos ascendentes do de cujus, responsáveis, no mais das vezes, pela formação e caráter do descendente falecido. Em assim agindo, o legislador demonstrou sapiência digna de nota e parece ter-se enquadrado entre aqueles que vêem como fundamento do direito sucessório não apenas o direito de propriedade em sua inteireza como também o direito de família, com o intuito de protegê-la, uni-la e perpetuá-la, como parecem ter querido os antigos mestres”.¹⁹

Não se trata, pois, de proceder a uma interpretação meramente gramatical do dispositivo, mas sim de promover a sua efetiva aplicação, à luz de uma leitura finalista, sistemática e histórica.

Registram-se, por fim, os seguintes precedentes sobre o tema:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE COM O FILHO. CABIMENTO. (...) 2. A lei que rege a capacidade sucessória é aquela vigente no momento da abertura da sucessão. Inteligência dos art. 1.787 do CCB. 3. **Tendo o casamento sido realizado pelo regime da separação convencional de bens, a cônjuge supérstite deve ser chamada para suceder, concorrendo com o filho do casal aos bens deixados pelo falecido.** (...) Recurso desprovido.”²⁰

“APELAÇÃO CÍVEL - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - ARROLAMENTO SUMÁRIO - EXCLUSÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE - SEPARAÇÃO UNIVERSAL DE BENS -

--

¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*, vol. 20, coord. Antônio Junqueira de Azevedo, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 14.

²⁰ TJRS, Agravo Regimental 70054876016, 7ª Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julg. 17.07.2013, original sem destaque.

REGIME CONVENCIONAL E NÃO OBRIGATÓRIO - DIREITO À SUCESSÃO LEGÍTIMA - INTELIGÊNCIA DO ART. 1829, I, DO CC/02.

1. Não há falar em cerceamento de defesa se a parte teve acesso aos autos e aos documentos acostados.

2. O art. 1.829, inciso I, do CC/02, prevê o direito do cônjuge sobrevivente à sucessão legítima em concorrência com os descendentes, não configurando óbice o regime convencional da separação universal de bens, porquanto a exceção prevista na norma diz respeito ao regime de separação obrigatório previsto no art. 1640, parágrafo único, do mesmo diploma legal.²¹

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - DIREITOS SUCESSÓRIOS - CÔNJUGE SOBREVIVENTE - REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS - ARTIGOS 1.829, INCISO I E 1.845, AMBOS DO CC/02 - INTERPRETAÇÃO - CÔNJUGE COMO HERDEIRO LEGÍTIMO E NECESSÁRIO, EM CONCORRÊNCIA COM OS HERDEIROS DO AUTOR DA HERANÇA (...).

A mais adequada interpretação, no que respeita à separação convencional de bens, é aquela que entende ter o cônjuge direitos sucessórios em concorrência com os herdeiros do autor da herança, sendo essa, de resto, a interpretação literal e lógica do próprio dispositivo. Soma-se a isso o fato de que o direito à meação não se confunde com o direito à sucessão. (...)²²

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. VIÚVA INCAPAZ REPRESENTADA POR HERDEIRO. CONFLITO DE INTERESSES. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. NECESSIDADE.

TRATANDO-SE DE VIÚVA QUE, QUANDO CASADA, O ERA PELO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS, CONCORRE ELA COM OS DESCENDENTES NA SUCESSÃO DE SEU EX-MARIDO, NA FORMA DO INCISO I, DO ARTIGO 1829 DO CCB. (...)²³

--

²¹ TJMG, AC 1.0479.03.050346-6/001, Rel. Elpídio Donizetti, julg. 12.07.2012, DJ 24.07.2012, original sem destaque.

²² TJMG, AI 1.0024.09.514308-7/001, Rel. Geraldo Augusto, julg. 13.12.2011, DJ 27.0.2012, original sem destaque.

²³ TJDF, AI 20110020041203, 2ª Turma Cível, Rel. Carmelita do Brasil, julg. 25.05.2011, DJ 27.05.2011, original sem destaque.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARROLAMENTO. Sucessão testamentária e legítima. **Casamento pelo regime da separação convencional de bens. Cônjuge supérstite é herdeiro necessário do "de cujus" e concorre com os descendentes na legítima, ainda que beneficiado em testamento com 50% dos bens do espólio. Inteligência dos artigos 1.829, I, e 1.845, do Código Civil.** Recurso provido."²⁴

"Agravado de Instrumento. Inventário. Única descendente do de cujus que impugnou a qualidade de herdeira da cônjuge sobrevivente e sua nomeação à inventariança. **Decisão que reconheceu a viúva, casada pelo regime da separação convencional de bens com o autor da herança como herdeira e a manteve no cargo de inventariante. Acerto. Inteligência do art. 1829, I, do Código Civil de 2002, vigente à época da abertura da sucessão. Regime de bens do casamento que impede a meação mas identifica o cônjuge como herdeiro necessário em concorrência com os descendentes. Entendimento consagrado na doutrina e na jurisprudência (...).** Decisão mantida. Recurso desprovido."²⁵

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PARTILHA. REGIME DE BENS. INEXISTÊNCIA DE MEAÇÃO SOBRE BEM CLAUSULADO. REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. HERANÇA. CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE VIVO COM OS DESCENDENTES DO FALECIDO SOBRE OS BENS PARTICULARES DEIXADOS. No casamento realizado pelo regime da separação total de bens, com pacto antenupcial, há a incomunicabilidade total dos bens anteriores e posteriores ao matrimônio. O bem doado com cláusula de incomunicabilidade não integra a meação do cônjuge, seja qual for o regime de bens. Ademais, **o gravame que incide sobre o bem o torna bem particular, afastando-o da meação, admitindo-se, contudo, que sobre ele concorra na sucessão o cônjuge sobrevivente com os herdeiros descendentes, na esteira do que dispõe**

--

²⁴ TJSP, AI 0080738-58.2012.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Milton Carvalho, julg. 30.08.2012, DJ 01.09.2012, original sem destaque.

²⁵ TJSP, AI 0170132-13.2011.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Ribeiro da Silva, julg. 08.08.2012, DJ 09.08.2012, original sem destaque.

o artigo 1.829 inc. I do Código Civil. Agravo desprovido."²⁶

Por tais motivos, impõe-se a reforma da decisão recorrida nesse capítulo.

Do direito real de habitação

O direito real de habitação vem previsto no artigo 1.831 do Código Civil, e também tem por finalidade evitar o desamparo do cônjuge supérstite em sua viuvez:

Art. 1.831. 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 daquela natureza a inventariar.

No presente caso, como se constata das fotos juntadas em contrarrazões, a Agravante instalou um modesto salão de cabeleiros no imóvel em que exerce seu direito real de habitação.

As Agravadas ponderam que as reformas necessárias à instalação desse comércio foram feitas sem a sua autorização, e tampouco houve suprimento judicial para esse fim, o que foi reconhecido por sentença na Ação Cautelar de Atentado que tramitou perante o Juízo de origem.

--

²⁶ TJRS, AI 70021504923, 8ª Câmara Cível, Rel. José Ataídes Siqueira Trindade, julg. 11.12.2007, original sem destaque.

A despeito da discussão acerca da existência ou não de autorização, o cerne da questão a ser apreciada no presente momento se restringe à extensão do exercício do direito real de habitação, uma vez que o Juízo *a quo* determinou o encerramento de tais atividades, pela Agravante, sob o fundamento de que o uso do imóvel deve se destinar à moradia, exclusivamente.

Esse entendimento, todavia, não merece chancela.

Com efeito, desde que respeitada a finalidade do instituto, como no caso dos autos, nada impede que o cônjuge sobrevivente proceda à ampliação do uso do bem, justamente para garantir sua sobrevivência, como ensina SILVIO DE SALVO VENOSA:

“O fato de o prédio destinar-se unicamente à moradia não impede que o habitador exerça atividades mais amplas compatíveis com o direito de residência, como atividade de consultas de profissionais liberais, pequeno comércio e prestação de serviços, por exemplo (Rizzardo, 1991:1095)”²⁷.

Essa interpretação finalista do dispositivo também é feita por INACIO DE CARVALHO NETO:

“E ainda outra questão: poderia o cônjuge sobrevivente alugar o imóvel para, com a renda deste, pagar o aluguel de outro imóvel para residir? Em princípio, a resposta seria negativa, pois o direito é apenas para habitar o imóvel. Entretanto, há casos em que o cônjuge se vê forçado a mudar de domicílio, para outro Município, v.g., por ter obtido um melhor emprego em outro local, ou por interesse dos próprios filhos. Não

--

²⁷ “Direito Civil – Direitos Reais”, 5ª ed., São Paulo: Ed. Atlas. 2005, p. 513.

seria justo que perdesse o direito nesses casos. Pode-se, ainda, vislumbrar outra situação: por ter ficado sem renda alguma, pode o cônjuge optar por alugar o imóvel para, com a renda dele, pagar um aluguel mais modesto e sobreviver com o restante. Ou ao contrário: pode o cônjuge optar por alugar o imóvel para residir em outro imóvel de melhor padrão, pagando a diferença do aluguel às suas expensas.”²⁸

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“Ação de inventário e partilha de bens. Direito real de habitação. De cujus que era casado com a apelante em regime de separação de bens. Direito do cônjuge supérstite a permanecer no imóvel de residência comum do casal. **Locação da edícula localizada nos fundos da casa principal que não impede o direito real de habitação.** Sentença reformada Recurso provido.”²⁹

“CIVIL - AÇÃO DE EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO - DIREITO REAL DE HABITAÇÃO - EXISTÊNCIA - FINALIDADE PROTETORA DO § 2º DO ART. 1611, CC - PERDA DO DIREITO PELO DESVIRTUAMENTO NO SEU USO - INOCORRÊNCIA. (...)

Aluguel da garagem do imóvel para outrem não desnatura o direito em questão, porquanto a apelante sempre continuou a morar no imóvel, dando-lhe, portanto, a finalidade precípua que este direito lhe assegura.”³⁰

Não se pode deixar de observar, por fim, que a exploração econômica do bem, ainda que em regime familiar, vem em benefício da também herdeira Juliana Delgobo, menor de idade, haja vista que sua mãe, a Agravante, é responsável por sua criação e educação.

--

²⁸ “Direito Sucessório do cônjuge e do companheiro”, São Paulo: Ed. Método, 2007, pp. 150/151.

²⁹ TJSP, AC 0331626-38.2007.8.26.0577, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Hélio Faria, julg. 05.12.2012, DJ 06.12.2012, original sem destaque.

³⁰ TJMG, AC 2.0000.00380202-4/000, Rel. Albergaria Costa, julg. 12.02.2003, DJ 08.03.2003, original sem destaque.

Por tais motivos, o voto é no sentido de dar integral provimento ao recurso, com a reforma da decisão agravada nos pontos impugnados.

Ante o exposto, **ACORDAM** os **Desembargadores integrantes da Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao Agravo de Instrumento**, nos termos do voto acima relatado.

O julgamento foi presidido pelo Senhor Desembargador **JOÃO DOMINGOS KUSTER PUPPI**, com voto, e dele participou o Senhor Juiz Substituto de 2º Grau **FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA**.

Curitiba, 29 de janeiro de 2014.

ROSANA AMARA GIRARDI FACHIN
Desembargadora Relatora