

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Concorrência Sucessória do Cônjuge Supérstite no Regime da Separação  
Convencional de Bens

Ludimila Bissonho Rodrigues

Rio de Janeiro  
2010

LUDIMILA BISSONHO RODRIGUES

A Concorrência Sucessória do Cônjuge Supérstite no Regime da Separação  
Convencional de Bens

Artigo científico apresentado à Escola da  
Magistratura do Estado do Rio de  
Janeiro, como exigência para obtenção  
do título de Pós- Graduação.

Orientadores:

Prof. Guilherme Sandoval

Prof.<sup>a</sup> Kátia Silva

Prof.<sup>a</sup> Mônica Areal

Prof.<sup>a</sup> Neli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro  
2010

## A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

**Ludimila Bissonho Rodrigues**

Advogada. Graduada pela Faculdade de  
Direito de Campos.

**Resumo:** O presente artigo busca discutir a questão da concorrência sucessória do cônjuge supérstite com os herdeiros do *de cuius*, nos casos em que o matrimônio tenha sido contraído sob o regime da separação convencional de bens, à luz do art. 1.829, I, do código civil. O trabalho busca enfatizar a liberdade que, em regra, os cônjuges possuem na escolha de seu regime de bens, consoante prevê o art. 1639, CC/2002. O estudo tem por escopo demonstrar que a escolha do regime da separação convencional representa exteriorização objetiva da vontade dos cônjuges de que não haja comunicação entre os bens adquiridos antes do matrimônio e após a celebração das núpcias. Pretende-se despertar a atenção para a necessidade de respeito à vontade dos cônjuges quando, após a morte de um deles, impõe-se a realização da partilha.

**Palavras-chaves:** Herança. Concorrência. Cônjuge Supérstite. Separação Convencional.

**Sumário:** Introdução. 1- A escolha do regime de bens: princípios da autonomia privada e autorresponsabilidade. 2- O regime da separação convencional de bens e a ordem de vocação hereditária. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O regime de bens escolhido pelos cônjuges implica diversas consequências, não só durante a vida matrimonial do casal, mas também após o advento da morte de um

deles. Nesse contexto, merece destaque o estudo do regime da separação convencional de bens. A partir da análise das regras concernentes a tal regime, percebe-se a vontade dos cônjuges de manterem seu patrimônio incomunicável.

O regime da separação convencional de bens não se encontra elencado dentre as ressalvas feitas pelo art. 1.829, I, 2ª parte, do Código Civil, o que, em uma primeira análise, faz concluir pela concorrência do cônjuge supérstite casado sob o regime da separação convencional de bens com os descendentes do falecido. Com efeito, pelo dispositivo legal em questão tem-se que os cônjuges concorrem com os descendentes, exceto nos casos de regime de comunhão universal de bens, regime da separação obrigatória e comunhão parcial, desde que, nessa última hipótese, o autor da herança não tenha deixado bens particulares.

No entanto, o tema não é pacífico e tem despertado a atenção da doutrina e jurisprudência pátrias. Recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o art. 1.829, I, do Código Civil deve ser interpretado em harmonia com os demais dispositivos que regem a matéria, notadamente a dignidade da pessoa humana, no sentido de que deve ser respeitada a livre manifestação de vontade dos cônjuges quando da celebração do pacto antenupcial.

A polêmica quanto ao tema surge a partir do momento em que se discute se é possível incluir a separação convencional de bens como espécie de separação obrigatória. Objetiva-se despertar a atenção para a necessidade de respeito à vontade dos cônjuges quando, após a morte de um deles, impõe-se a realização da partilha. Ganham destaque, nesse momento, os princípios da confiança legítima, a autorresponsabilidade, eticidade e boa-fé.

Procura-se demonstrar, no presente trabalho, que a interpretação literal do art. 1.829, I, do código civil, pode não estar consonante com a real vontade dos cônjuges

que, no momento de contração das núpcias, optaram por um regime de bens apto a preservar a individualidade patrimonial de cada um. Logo, evidente é a repercussão prática, jurídica e econômica que tal questão trará não só para o cônjuge supérstite, mas também para os descendentes do *de cuius*.

## **1. A ESCOLHA DO REGIME DE BENS: PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA PRIVADA E AUTORRESPONSABILIDADE**

### **1.1- A escolha do regime de bens em uma perspectiva civil-constitucional**

Do casamento decorrem diversos efeitos jurídicos, que repercutem não só no campo pessoal, mas também na esfera econômica. Trata-se de uma comunhão plena de vida, que tem o propósito de servir à realização fisio-psíquica da pessoa humana<sup>1</sup>.

Nesse sentido, lição do renomado Cristiano Chaves de Farias<sup>2</sup>:

Ora, considerando o caráter indiviso da comunhão de vida, chega-se à fatal conclusão de que a união entre dois seres humanos, marcada pela afetividade, traz consigo uma conjugação de aspectos emocionais/espirituais e aspectos materiais. E não há outra conclusão a que se chegue a partir da idéia de plenitude da comunhão matrimonial.

Nesse contexto, constata-se que não só de afeto é composta a relação familiar. Segundo Cristiano Chaves de Farias<sup>3</sup>, o casamento gera pontos de interseção patrimonial relevantes, podendo ser citados dentre eles a assistência recíproca, a guarda, sustento e educação dos filhos, a manutenção do lar, dentre outros. Assim, vê-se que

---

<sup>1</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 229.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 230.

“toda e qualquer entidade familiar é marcada pela imperativa necessidade de realizar determinadas utilidades, em favor dos parceiros, de sua prole ou de terceiros, para que todos vivam com dignidade, realizando-se plenamente”<sup>4</sup>.

Logo, o desenvolvimento de relações jurídicas reais e obrigacionais é intrínseco às entidades familiares, assumindo os consortes encargos solidários no sustento do lar, respondendo ambos pelas despesas necessárias à manutenção da família. Por essa razão afirma o autor<sup>5</sup> que “a comunhão de vida entre marido e mulher implica uma comunhão de interesses econômicos, motivo pelo qual a Lei Civil regula um particular estatuto patrimonial do casamento, caracterizado pelo regime de bens”.

Diante desse inevitável envolvimento patrimonial, deve o código civil cuidar da regulamentação dessas relações econômicas, de modo a esclarecer a titularidade, a origem, o destino, bem como a possibilidade de mistura dos bens do casal<sup>6</sup>. Não se deve pensar que a repercussão econômica se sobrepõe ao caráter afetivo-solidarista do casamento e das relações familiares, tendo em vista que as conseqüências patrimoniais do matrimônio têm de estar conectadas com a proteção da dignidade humana e com a proteção dos valores existenciais do homem<sup>7</sup>.

Assim, conclui-se que as relações de índole econômica estabelecidas entre os cônjuges serão, necessariamente, informadas pelos princípios constitucionais, em especial pela igualdade substancial e pela solidariedade social, garantindo-se, assim, a primazia da proteção humanista<sup>8</sup>.

## **1.2- Considerações gerais acerca da escolha do regime de bens**

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p.230.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

O regime de bens, verdadeiro estatuto patrimonial do casamento, pode ser definido como o conjunto de regras que buscam disciplinar as relações econômicas dos cônjuges entre si e também em relação a terceiros<sup>9</sup>.

O casamento produz efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais, sendo certo que os últimos condizem com o regime de bens escolhidos pelos cônjuges. A matéria encontra-se regulada dentre os artigos 1.639 e 1.688, do código civil, destacando-se o fato de a atual codificação permitir expressamente a modificação do regime de bens na constância do casamento, na forma do que estabelece o art. 1.639, § 2º, do CC.

Com efeito, a mutabilidade do regime de bens representa inovação significativa na atual ordem jurídica, sendo certo que o código civil de 1916 estabelecia a irrevogabilidade ou inalterabilidade do regime de bens entre os cônjuges. Logo, uma vez escolhido determinado regime pelo casal, este deveria perdurar enquanto subsistisse a sociedade conjugal. Vigorava, portanto, a imutabilidade absoluta.

Atualmente, é admissível a alteração do regime de bens, desde que haja autorização judicial e pedido motivado de ambos os cônjuges, devendo ser apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros. Logo, é de se perceber que a alteração do regime de bens não poderá ser obtida de maneira unilateral. O Código de 2002 substituiu o princípio da imutabilidade absoluta do regime de bens pelo princípio da mutabilidade motivada ou justificada. Disso se depreende que a inalterabilidade continua sendo a regra e a mutabilidade a exceção<sup>10</sup>.

Dependendo do regime de bens escolhido pelo casal surgirão importantes repercussões práticas, destacando-se, dentre elas as questões afetas à necessidade de

---

<sup>9</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 189.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 189.

autorização do cônjuge para a prática de determinados atos (art. 1.647, do código civil) e as questões acerca da ordem de vocação hereditária na sucessão legítima (art. 1.829, CC), aspecto que será detalhadamente abordado adiante.

Conforme lição de Caio Mário da Silva Pereira<sup>11</sup>:

A essência das relações econômicas entre casados reside, efetivamente, nos regimes de bens, sobre os quais a doutrina, tanto nacional como a estrangeira, estende-se, deles cogitando igualmente as legislações. Não se pode, em verdade, conceber um casamento sem regime de bens, mesmo nos países de economia socialista, ainda que os cônjuges conservassem seus patrimônios totalmente estanques e sem encargos matrimoniais, pois a lei que o estabelecesse estaria instituindo desta maneira um regime de bens.

Vigora na ordem jurídica pátria o princípio da liberdade na escolha do regime de bens, na forma do que estabelece o art. 1.639, *caput*, do código. Com efeito, os cônjuges poderão optar pelo regime que lhes parecer mais conveniente, conforme os princípios da autonomia privada, boa-fé, confiança recíproca e autorresponsabilidade. Poderão ser adotados os regimes da comunhão parcial de bens, comunhão universal, separação final nos aquestos ou separação convencional.

O princípio da liberdade na escolha do regime de bens, entretanto, admite uma única exceção, qual seja, o regime da separação obrigatória ou legal, cujas hipóteses encontram-se estampadas no art. 1.641, do código civil. Nesse caso, a própria lei determina a adoção de um regime de bens, razão pela qual se está diante de uma norma cogente, impossível de ser afastada pela vontade das partes.

Assim, nos casos em que qualquer um dos cônjuges contrair casamento com a inobservância de suas causas suspensivas; quando se estiver diante de pessoa maior de 70 (setenta) anos ou nos casos em que for necessário suprimento judicial, será obrigatório o regime da separação de bens, nos exatos termos do art. 1.641, do código civil. Por se tratar de regime imposto por lei, não há necessidade de ser elaborado pacto

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p.189.

antenupcial.

Ressalte-se, nesse contexto, que a previsão da adoção do regime da separação legal ou obrigatória em razão da idade (art. 1.641, II, do CC) sempre foi objeto de severas críticas por parte da mais abalizada doutrina pátria. A própria jurisprudência tem proclamado ser essa restrição incompatível com as cláusulas constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica, intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, na forma dos artigos 1º, III, 5º I, IX e LIV, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Referida previsão, portanto, mostra-se atentatória à liberdade individual, consistindo em excessiva intervenção do Estado na vida de alguém que é maior e capaz. Vale destacar, nesse contexto, que a lei nº 12.344/10 modificou a idade de 60 (sessenta) anos contida no inciso II, do art. 1.641, CC, para 70 (setenta). Não obstante a mudança, continua sendo questionável tal imposição legal.

O regime legal ou supletivo, como se sabe, é o da comunhão parcial de bens, que prevalece nos casos de não ser feito pacto antenupcial ou nas situações que acarretem a nulidade ou ineficácia do pacto realizado, consoante inteligência do art. 1.640, *caput*, do código civil. Nesse regime, basicamente se excluem da comunhão os bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham a ser adquiridos por causa anterior e alheia ao casamento, como é o caso das doações. Fala-se, portanto, que o regime da comunhão parcial constitui um regime misto, sendo formado em parte pelo da comunhão universal e em parte pelo da separação.

Diante da regra da liberdade da escolha do regime de bens, Caio Mário da Silva Pereira<sup>12</sup> ensina que os cônjuges podem escolher o regime de bens conforme sua preferência, sendo possível combiná-los ou mesmo estipular cláusulas de sua livre

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, p.190.

escolha e redação, desde que, entretanto, não atentem contra os princípios de ordem pública e não contrariem a natureza e os fins do casamento.

Todo e qualquer matrimônio estará submetido a um determinado regime de bens, como forma de disciplina das suas múltiplas conseqüências econômicas. É natural, dentro do contexto da autonomia privada, que os consortes possam escolher livremente as regras que irão nortear o casamento<sup>13</sup>.

Nesse sentido, lição de Cristiano Chaves de Farias<sup>14</sup>:

Desde a máxima unificação patrimonial (criando uma massa única de bens para atender às necessidade familiares) até a completa diáspora dos bens pertencentes a cada um dos esposos (fazendo com que cada cônjuge conserve individual e autonomamente os seus próprios bens), passando por sistemas intermediários, que organizam a economia conjugal criando comunidades entre certas classes de bens, é reconhecida a livre escolha da disciplina das relações econômicas do matrimônio.

Afirma-se, portanto, que o regime de bens corresponde a um verdadeiro estatuto patrimonial do casamento, como forma de estabilizar, tranqüilizar, as relações internas existentes entre os esposos, bem como as relações exteriores, travadas entre estes e terceiros<sup>15</sup>.

De acordo com o autor supracitado<sup>16</sup>, a regulamentação jurídica dos efeitos patrimoniais das núpcias é tão relevante que, mesmo sem a manifestação expressa dos cônjuges, a lei suprirá a omissão, estabelecendo um regime de bens supletivo de vontade, qual seja, o regime da comunhão parcial de bens. Tal providência se justifica porque os efeitos patrimoniais do casamento também atingem a terceiros, cujas esferas de interesses precisam estar, igualmente, protegidas.

### **1.3- As relações econômicas matrimoniais à luz da normatividade constitucional**

---

<sup>13</sup> FARIAS, *op. cit.*, p.232.

<sup>14</sup> *Ibidem.*

<sup>15</sup> *Ibidem.*

<sup>16</sup> *Ibidem.*

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou uma nova tábua axiomática, impondo, com isso, uma releitura de institutos clássicos das relações privadas, como a propriedade, o contrato e, ainda, o regime de bens do casamento.

Nesse sentido, ensina Cristiano Chaves de Farias<sup>17</sup> que:

A partir dos novos valores que permeiam a ordem jurídica brasileira, em especial a partir dos princípios e garantias constitucionais, é imperioso submeter as relações patrimoniais privadas à valorização da dignidade do homem (CF, art. 1º, III), à solidariedade entre as pessoas e a erradicação da pobreza (CF, art. 3º) e à liberdade e igualdade sociais (CF, art. 5º). Enfim, é preciso fazer com que o patrimônio sirva à proteção da pessoa. É o que se convencionou chamar de despatrimonialização das relações privadas.

Logo, na atual ordem jurídica, a pessoa humana é colocada em primeiro plano, juntamente com as suas necessidades fundamentais. Por essa razão, o mesmo autor<sup>18</sup> afirma que “é necessário ultrapassar as fronteiras dos direitos da personalidade para buscar, também nos direitos patrimoniais, a afirmação da proteção funcionalizada da pessoa humana”.

Considerando-se os efeitos patrimoniais que decorrem do casamento, é de ser reconhecida a aplicação, no campo do regime matrimonial de bens, da teoria do patrimônio mínimo da pessoa humana. Assim, vislumbra-se uma limitação ao exercício de direitos subjetivos obrigacionais prejudiciais ao núcleo familiar, de modo a estarem protegidas as pessoas humanas componentes<sup>19</sup>.

De acordo com as lições de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias<sup>20</sup>, é preciso reconhecer, por força dos parâmetros humanistas e sociais impostos pela Carta Magna, que o regime de bens do casamento deverá implicar no reconhecimento de uma categoria mínima de bens que ficam imunes à penhora, “com o propósito de resguardar

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p.233.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p.232.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p.235.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

a própria dignidade das pessoas que alçam vôo no rumo da plena realização de vida”<sup>21</sup>.

Como se sabe, na mesma linha de igualdade proposta pela Constituição Federal de 1988, o código civil de 2002 buscou enfatizar a questão da incidência da isonomia entre homens e mulheres. Assim sendo, é possível afirmar que as restrições à liberdade de dispor dos próprios bens, o direito à administração de bens e mesmo as prerrogativas de atuar sem a autorização do cônjuge são aplicáveis de maneira uniforme ao marido e à esposa<sup>22</sup>.

Como bem ressaltam os dois autores<sup>23</sup>, “as atividades desenvolvidas por cada cônjuge, seja qual for a natureza, equivalem na importância e, desse modo, os benefícios obtidos pelo casal, durante a convivência afetiva, devem ser considerados resultantes dos esforços comuns”.

#### **1.4- Princípios norteadores dos regimes de bens**

A doutrina aponta que três são os princípios básicos aos quais ficam submetidas as relações econômicas derivadas de um casamento, a saber: liberdade de estipulação, variedade de regimes e mutabilidade justificada e submetida ao crivo judicial<sup>24</sup>.

A possibilidade de livre escolha do estatuto patrimonial vem calcada no princípio da autonomia privada, sendo imperioso lembrar que os efeitos patrimoniais do casamento enquadram-se como interesses disponíveis. Assim sendo, cabe ao casal, antes mesmo da celebração do matrimônio, decidir o regramento que irá nortear suas relações

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p.235.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p.236.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p.237.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p.239.

econômicas, na exata forma do que prevê o art. 1.639, do código civil<sup>25</sup>.

Cristiano Chaves<sup>26</sup> lembra, com acerto, que “para o exercício deste direito de escolha do estatuto patrimonial, impõe-se, de outro lado, a celebração de um negócio jurídico formal (chamado de pacto antenupcial), através de escritura pública a ser registrada no Cartório de Imóveis”. Assim sendo, a liberdade de escolha deverá ser exercida na estrita forma exigida pela legislação, sob pena de invalidade<sup>27</sup>.

O pacto antenupcial deverá ser celebrado pelos cônjuges durante o procedimento de habilitação para o casamento, antecedendo à celebração do ato.

A respeito do pacto antenupcial elucidativo é o ensinamento do autor<sup>28</sup>. Veja-se:

[...] o seu conteúdo é restrito, exclusivamente, à deliberação sobre os efeitos econômicos do matrimônio, sendo absolutamente vedado aos cônjuges dispor sobre os efeitos pessoais. Assim, será nula de pleno direito (CC, art. 166), não produzindo qualquer efeito jurídico, qualquer disposição que, exemplificativamente, libere um dos consortes de prestar assistência moral ou material ao outro ou mesmo exonere um dos esposos do dever de fidelidade ou de respeito e lealdade. Com isso, limita-se ao campo patrimonial a liberdade de estipulação conferida aos cônjuges, sendo impensável, entre nós, porque nulas de pleno direito, as disposições ‘hollywoodianas’, através das quais se exige, em pactos pré-nupciais, um número mínimo semanal de encontros sexuais ou são garantidas indenizações milionárias para a quebra de obrigações matrimoniais pessoais.

Lembre-se que também é vedado o pacto sucessório em convenções antenupciais, sendo nulos os negócios jurídicos que tenham por objeto a herança de pessoa viva, na forma do que estabelece o art. 426, da lei civil<sup>29</sup>. E, ainda, conforme afirmam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>30</sup>, “não podem os nubentes estabelecer disposições condicionais ou a termo em relação ao regime de bens adotado. Daí a eventual nulidade de convenção antenupcial que, por exemplo, imponha um regime de bens durante determinado tempo ou até que advenha prole”.

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, p.239.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p.240.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

A escolha do regime de bens, portanto, é regulada pela autonomia privada, pela confiança legítima, autorresponsabilidade, boa-fé e eticidade. Cada regime traz conseqüências próprias para a vida econômica do casal, tratando-se de uma escolha tão importante, que é capaz de obrigar marido e mulher tanto em vida, quanto após a morte.

Pode ser que optem por uma total comunhão de bens ou mesmo por uma absoluta separação patrimonial. Neste último caso, o casal firma pacto antenupcial atestando a não intenção de ter um patrimônio em comum, devendo ser esta vontade respeitada mesmo após a morte de um dos cônjuges.

## **CAPÍTULO 2 – O regime da separação convencional de bens e a ordem de vocação hereditária**

### **2.1 – Noções básicas acerca do regime de separação convencional**

Dentro dessa perspectiva de liberdade, podem os cônjuges reputar conveniente a adoção do regime da separação convencional de bens. Na forma do que dispõe o art. 1687, do código civil, uma vez escolhido o regime da separação convencional, permanecerão os bens sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá alienar ou gravar de ônus real livremente.

O regime da separação convencional de bens é aquele que promove uma absoluta diáspora patrimonial, impedindo a comunhão de todo e qualquer bem adquirido por cada cônjuge, antes ou depois do casamento, a título oneroso ou gratuito,

uma vez que “outorga-se a cada esposo uma independência absoluta quanto aos seus bens e obrigações, no presente e no futuro”<sup>31</sup>.

Como se percebe, no regime da separação convencional cada cônjuge conserva a plena propriedade, integral administração e fruição de seus próprios bens. Logo, ao ser estipulado tal regime, o casamento não irá repercutir na esfera patrimonial dos cônjuges, uma vez que a incomunicabilidade envolve todos os bens presentes e futuros, conferindo total autonomia a cada um na gestão de seu próprio patrimônio.

Vê-se, portanto, que o casal exerce a opção de ter uma vida patrimonial separada, por motivos que só aos cônjuges interessam. De todo modo, o ordenamento jurídico pátrio não só prevê, como também protege tal situação, em prestígio ao basilar princípio da autonomia privada.

A respeito, ensina Carlos Roberto Gonçalves<sup>32</sup> que:

No regime da separação absoluta os cônjuges unem suas vidas e seus destinos, mas ajustam, por meio do pacto antenupcial, a separação no campo patrimonial. Embora sejam marido e mulher, cada qual continua dono do que lhe pertencia e se tornará proprietário exclusivo dos bens que vier a adquirir, recebendo sozinho as rendas produzidas por uns e outros desses bens.

Na forma do que prescreve o art. 1.688, do código civil de 2002, ambos os cônjuges têm a obrigação de contribuir para as despesas do casal, sendo este um dever que se estende a todos os regimes de bens, em razão da isonomia constitucional. Assim, as dívidas contraídas em benefício da economia doméstica se comunicam, na forma dos arts. 1.643 e 1.644, CC.

Cristiano Chaves de Farias<sup>33</sup> leciona que tal regime é, sem dúvida, o mais simplificado de todos os regimes patrimoniais, em razão de não existirem pontos de comunhão, afastando-se, assim, as controvérsias naturais de uma liquidação de bens

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p.300.

<sup>32</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 442.

<sup>33</sup> FARIAS, *op. cit.*, p.300.

comuns.

Segundo o renomado autor<sup>34</sup>:

No regime de separação convencional, não existem bens comuns, estabelecendo, pois, uma verdadeira separação absoluta de bens. No ponto, inclusive, ele se difere da separação obrigatória ou legal, submetida ao art. 1.641 do Código de 2002. Nesta (separação obrigatória), por conta da incidência da súmula nº 377 da Suprema Corte, haverá comunhão dos aquestos (bens adquiridos onerosamente na constância do casamento), deixando claro que a separação não é total. Naquela (separação convencional), inexistem bens comuns, permitindo que seja, de fato, denominada separação absoluta ou total. Isto, por si só, já serve para justificar a exigência de outorga, consentimento, do cônjuge para alienar ou onerar bens imóveis – e para prestar fiança ou aval – se o matrimônio estiver sob o regime de separação obrigatória, sendo totalmente desnecessária, por lógico, esta outorga se o casamento é regido pela separação convencional.

Com efeito, no regime de separação legal de bens, a jurisprudência tem admitido a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum do casal, desde que comprovada a existência da sociedade de fato. Por esta razão, foi editada a súmula nº 377, do Supremo Tribunal Federal, baseada no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.

Nesse caso, Carlos Roberto Gonçalves<sup>35</sup> defende que para a partilha de bens, será exigível a prova do esforço comum em ação própria de reconhecimento de sociedade de fato, não se reconhecendo tal sociedade apenas em virtude da vida em comum do casal, com o simples atendimento dos deveres que decorram da existência do casamento.

O Superior Tribunal de Justiça diverge, contudo, sobre a possibilidade de aplicação da mencionada súmula ao regime da separação convencional de bens. Em alguns julgados, leva-se em conta a efetiva demonstração do esforço comum, admitindo-se, excepcionalmente, a participação patrimonial mesmo com a adoção do regime de separação absoluta.

Confira-se:

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, p.300.

<sup>35</sup> GONÇALVES, *op. cit.*, p. 443.

CIVIL E PROCESSUAL. INVENTÁRIO. PARTILHA DE BENS. REGIME VOLUNTÁRIO DE CASAMENTO. SEPARAÇÃO DE BENS. PACTO ANTENUPCIAL. IMÓVEL REGISTRADO EM NOME DO DE CUJUS ADQUIRIDO MEDIANTE PERMUTA DE PATRIMÔNIO (CABEÇAS DE GADO) FORMADO PELO ESFORÇO COMUM DO CASAL. SOCIEDADE DE FATO SOBRE O BEM. DIREITO À MEAÇÃO RECONHECIDO. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ.

I. O regime jurídico da separação de bens voluntariamente estabelecido é imutável e deve ser observado, admitindo-se, todavia, excepcionalmente, a participação patrimonial de um cônjuge sobre bem do outro, se efetivamente demonstrada, de modo concreto, a aquisição patrimonial pelo esforço comum, caso dos autos, em que uma das fazendas foi comprada mediante permuta com cabeças de gado que pertenciam ao casal.

II. Impossibilidade de revisão fática, ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ.

III. Recurso especial não conhecido<sup>36</sup>.

(REsp 286514/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2007, DJ 22/10/2007 p. 276).

Em sentido contrário, julgado em que se prestigia a incomunicabilidade total entre os bens do casal, mantendo-se a vontade livremente manifestada quando da contração das núpcias:

CASAMENTO. PACTO ANTENUPCIAL. SEPARAÇÃO DE BENS. SOCIEDADE DE FATO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DIVISÃO DOS AQUESTOS.

- A cláusula do pacto antenupcial que exclui a comunicação dos aquestos impede o reconhecimento de uma sociedade de fato entre marido e mulher para o efeito de dividir os bens adquiridos depois do casamento. Precedentes<sup>37</sup>.

(REsp 404088/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2007, DJ 28/05/2007 p. 320)

No mesmo sentido, abalizada opinião de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>38</sup>:

Entendemos, por lógica e respeito à autonomia privada, não incidir no regime da separação convencional a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que determina a comunhão dos aquestos (bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento) no regime de separação legal. A nosso viso, o cabimento do referido entendimento sumular está restrito ao âmbito do regime de separação obrigatória, garantindo justiça social e tratamento igualitário, considerando não ter sido o regime escolhido pelas partes. No entanto, diferentemente, a separação convencional decorre da vontade

<sup>36</sup> BRASIL, REsp. nº 286.514/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, STJ, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2007. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 10 de março de 2011.

<sup>37</sup> BRASIL, REsp 404088/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, STJ, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2007. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 10 de março de 2011.

<sup>38</sup> FARIAS, *op. cit.*, p.302-303.

expressa e livre das partes, motivo pelo qual não nos parece razoável permitir a comunhão de qualquer bem, mantendo-se, integralmente, a individualidade patrimonial. Incidir a referida súmula no regime de separação convencional seria, na prática, aniquilar a separação de bens, banindo do sistema tal possibilidade.

O regime da separação convencional de bens vem previsto nos arts. 1.687 e seguintes do código civil, sendo também chamado de regime da separação absoluta, total, contratual, ou por acordo. Note-se que no pacto deve constar que tanto os bens presentes (adquiridos antes do casamento), como os futuros não se comunicam.

Segundo lições de Cristiano Chaves de Farias<sup>39</sup>, esta incomunicabilidade absoluta de bens precisa deixar de ser vista com olhos críticos, de modo a se fazer crer que a adoção da separação de bens implicaria menos afeto e amor recíproco entre o casal. Não se deve enxergar, nesse regime, uma dissociação espiritual entre os cônjuges. Ao contrário, “a sua adoção parece consubstanciar, com exatidão, um grande despreendimento e evidenciar a falta de interesse material no casamento.”<sup>40</sup>,

A esse respeito, informa Cristiano Chaves de Farias<sup>41</sup> que:

Casar é ato de comunhão afetiva e solidária, promovendo uma integração fisio-psíquica. Logo, deveria o sistema jurídico disciplinar as famílias sem atribuir bens reciprocamente, afastando as conseqüências econômicas. Dividir patrimônio e permitir a comunhão patrimonial têm de decorrer, exclusivamente de ato de vontade dos interessados. Por isso, o regime legal supletivo deveria ser a separação de bens, como, aliás, ocorre no Japão e na maioria dos estados norte-americanos.

O mesmo autor sintetiza que as características fundamentais da separação convencional de bens são: a administração particular dos bens por cada consorte, a liberdade de disposição patrimonial e a responsabilidade patrimonial individual pelas dívidas e obrigações assumidas<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, p.300.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p.300-301.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p.301.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p.302.

## 2.2- A concorrência sucessória do cônjuge

No caso de o autor da herança falecer sem deixar testamento ou deixar testamento, mas possuir herdeiros necessários (que fazem jus à legítima), deverá ser observada a ordem de vocação hereditária, verdadeira seqüência preferencial estabelecida no art. 1.829, do CC/2002<sup>43</sup>.

Segundo Tereza Matos<sup>44</sup>, a ordem de vocação hereditária consiste em uma relação preferencial, estabelecida por lei, das pessoas que são chamadas a suceder a pessoa morta. Acrescenta a autora que “as disposições legais referentes à vocação hereditária são de ordem pública e o chamamento é realizado por classes. Cada inciso diz respeito a uma classe, cuja convocação é sucessiva (art. 1.829 do Código Civil)”<sup>45</sup>.

O novo código civil trouxe significativas modificações para a situação do cônjuge sobrevivente, a começar pela sua inclusão no rol dos herdeiros necessários, consoante se verifica no art. 1845. Em decorrência disso, uma nova ordem de vocação hereditária foi estabelecida no art. 1.829, CC. O Código Civil de 1916 não continha qualquer previsão acerca da concorrência sucessória do cônjuge frente aos descendentes e ascendentes do morto, sendo certo que sequer compunha o rol dos herdeiros necessários<sup>46</sup>.

Cláudia de Almeida Nogueira<sup>47</sup> informa, a esse respeito, que:

O código revogado, no art. 1611, *caput*, considerava o cônjuge como herdeiro facultativo, afastável por testamento, do direito à propriedade da herança. Na falta de testamento válido, o sobrevivente herdava a totalidade

---

<sup>43</sup> QUARANTA, Roberta Madeira. *Análise crítica do artigo 1.829, I, do CC/2002 à luz do Resp. nº 992.749 do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17777>. Acesso em: 28 dez. 2010.

<sup>44</sup> MATOS, Tereza. *Novo direito das sucessões – Teoria e prática*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008, p. 47.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>46</sup> QUARANTA, *op. cit.*. Acesso em: 28 dez. 2010.

<sup>47</sup> NOGUEIRA, Cláudia de Almeida. *Direito das sucessões: comentários à parte geral e à sucessão legítima*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 106.

do patrimônio do falecido na falta de herdeiros necessários (descendentes e ascendentes). No mesmo artigo 1611 do CC/16, em seu § 1º, o consorte era contemplado com o usufruto vidual e no § 2º com o direito real de habitação, deixando o falecido descendentes ou ascendentes como sucessores. Esses direitos eram subordinados ao regime de bens.

O cônjuge participa da ordem de vocação hereditária em terceiro lugar, na forma do art. 1.829, III, do CC/2002<sup>48</sup>, havendo também as hipóteses de concorrência com descendentes e ascendentes previstas, respectivamente, nos incisos I e II do art. 1.829.. Como todo herdeiro necessário, fará jus à legítima.

Maria Berenice Dias<sup>49</sup> esclarece que não há que se confundir a legitimidade sucessória do cônjuge com a meação, sendo esta a metade dos bens comuns que não integram a herança e pertencente ao cônjuge sobrevivente. A existência do direito à meação, contudo, dependerá do regime de bens do casamento, sendo certo que, no regime de separação de bens, o cônjuge não recebe meação, diante da inexistência de bens comuns<sup>50</sup>.

Além da meação, a título de concorrência sucessória, o cônjuge também pode receber parte da herança juntamente com os herdeiros, que o antecedem na ordem de vocação hereditária. Maria Berenice Dias<sup>51</sup> ensina que na concorrência com os descendentes o direito está condicionado ao regime de bens do casamento, enquanto na concorrência com os ascendentes o cônjuge sempre faz jus a fração da herança, não importando o regime de bens.

Em idêntico sentido, ensinamento de Cláudia de Almeida Nogueira<sup>52</sup>:

O consorte, concorrendo com os descendentes do falecido, é herdeiro necessário especial porque ele pode ou não suceder, dependendo do regime de bens. O direito sucessório do sobrevivente está condicionado ao regime matrimonial. Concorrendo com os ascendentes, ele é herdeiro necessário clássico, pois sempre sucede.

Em todo caso, será sempre necessária a efetiva existência de sociedade conjugal

---

<sup>48</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 131.

<sup>49</sup> DIAS, *op. cit.*, p. 131.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>52</sup> NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 105.

para que o cônjuge preserve a qualidade de herdeiro.

A esse respeito, lição de Maria Berenice Dias<sup>53</sup>:

Para o cônjuge preservar a qualidade de herdeiro, é preciso que a sociedade conjugal tenha persistido até o falecimento do outro. Indispensável reconhecer que a separação de fato subtrai do viúvo a condição de herdeiro. Admitir a possibilidade de o cônjuge herdar quando o casal já estava separado de fato, é perpetuar os efeitos do casamento para depois do seu fim.

Segundo Cláudia de Almeida Nogueira<sup>54</sup>, tanto o consorte sucedendo em concurso com os descendentes, ou ascendentes ou mesmo sozinho, como terceiro na ordem de vocação hereditária, será sempre necessário o preenchimento dos requisitos legais elencados no art. 1830, do Código Civil de 2002. A autora lembra que o primeiro e mais importante requisito é ser casado, não sendo admissível a sucessão legítima para o separado judicialmente ou para o divorciado.

Diferentemente do que leciona Maria Berenice Dias, Cláudia de Almeida Nogueira<sup>55</sup> aponta que o separado de fato pode suceder e que, se a separação fática contar com menos de dois anos, o sobrevivente sempre sucede. Acrescenta, ainda, que caso haja separação de fato há mais de dois anos, o cônjuge supérstite sucede, desde que não tenha dado causa à separação do casal. A própria autora, no entanto, ressalva que esta última situação “gera polêmica, principalmente, se o falecido vivia em união estável, questionando-se quem é o herdeiro, se o cônjuge inocente ou o(a) companheiro(a)”<sup>56</sup>.

### **2.3- O art. 1.829, I, do código civil e o regime da separação convencional de bens**

---

<sup>53</sup> DIAS, op. cit., p. 132.

<sup>54</sup> NOGUEIRA, op. cit., p. 106-107.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 107.

Na hipótese de concorrência entre os descendentes e o cônjuge (art. 1.829, I, CC), o direito sucessório deste irá depender do regime de bens do casamento. Com efeito, a interpretação do art. 1.829, I, CC, vem despertando diversas controvérsias no cenário do direito das sucessões.

Veja-se que a sucessão legítima defere-se, em primeiro lugar, aos descendentes, que concorrem com o cônjuge sobrevivente, exceto nos casos de casamento no regime da comunhão universal, separação obrigatória ou, no regime da comunhão parcial, se o autor da herança não houver deixado bens particulares, consoante dispõe o art. 1.829, I, do código civil<sup>57</sup>.

Assim, a interpretação majoritária do inciso I, art. 1.829, CC, realizada *a contrario sensu*, é a de que concorrerão com os descendentes do falecido os casados pelos regimes da participação final nos aquestos; separação convencional e comunhão parcial de bens, quando, neste último caso, o autor da herança houver deixado bens particulares.

Logo, verifica-se uma tendência doutrinária no sentido de conferir uma interpretação literal ao mencionado dispositivo legal, entendendo-se que o cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens é herdeiro necessário.

Entretanto, não se chega à mesma conclusão ao se realizar uma interpretação sistemática do art. 1.829, I, do Código Civil, levando-se em conta os demais dispositivos legais atinentes à matéria.

Em caso recentemente julgado pela 3ª turma do STJ (REsp. nº 992.749/MS), buscou-se definir se o cônjuge supérstite, casado com o autor da herança sob o regime da separação convencional de bens, seria ou não herdeiro necessário.

No caso concreto apreciado, o matrimônio teve duração de apenas 10 (dez)

---

meses e, na data da convolação das núpcias, o *de cujus* já havia construído todo seu patrimônio. Por livre escolha dos contraentes foi adotado o regime da separação convencional de bens, optando-se, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos<sup>58</sup>.

Interpretando sistematicamente os arts. 1.829, I e 1.647, do Código Civil e considerando o verdadeiro sentido do regime de separação de bens, a Ministra Nancy afirmou que o regime de separação obrigatória de bens previsto no art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, é gênero que congrega duas espécies, quais sejam, a separação legal e a separação convencional. Enquanto o primeiro decorre da lei, o segundo decorre da vontade das partes, sendo certo que ambos os regimes obrigam os cônjuges à sua observância<sup>59</sup>.

Logo, para o cônjuge casado mediante a separação de bens, seja ela legal ou convencional, não remanesce o direito à meação e nem mesmo o direito à concorrência sucessória. Há que ser respeitado o regime de bens estipulado, que obriga as partes não só em vida, mas também na morte. Nesses dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.

A respeito da expressão “separação obrigatória de bens” contida no art. 1.829, I, do código civil, o Ministro Sidnei Beneti<sup>60</sup> esclarece que:

A melhor leitura é a que toma o termo como genérico, abrangendo as duas modalidades de separação total de bens particulares adquiridos anteriormente ao casamento, isto é, a separação legal e a separação convencional, pois ambas, afinal de contas, são obrigatórias e os cônjuges que não atinam com a possibilidade de sutilezas de interpretação legal devem imaginar exatamente que, quando se casam optando pela separação de bens, será ela obrigatória, quer dizer, seus bens estarão separados durante o casamento e por ocasião da partilha por ocasião do óbito.

---

<sup>58</sup> BRASIL, REsp nº 992.749/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, STJ, TERCEIRA TURMA, julgado em: 01/12/2009. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28 de dezembro de 2011.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

Da mesma forma, o ilustre Miguel Reale<sup>61</sup> entende que são duas as hipóteses de separação obrigatória. Uma é aquela prevista no art. 1.641, parágrafo único, do código civil e a outra resulta de estipulação feita pelos nubentes que optam, antes do casamento, pela separação de bens. Frisa o renomado autor que “a obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão 'separação obrigatória' aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1.641”<sup>62</sup>.

Nas palavras da Ministra Nancy Andrighi<sup>63</sup>:

A separação de bens, que pode ser convencional ou legal, em ambas as hipóteses, é obrigatória, porquanto na primeira, os nubentes se obrigam por meio de pacto antenupcial - contrato solene - lavrado por escritura pública, enquanto na segunda, a obrigação é imposta por meio de previsão legal.

Nessa linha de raciocínio, em razão do pacto antenupcial realizado livre e conscientemente pelos nubentes, tem-se a obrigatoriedade da separação de seus bens, tanto os presentes, como os futuros. Imperioso destacar, nesse contexto, que os cônjuges decidiram, em vida, possuir núcleos patrimoniais totalmente distintos, por razões que só a eles interessam. Frise-se, por livre e espontânea vontade preferiram os cônjuges manter separado o aspecto patrimonial de suas vidas, sendo esta uma possibilidade facultada pelo ordenamento jurídico pátrio.

A esse respeito, Roberta Quaranta afirma que<sup>64</sup>:

o postulado da boa fé objetiva impõe diretrizes às ações ocorridas no intenso tráfico de negócios ocorridos cotidianamente, sendo, diante do caso concreto posto sob análise, qualificada como aquela que impede que o cônjuge que firmou pacto antenupcial em determinado sentido, de forma livre e lícita, possa se furtar ao cumprimento da avença e, após a morte do outro, reivindicar um direito ao qual de forma solene havia declinado em momento anterior, uma vez que no processo de habilitação para o casamento, durante a feitura do pacto antenupcial (por escritura pública) - em consenso com o autor da herança - houve a opção pelo regime da separação convencional de bens.

---

<sup>61</sup> REALE *apud* QUARANTA, *op. cit.*. Acesso em: 28 dez. 2010.

<sup>62</sup> *Ibidem*. Acesso em: 28 dez. 2010.

<sup>63</sup> BRASIL, REsp nº 992.749/MS, *op. cit.* p. 20.

<sup>64</sup> QUARANTA, *op. cit.*. Acesso em: 28 dez. 2010.

Não há, portanto, razão para fazer com que essa vontade inicialmente manifestada seja desrespeitada após a morte de um deles. Nas irretocáveis palavras da Ministra Nancy Andrighi<sup>65</sup>:

Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens post mortem, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria.

Segundo a Ministra, admitir o casado pelo regime da separação convencional de bens como herdeiro necessário seria como violentar a vontade do cônjuge e, o mais, grave, após a sua morte “concedendo a herança ao sobrevivente com quem ele nunca quis dividir nada, nem em vida”<sup>66</sup>.

Veja-se, portanto, trecho do emblemático e elucidativo acórdão do Superior Tribunal de Justiça, relatado pela Ministra Nancy Andrighi:

[...] Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica. (...)

O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância.

Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.

Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos.

(...)

Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas

<sup>65</sup> BRASIL, REsp nº 992.749/MS, op. cit. p. 1.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.

Haveria, indubiosamente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens post mortem, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria.

Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública. (...)

(STJ, REsp nº 992.749/MS, 3ª turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em: 01/12/2009).

Nesse diapasão, é fundamental o respeito à vontade dos nubentes, consignada desde a elaboração do pacto antenupcial, dotado de publicidade e eficácia oponível perante terceiros<sup>67</sup>.

Segundo informa a Ministra Nancy Andrighi<sup>68</sup>, faz-se imprescindível a interpretação do art. 1.829, I, do CC/02 em harmonia com os demais dispositivos que enfeixam a temática, em observância aos princípios da dignidade da pessoa humana, autonomia privada, autorresponsabilidade, confiança legítima, boa-fé e eticidade.

Confira-se<sup>69</sup>:

Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da conseqüente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.

E, ainda, ressalta a ministra do Colendo Superior Tribunal de Justiça que a ampla liberdade que os cônjuges possuem para pactuar o regime de bens, prevista pelo direito de família não pode ser toldada pelo direito das sucessões, tendo em vista que o

---

<sup>67</sup> QUARANTA, *op cit.* Acesso em: 28 dez. 2010.

<sup>68</sup> BRASIL, REsp nº 992.749/MS, *op. cit.* p. 1.

<sup>69</sup> *Ibidem.*

fenômeno sucessório significa uma continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida.<sup>70</sup>

Diante de todo o exposto, a interpretação literal do art. 1.829, I, do código civil, afigura-se capaz de conduzir à situações injustas e violadoras da vontade inicial dos nubentes. E, ainda, restaria flagrantemente desrespeitada a vontade de alguém que já não vive. O cônjuge sobrevive já manifestou sua vontade de forma livre e lícita, qual seja, a da total separação patrimonial, não podendo, portanto, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou.<sup>71</sup>

## CONCLUSÃO

Os cônjuges, por diversas razões, podem reputar conveniente a escolha do regime da separação convencional de bens. Trata-se de uma escolha facultada pelo ordenamento jurídico pátrio, estando os nubentes plenamente conscientes das conseqüências advindas da escolha.

O casal firma um contrato solene (pacto antenupcial) manifestando a intenção de não ter patrimônio comum e, logo, não devem os intérpretes da lei elevar o cônjuge sobrevivente à categoria de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de flagrante violação ao regime de bens pactuado.

Se os cônjuges pretendessem, de fato, ter um patrimônio comum, poderiam ter requerido a alteração do regime de bens estipulado, hipótese permitida desde o advento da atual codificação civil. E, ainda, se o autor da herança pretendesse contemplar o

---

<sup>70</sup> *Ibidem.*

<sup>71</sup> *Ibidem.*

cônjuge supérstite com seu patrimônio, o teria feito via doação ou mesmo deixando testamento ou legado para o sobrevivente.

Levando-se em consideração o princípio da liberdade de escolha do regime de bens e, ainda, a escolha livre e consciente do regime da separação absoluta de bens, tem-se que a única interpretação cabível do art. 1.829, I, do Código civil é aquela que entende ser a separação obrigatória um gênero que congrega duas espécies, quais sejam, a separação obrigatória e a separação convencional.

Dessa forma, acredita-se que a atual interpretação defendida pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria seja a mais acertada. Igualmente, fortes vozes doutrinárias apontam no sentido da valorização efetiva da vontade das partes no tocante à escolha dos cônjuges pelo regime da separação de bens.

Assim sendo, a única interpretação cabível do art. 1.829, I do CC/2002 é aquela realizada em consonância com o art. 1.647 do mesmo diploma legal, concluindo-se que o cônjuge casado sob o regime da separação total de bens não é herdeiro necessário do autor da herança. Ademais, a quebra da unidade sistemática da lei codificada provocaria a morte do regime da separação de bens.

Com efeito, não há razão para ser desrespeitada a vontade do *de cujus*, realizando-se verdadeira alteração *post mortem* do regime matrimonial de bens. A questão merece ser analisada, portanto, sob o prisma dos princípios da boa-fé, eticidade, autonomia privada, autodeterminação e autorresponsabilidade.

## **BIBLIOGRAFIA**

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2 ed. Rio

de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATOS, Tereza. *Novo direito das sucessões – Teoria e prática*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

NOGUEIRA, Cláudia de Almeida. *Direito das sucessões: comentários à parte geral e à sucessão legítima*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

QUARANTA, Roberta Madeira. *Análise crítica do artigo 1.829, I, do CC/2002 à luz do Resp. nº 992.749 do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17777>. Acesso em: 28 dez. 2010.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SIMÃO, José Fernando. TARTUCE, Flávio. *Direito de família*. 3 ed. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL, REsp. nº 286.514/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, STJ, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2007. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 10 de março de 2011.

BRASIL, REsp 404088/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, STJ, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2007. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 10 de março de 2011.

BRASIL, REsp nº 992.749/MS, Rel. Min. Nancy Andrichi, STJ, TERCEIRA TURMA, julgado em: 01/12/2009. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28 de dezembro de 2011.