UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ



LETÍCIA DE MELLO LABEGALINI

**CÔNJUGE SUPÉRSTITE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO NO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS: UMA AFRONTA À AUTONOMIA DA VONTADE**

CURITIBA

2019LETÍCIA DE MELLO LABEGALINI

**CÔNJUGE SUPÉRSTITE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO NO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS: UMA AFRONTA À AUTONOMIA DA VONTADE**

Artigo apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Eroulths Cortiano Júnior

CURITIBA

2019

**AGRADECIMENTOS**

A tarefa de agradecer, na acepção mais pura e genuína de seu significado, só tem sentido quando as palavras transcendem qualquer obrigação. Espontânea, a gratidão em relação àqueles que me ampararam nestes cinco anos sintetiza o desejo de retribuir todo o apoio que me foi dado durante esse tempo.

Agradeço, primeiramente, a Deus, por ter me abençoado e protegido durante todo o caminho, sempre me guiando para o caminho do bem.

Agradeço à minha família, especialmente aos meus pais, que pela quarta vez acompanham a formatura em Direito de uma filha. É um privilégio valer-me de minha posição de caçula e poder encerrar esse ciclo com vocês. Muito obrigada por toda a dedicação e esforço dispendidos, incessantemente, para sempre dar a mim e minhas irmãs uma educação de qualidade, baseada na verdade e integridade. Afinal, não importa quantos títulos um indivíduo tenha, se não ostentar o mais valioso de todos: o caráter. Vocês são muito mais do que exemplos de ser humano para mim, são a bússola que carrego sempre em meu coração.

Agradeço às minhas três irmãs, que sempre compartilharam suas experiências, me aconselharam e orientaram para o melhor caminho. Vocês são trevos de quatro folhas que meus cunhados, aos quais também agradeço por todo o apoio, tiveram a sorte de encontrar.

Agradeço, também, aos meus sobrinhos, por sempre alegrarem meus dias com tanta doçura e inocência. Espero contribuir para um mundo melhor para vocês no futuro.

Agradeço ao meu namorado, que com amor e carinho me incentivou em tantos momentos, compartilhando horas de estudos. Tenho certeza que o apoio mútuo e a reciprocidade multiplicarão nossas conquistas e alegrias no caminho que juntos seguiremos.

Agradeço aos meus amigos, sobretudo Luísa Aranha Hapner, Luis Felipe Ibanhes Pereira, Gabriel Leon Kmita, Giovanna Fantin, Fernanda Abdala Lopes e Marielli Rodrigues, com os quais partilhei diversos momentos na faculdade, e, com convicção, posso afirmar que têm um brilhante futuro pela frente.

Agradeço, ainda, à irretocável Dra. Simone Cherem Fabrício de Melo, que, com sua excelência profissional e pessoal, serviu-me de inspiração não só para o presente trabalho, mas também para a carreira que desejo seguir no futuro. É um privilégio trabalhar junto a esse exemplo de Magistrada justa, correta e honesta.

Agradeço aos meus professores, que transmitiram o conhecimento da forma mais cativante possível.

Por fim, e não menos importante, agradeço à sociedade brasileira, que em meio a tantos problemas financiou minha formação na Universidade mais tradicional do País.

**RESUMO**

O presente artigo científico analisa a compreensão da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no tocante à consideração do cônjuge sobrevivente como concorrente com os descendentes do falecido sobre seu acervo hereditário, na hipótese de o casamento ter sido celebrado sob o regime de separação convencional de bens. Primeiramente, especifica-se as diferentes espécies de regime de bens no direito brasileiro e explica-se o sistema sucessório. Em seguida, examina-se, mediante uma abordagem comparativa, os fundamentos das divergentes correntes hermenêuticas tangentes ao tema ora em análise. Além disso, rememora-se o pregresso entendimento da 3ª Turma do STJ, o qual estabelecia que a separação convencional de bens estipulada em vida se aplicaria, também, para fins de sucessão *causa mortis*. Ademais, examina-se o Recurso Especial nº 1.382.170/SP, julgado pela Segunda Seção do STJ, que, na contramão do entendimento anterior, definiu que o cônjuge supérstite concorre com os descendentes do autor da herança na partilha dos bens deixados pelo falecido. Por fim, estuda-se quais são as propostas de solução para o referido embate, sobretudo no tocante à autonomia da vontade do cônjuge falecido.

Palavras-chave: Sucessão*.* Regime de bens. Cônjuge. Supérstite. Herdeiro necessário.

ABSTRACT

This scientific article examines the understanding of the Second Section of the Superior Court of Justice (STJ) regarding the consideration of the surviving spouse as competing with the deceased’s descendants over his or her inheritance, in the event that the marriage was celebrated under the conventional seperaion of goods regime. First, will be specifyied the dfferent types of property regime in Brazilian law, explaining the succession system. Next, will be examined, by means of a comparative approach, the foundations of the divergent hermeneutic currents that are tangent to the subject under analysis. In addition, the previous understanding of the 3rd Panel of the STJ, which established that the conventional separation of goods stipulated in life would be applied also for the purposes of succession *causa mortis*, is recalled. Besides, will be examined the Special Appeal No. 1.382.170/SP, judged by the Second Section of the STJ, which, contrary to the previous understanding, ruled that the superstitious spouse competes with the descendants of the inheritor in sharing the property left by the deceased. Finally, it is studied what are the proposed solutions for this fight, especially regarding the autonomy of the deceased spouse’s will.

Keywords: Succession. Goods regime. Spouse. Supstitis. Needed heir.

SUMÁRIO

1. **INTRODUÇÃO .................................................................................................7**
2. **OS REGIMES DE BENS NO DIREITO BRASILEIRO ....................................8**

2.1 CONTEXTO .....................................................................................................8

2.2 COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS .............................................................10

2.3 COMUNHÃO PARCIAL DE BENS ..................................................................11

2.4 SEPARAÇÃO DE BENS ................................................................................ 12

2.4.1 SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS .................................................................... 13

2.4.2 SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS ................................................... 14

1. **MEAÇÃO X HERANÇA .................................................................................. 15**
2. **DA ELEVAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE AO STATUS DE HERDEIRO NECESSÁRIO ...........................................................................................................16**
3. **PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE DECLARADA EM VIDA ....................................................................................................................................21**
4. **RECURSO ESPECIAL Nº 992.749/MS – VALORIZAÇÃO DA VONTADE DOS CÔNJUGES ...............................................................................................................23**
5. **CÔNJUGE SOBREVIVENTE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO ....................................................................................................................................25**
6. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.382.170/SP – PROTEÇÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE ............................................................................................................28**
7. **NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA ........................................29**
8. **CONCLUSÃO .................................................................................................36**
9. **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ...............................................................38**

**1 INTRODUÇÃO**

Desde o advento do Código Civil de 2002, a questão do direito de herança necessária do cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens tornou-se objeto de inúmeras discussões entre os juristas, algumas delas registradas sob os Recursos Especiais nº 992.749/MS e 1.382.170/SP.

Em 2010, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 992.749/MS, definiu que o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime de separação convencional de bens, não teria direito à concorrer à herança do falecido com os descendentes do *de cujus*. Naquela ocasião, entendeu-se que o artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, ao elencar o cônjuge casado sob o regime de separação obrigatória de bens como uma exceção à concorrência sobre a herança com os descendentes do falecido, o fez de modo genérico, sem especificar se a referida separação seria legal ou convencional.

Assim, assentou-se o entendimento de que a autonomia da vontade do cônjuge declarada em vida deveria ser respeitada *post mortem*, de modo que o cônjuge supérstite jamais seria herdeiro necessário quando casado sob o regime da separação de bens.

Todavia, em 2015, a Segunda Seção do STJ proferiu decisão na contramão do entendimento anterior. No julgamento do Recurso Especial nº 1.382.170/SP, a compreensão – repise-se, ainda não pacificada totalmente entre a doutrina –, foi de que, ao mencionar “separação obrigatória”, o legislador referiu-se apenas à separação legal de bens.

Desse modo, por referido dispositivo não fazer referência à separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente casado sob esse regime seria herdeiro necessário, recaindo na regra geral prevista no artigo 1.845, do Código Civil.

Destarte, sob uma ótica atenta às peculiaridades das diversas correntes interpretativas sobre o tema, será realizado, em um primeiro momento, um panorama do instituto do regime de bens e de sua distinção com o direito das sucessões, a fim de, posteriormente, abordar posições doutrinárias referentes ao tema e examinar os casos concretos analisados nos Recursos Especiais nº 992.749/MS e 1.382.170/SP. Por fim, será proposta uma solução para a dissonância doutrinária existente, sob o prisma da autonomia da vontade declara em vida pelos cônjuges.

**2 OS REGIMES DE BENS NO DIREITO BRASILEIRO**

2.1. CONTEXTO

Antes de adentrar na discussão a respeito da interpretação dada ao artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, mister se faz uma breve explanação a respeito de três espécies regimes de bens[[1]](#footnote-1) no direito brasileiro: comunhão universal, comunhão parcial e separação de bens[[2]](#footnote-2).

Dentre as diversas consequências jurídicas oriundas da celebração do casamento[[3]](#footnote-3), está a eleição do regime de bens, conceituado por Silvio Venosa como o “estatuto que regula as relações patrimoniais entre os cônjuges”[[4]](#footnote-4).

Nesse sentido, a doutrina[[5]](#footnote-5) consigna que referido instituto ostenta três princípios norteadores: liberdade de estipulação, variedade de regimes e mutabilidade[[6]](#footnote-6).

Quanto ao primeiro princípio, cogente ressaltar as palavras de Rémy Cabrillac:

A história dos regimes matrimoniais demonstra que a liberdade de convenções matrimoniais sempre foi mais ampla que a liberdade contratual ordinária. A justificação desse princípio era outra: ao permitir aos futuros esposos o direito de escolher um regime matrimonial adaptado às suas necessidades e desejos, o legislador encorajava o casamento. Essa é a razão para que se fale não em liberdade de escolher um regime matrimonial, mas, sobretudo, de liberdade de convenção matrimonial.[[7]](#footnote-7)

Assim, a liberdade de estipulação do regime de bens garante, mediante o incentivo ao instituto do casamento, que os nubentes escolham qual regime melhor se encaixa em suas vontades e convicções, podendo, inclusive, criar e fundir espécies[[8]](#footnote-8). Referida escolha, que guiará a vida patrimonial dos nubentes, é feita mediante a realização do pacto antenupcial[[9]](#footnote-9), vale dizer, por meio de um negócio jurídico celebrado mediante escritura pública lavrada em cartório, antes do matrimônio[[10]](#footnote-10). Não é válida, portanto, a indicação do regime de bens no termo do casamento[[11]](#footnote-11).

A liberdade de escolha, ainda, deve ser adstrita ao âmbito econômico[[12]](#footnote-12), isto é, não pode dispor a respeito de deveres conjugais ou atinentes a relações de paternidade ou maternidade, sob pena de desviar a função patrimonial do instituto e, ainda, sujeitá-lo a fundamentos de cunho pessoal[[13]](#footnote-13).

Sobre o tema, Flávio Tartuce elenca, ainda, o princípio da indivisibilidade do regime de bens, sobre o qual discorre:

Apesar de ser possível juridicamente a criação de outros regimes que não estejam previstos em lei, não é lícito fracionar os regimes em relação aos cônjuges. Em outras palavras, o regime é único para ambos os consortes, diante da isonomia constitucional entre marido e mulher.[[14]](#footnote-14)

A mutabilidade, por sua vez, revela-se princípio inédito no Código Civil de 2002, haja vista a previsão, no Código Civil de 1916, da irrevogabilidade do regime de bens[[15]](#footnote-15). A inovação traduziu a possibilidade de alterar pela via judicial o regime de bens escolhido, desde que de maneira motivada por ambos os cônjuges e com respeito a direito de terceiros.

Sobre o tema, Rolf Madaleno destaca que, nada obstante a possibilidade de mudança esteja subordinada a certos requisitos, a inovação enseja um habitat à má-fé. Segundo o doutrinador, caberia à lei a tarefa de vetar a possibilidade de alteração de regime de bens que implique restrição de direitos, a fim de admitir somente mudanças que ampliassem as garantias patrimoniais do cônjuge[[16]](#footnote-16).

Nada obstante a regra geral, há, ainda, a possibilidade de o regime de bens não ficar a cargo da escolha dos nubentes e tampouco ser suprido pelo regime legal dispositivo. É o caso do regime de separação obrigatória/legal de bens, o qual é elencado em hipóteses específicas previstas no artigo 1.641, do Código Civil[[17]](#footnote-17).

A escolha de regime de bens se revela de suma importância, sobretudo para a aferição de eventual direito à herança do cônjuge falecido. Isso porque, a depender do regime de bens vigente, o cônjuge terá direito apenas à meação (metade dos bens que integram o patrimônio do casal), não integrando o rol de herdeiros necessários[[18]](#footnote-18) previsto no Código Civil.

Por razões didáticas, serão brevemente abordadas nos tópicos seguintes as espécies de regimes de bens: comunhão universal, comunhão parcial e separação de bens, com maior aprofundamento nesta última, por ser a espécie objeto da presente discussão.

2.2. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS

Até 1977, o regime legal dispositivo[[19]](#footnote-19) era o da comunhão universal de bens. Vale dizer, em caso de silêncio dos nubentes a respeito de qual regime pretendiam optar, esse era o sistema patrimonial padrão.

Esse sistema, de origem germânica, foi introduzido no universo luso-brasileiro a partir das Ordenações Afonsinas, rompendo com a tradição romana, baseada na separação de bens[[20]](#footnote-20).

A comunhão universal de bens, ancorada nos artigos 1.667 a 1.671, do Código Civil, configura-se, de modo geral, pela comunhão total dos bens adquiridos pregressa e posteriormente ao casamento. Tal comunicação, contudo, não é absoluta[[21]](#footnote-21) como a denominação faz crer. Nesse sentido, dívidas anteriores ao casamento, em regra, permanecem compondo os bens particulares do cônjuge que os contraiu, salvo se forem relacionadas ao matrimônio ou revertidas em proveito comum, como a compra de imóvel do casal e despesas com a festa de casamento[[22]](#footnote-22).

Além disso, instrumentos de profissão, livros e rendimentos de trabalho (aqui em um sentido amplo, referente a qualquer contraprestação da atividade desenvolvida pelo cônjuge) também englobam seu acervo particular[[23]](#footnote-23).

2.3. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

Com o advento da Lei do Divórcio, a comunhão parcial de bens passou a ser o regime legal dispositivo, ou seja, o regime supletório invocado no caso de silêncio dos nubentes (uma vez que, no direito brasileiro, repise-se, vigora a liberdade de estruturação do regime de bens).

Nessa espécie de regime, há o amálgama entre duas vidas patrimoniais particulares que desabrocham uma terceira, comum aos cônjuges. Desse modo, os bens adquiridos pelos nubentes até o dia da celebração do casamento serão considerados particulares, ao passo que os bens adquiridos após essa data serão comunicáveis, salvo aqueles que a lei expressamente proíbe no artigo 1.659, do Código Civil[[24]](#footnote-24).

De modo geral, portanto, os bens móveis ou imóveis, adquiridos após a celebração do casamento e frutos do desembolso de pecúnia de um dos cônjuges, serão comuns a eles, havendo exceções como liberalidades, bens pessoais *pro labore*, livros e proventos[[25]](#footnote-25).

Nesse sentido, Flávio Tartuce pontua que “as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes não obrigam os bens comuns”.[[26]](#footnote-26)

Vale ressaltar, ainda, que o artigo 1.661, do Código Civil, prevê a incomunicabilidade dos bens cuja aquisição se fundar em causa anterior ao casamento, a exemplo de um cônjuge que, à época de solteiro, vende um imóvel, vindo a receber o valor correspondente apenas depois do matrimônio. Referida quantia não será comum aos cônjuges, uma vez que se radicou em pretexto anterior ao casamento[[27]](#footnote-27).

2.4. SEPARAÇÃO DE BENS

O regime da separação de bens, previsto nos artigos 1.687 e 1.688, do Código Civil[[28]](#footnote-28), se alicerça em três pilares: administração exclusiva de cada cônjuge sobre seus bens; liberdade de alienação dos bens próprios e do manejo dos resultados daí derivados; e responsabilidade individual sobre dívidas e obrigações[[29]](#footnote-29).

Nesse cariz, cogente ressaltar que a dissociação patrimonial não alcança a obrigação de manutenção da família por ambos os cônjuges, os quais devem suportar as despesas de modo proporcional a seus rendimentos[[30]](#footnote-30), salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

Este regime, como a própria denominação revela, estabelece a total incomunicabilidade de bens, a fim de que cada cônjuge possua seu acervo particular independentemente da origem ou do momento de aquisição do bem.

Como gênero, o regime da separação de bens bifurca-se em duas espécies: separação legal de bens e separação convencional de bens, as quais serão abordadas nos subtópicos seguintes.

2.4.1. SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS

A separação legal de bens[[31]](#footnote-31), prevista no artigo 1.641, do Código Civil, consiste em uma espécie de regime que, por força de circunstâncias consideradas relevantes para o direito, incide obrigatoriamente nas hipóteses especificadas em lei.

Para que a pessoa enquadrada em alguma dessas situações se case, é necessário que suporte as condições delas decorrentes. Caso contrário, não poderá haver casamento.

A primeira hipótese refere-se ao casamento celebrado enquanto pairam causas suspensivas – as quais podem ser afastadas pelo juiz se restar comprovada a inexistência de prejuízo[[32]](#footnote-32).

As causas suspensivas, previstas no artigo 1.523, do Código Civil, consistem na existência de prazo ou condição para que o casamento possa ser realizado sob outro regime de bens. Como exemplo, está o prazo de dez meses de espera, contados da viuvez da mulher, para celebrar outro casamento, a fim de evitar incerteza acerca de eventual paternidade. Ainda, como causa suspensiva, estão a conclusão da partilha dos bens quando o viúvo que desejar se casar possua filhos com o falecido, a conclusão da partilha dos bens para o divorciado e a cessação da tutela ou curatela para o tutor ou curador casar-se com a pessoa tutelada ou curatelada[[33]](#footnote-33).

A segunda hipótese legal em que o regime de separação legal de bens é obrigatório é no caso de um dos nubentes ser maior de 70 (setenta) anos. Tal preceito, criado com o intuito de proteger o(a) setuagenário(a) de casamentos em que a busca material se manifesta[[34]](#footnote-34), é fortemente criticado pela doutrina, por ser entendido como uma afronta à dignidade da pessoa humana e à liberdade matrimonial[[35]](#footnote-35).

A terceira e última hipótese refere-se ao caso daqueles que dependem de suprimento judicial para casar[[36]](#footnote-36), como o menor relativamente capaz que não obteve a autorização de um dos pais para celebrar o matrimônio. Nesse caso, será necessário o suprimento do juiz, conforme o artigo 1.519, do Código Civil[[37]](#footnote-37).

2.5.1. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

A separação convencional de bens, por sua vez, consiste no regime no qual a dissociação dos patrimônios dos cônjuges não se dá por razão legal, mas sim por livre escolha dos nubentes.

Em virtude da inserção da mulher no mercado de trabalho e da consequente independência financeira feminina, esse regime se revela uma crescente tendência das sociedades ocidentais, ante a desnecessidade de proteção patrimonial que a comunhão de bens, comumente adotada antigamente, oferecia[[38]](#footnote-38).

Sobre o assunto, Rémy Cabrillac assim pontua:

Sob o plano psicológico, é o regime dos casais independentes, ou do cônjuge egoísta que tem o divórcio em perspectiva, sendo essa independência de tal monta que alguns autores chegam a dizer que ‘a separação de bens não é propriamente um regime matrimonial; é mais propriamente a ausência de um regime matrimonial’.[[39]](#footnote-39)

Em virtude da simplicidade, o regime de separação de bens possui a atraente vantagem de, em caso de eventual dissolução da união conjugal, aniquilar os entraves patrimoniais típicos das demais espécies de regimes, reduzindo a litigiosidade. Por tal razão, 60% da população francesa que alterou o regime de bens optou por essa modalidade[[40]](#footnote-40).

**3 MEAÇÃO X HERANÇA**

O direito das sucessões, aqui entendido como o ramo do Direito Civil que trata da transmissão do patrimônio do *de cujus*, é explicado por Clóvis Bevilacqua como um “complexo de princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir”[[41]](#footnote-41). Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, consiste no fenômeno de uma pessoa “inserir-se na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém de outra pessoa, e, por metonímia, a própria transferência de direitos, de uma a outra pessoa”[[42]](#footnote-42).

Nesse sentido, compete uma breve explanação a respeito dos institutos da meação e da herança, que, apesar de distintos, frequentemente sofrem descabidas aproximações por diversos operadores do Direito.

A meação, instituto de direito de família, surge no momento da celebração do casamento. Consiste, desse modo, na metade do acervo dos bens comuns dos cônjuges, o qual representa, como visto anteriormente, a integralidade do patrimônio do casal no regime de comunhão universal de bens e, no regime de comunhão parcial, apenas os bens adquiridos após a celebração do casamento. Por tal razão, não há se falar em meação na hipótese de separação de bens[[43]](#footnote-43). Assim, por pertencer exclusivamente ao cônjuge sobrevivente, a meação a ele pertencente não é objeto da sucessão.

Lado outro, a herança, instituto próprio do direito das sucessões, surge no momento do falecimento e consiste no patrimônio do falecido (bens particulares) e na sua própria meação (bens comuns), não abrangendo, portanto, a parcela dos bens comuns relativa ao consorte[[44]](#footnote-44).

Sobre o tema, Francisco Cahali assim explica:

A meação não é objeto da sucessão, pois pertencente ao cônjuge por direito próprio, em razão do casamento. A herança, objeto do inventário, será destinada aos sucessores (legais ou instituídos), sempre preservada eventual meação, dela não integrante[[45]](#footnote-45).

Por razões metodológicas, o presente trabalho abordará a sucessão legítima, ou seja, aquela que se opera por lei às pessoas constantes na ordem de vocação hereditária[[46]](#footnote-46), com enfoque na figura do cônjuge[[47]](#footnote-47) como herdeiro necessário.

**4 DA ELEVAÇÃO DO CONJUGE SUPÉRSTITE AO STATUS DE HERDEIRO NECESSÁRIO**

O herdeiro necessário[[48]](#footnote-48) representa, no direito brasileiro, o sucessor legítimo a quem, por lei, cabe, no mínimo, 50% do patrimônio do falecido, tornando disponível para testamento (sucessão testamentária) apenas a outra metade do acervo patrimonial do *de cujus[[49]](#footnote-49)*.

Nessa figura enquadram-se, segundo Mário Luiz Delgado, três classes: a primeira, constituída pelos descendentes; a segunda, integrada pelos ascendentes; e a terceira, formada pelo cônjuge sobrevivente[[50]](#footnote-50). Tais pessoas não podem ser privadas do recebimento da legítima, salvo hipóteses específicas de deserdação[[51]](#footnote-51).

O Código Civil de 2002 tornou, em decorrência de sua elevação à categoria de herdeiro necessário, o cônjuge sobrevivente concorrente[[52]](#footnote-52) com descendentes e ascendentes do falecido[[53]](#footnote-53). Tal alçada sofre diversas críticas da doutrina, uma vez que a posição de cônjuge é, muitas vezes, mutável[[54]](#footnote-54).

Na falta de descendentes e ascendentes, portanto, o cônjuge sobrevivente, integrante da terceira classe, receberá a integralidade dos bens do *de cujus*[[55]](#footnote-55).

A elevação à categoria de herdeiro necessário, caraterizada por Eduardo de Oliveira Leite como uma *guinada abrupta e ascensão vertiginosa[[56]](#footnote-56),* não é absoluta, havendo algumas exceções previstas no artigo 1.829, I, do Código Civil, (objeto da discussão do presente trabalho):

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.

As exceções à concorrência do cônjuge com os descendentes do falecido, como se vê, está intimamente vinculada ao regime de bens do casamento.

O artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, como visto, exclui da concorrência com os descendentes o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da comunhão universal de bens, uma vez que sua meação (bens comuns ao casal), por estar subordinada à regra da universalidade, já representa considerável parte do patrimônio do cônjuge[[57]](#footnote-57).

No caso de o casamento ter sido celebrado sob o regime da comunhão parcial de bens, a meação corresponde à metade dos bens adquiridos durante o casamento. O que resta, portanto, para compor a herança, são a meação do falecido e seus bens particulares. Nesse sentido, há vasta divergência doutrinária a respeito de quais bens poderiam ser objeto de concorrência entre cônjuge sobrevivente e descendentes do *de cujus*.

Segundo a doutrina majoritária[[58]](#footnote-58) – adotada no presente trabalho a título de melhor elucidação do tema –, a herança do consorte sobrevivente casado sob o regime da comunhão parcial recai, em concorrência com os descendentes, sobre os bens particulares do falecido, limitando a meação do *de cujus* à partilha apenas entre os descendentes. Por tal razão, o dispositivo legal ora analisado prevê que, se o falecido não tiver deixado bens particulares[[59]](#footnote-59) - e, por corolário, só houver sobrado sua antiga meação –, o cônjuge não terá direito a concorrer à herança[[60]](#footnote-60), porquanto não seria justo que, além de sua metade advinda do casamento, o cônjuge sobrevivente também recebesse parte da meação pertencente ao *de cujus[[61]](#footnote-61).*

O citado artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, também exclui da concorrência à herança o cônjuge supérstite casado sob o regime de separação obrigatória de bens, sem minuciar, contudo, se tal hipótese abarcaria também a separação convencional. Segundo Maria Berenice Dias[[62]](#footnote-62), a expressão “separação obrigatória de bens” não se refere apenas à separação legal, mas também abarca a separação convencional de bens.

A fim de incitar o debate, cumpre transcrever o idêntico entendimento de Miguel Reale:

Duas são as hipóteses de separação obrigatória: uma delas é a prevista no parágrafo único do art. 1.641, abrangendo vários casos; a outra resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens. 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[[63]](#footnote-63).

Na contramão desse entendimento, também partilhado por Eduardo de Oliveira Leite e Maria Berenice Dias, está a compreensão de Mário Luiz Delgado, Silvio Venosa, Flávio Tartuce e Caio Mário da Silva Pereira.

Considerando a lógica da lei, que garante ao cônjuge o direito de herança – em concorrência com os descendentes – dos bens particulares[[64]](#footnote-64) do *de cujus*, a inexistência de meação no regime de separação convencional de bens acarretaria o direito de concorrência à herança sobre todo o acervo patrimonial do falecido, uma vez que, nessa hipótese, é integralmente composta por bens particulares.

Por razões lógicas, parte da doutrina defende ser evidente que a separação legal de bens está excluída da concorrência à herança[[65]](#footnote-65), tendo em vista que sua razão de ser consiste, justamente, em evitar que um cônjuge participe do patrimônio do outro[[66]](#footnote-66).

A polêmica doutrinária que ora se analisa reside, portanto, na consideração do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário do falecido, ainda que casado sob o regime da separação convencional de bens.

Como se vê, o artigo 1.829, inciso I, frustra a expectativa de que a redação entre parênteses elucidaria a espécie (legal ou convencional) de separação de bens a que alude. Isso porque, ao invés de especificá-la, acrescenta, entre parênteses, o artigo 1.640, parágrafo único, que nada contribui para a interpretação:

Art. 1.640: Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este Código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

Diante desse panorama e na tentativa de apaziguar a ambiguidade decorrente do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, duas correntes doutrinárias se estabeleceram, as quais serão abordadas nos tópicos seguintes.

**5 PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE DECLARADA EM VIDA**

De acordo com parte da doutrina, na hipótese de o casamento ser o de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente não tem direito à concorrência sobre a herança com os descendentes e ascendentes do falecido.

Isso porque, segundo este entendimento, o adjetivo “obrigatória”, como adiantado, diz respeito ao caráter cogente do pacto antenupcial[[67]](#footnote-67), e não à espécie de separação legal de bens.

Principal defensor dessa interpretação, o ilustre jusfilósofo Miguel Reale afirma que o regime matrimonial de bens *traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida[[68]](#footnote-68).* Desse modo, conferir ao cônjuge sobrevivente o direito à concorrência com os descendentes e ascendentes sobre a herança do falecido seria ultrajar a vontade de quem, em vida, nunca quis dividi-los.

Assim, para o doutrinador, o artigo 1.829, inciso I, deve ser interpretado em conjunto com o artigo 1.687 do Código Civil, o qual prevê que "estipulada a separação dos bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges (...)”,de modo a preservar a autodeterminação dos consortes, declarada no pacto antenupcial.

Sobre o tema, Miguel Reale prossegue afirmando que a consideração do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário do autor da herança fere substancialmente o supracitado dispositivo, e que, em observância ao princípio da unidade sistemática, “entre uma interpretação que esvazia o art. 1.687 no momento crucial da morte de um dos cônjuges e uma outra que interpreta de maneira complementar os dois citados artigos, não se pode deixar de dar preferência à segunda solução”[[69]](#footnote-69).

O entendimento do referido jurista não se encontra isolado na doutrina, partilhando Eduardo de Oliveira Leite de idêntica compreensão:

A coerência e cientificidade de Reale mais uma vez se impõe: desconsiderar os efeitos decorrentes do regime de separação convencional revela-se, senão difícil, impossível, e desconsiderar a vontade manifesta das partes materializada no pacto antenupcial implicaria invalidar um ato jurídico formal,

que produziu todos os efeitos durante a vida em comum do casal e, pois, não poderia deixar de valer após a morte de um de seus subscritores[[70]](#footnote-70).

Destarte, segundo esta doutrina, desconsiderar o que foi celebrado no pacto antenupcial acarretaria hiante insegurança jurídica, uma vez que os cônjuges não mais teriam certeza sobre a dissociabilidade de seus bens *post mortem[[71]](#footnote-71)*. Questiona-se, assim, qual seria a utilidade de escolher a incomunicabilidade de bens em vida se, após a morte de um dos cônjuges, eles necessariamente se somariam.

Daneluzzi, nesse diapasão, afirma que os “titulares dos bens tinham certeza que eles permaneceriam no âmbito de determinada família; o que veio a causar espécie é que essas pessoas não terão mais a mesma certeza, o que poderá provocar insegurança jurídica (...)”[[72]](#footnote-72).

Assim, de acordo com a referida corrente hermenêutica, admitir a vinculação existente entre o regime de bens adotado e as regras sucessórias não significa confundir os institutos, de modo que suplantar a separação de bens estipulada em vida, apenas em decorrência da morte do cônjuge, seria aniquilar a validade do pacto antenupcial[[73]](#footnote-73).

Sobre o tema, o ilustre Ministro Luis Felipe Salomão, consignou em seu voto-vista no Recurso Especial nº 1.111.096/RJ[[74]](#footnote-74) a seguinte conclusão:

Existe no plano sucessório, influência inegável do regime de bens no casamento, não se podendo afirmar que são absolutamente independentes e sem relacionamento no tocante às causas e aos efeitos esses institutos que a lei particulariza nos direitos de família e das sucessões.

Além disso, o Ministro Fernando Gonçalves rebate o argumento de que a exclusão do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário, casado sob o regime de separação convencional de bens, seria uma forma de desamparar o consorte (já que, nesse regime de bens, não ostenta a posição de meeiro). Afirma, nesse sentido, que há outras maneiras de assegurar ao viúvo (que não a qualificação como herdeiro necessário), os recursos do falecido, tal como a estipulação de usufruto vitalício a seu favor[[75]](#footnote-75).

Maria Berenice Dias, nesse sentido, consigna que considerar o cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens como herdeiro necessário seria violar o princípio da liberdade, afirmando que “não dá para aceitar que alguém não tenha o direito de casar e dispor da forma que lhe aprouver sobre o destino de seu patrimônio após o seu falecimento”[[76]](#footnote-76).

Assim, retrata que esse entendimento impede o casamento a quem já possui filhos, uma vez que, acaso o cônjuge queira casar sob o regime da separação convencional de bens para preservar seu patrimônio em benefício dos descendentes, terá sua vontade cerceada pela norma que, após sua morte, alterará o destino do acervo[[77]](#footnote-77).

Assim, de acordo com esta doutrina, o patrimônio que permaneceu incomunicável em vida não deveria mudar de situação depois da morte, em respeito à vontade dos cônjuges declarada no pacto antenupcial.

**6 RECURSO ESPECIAL Nº 992.749/MS – VALORIZAÇÃO DA VONTADE DOS CÔNJUGES**

Em compasso com a corrente doutrinária analisada no tópico anterior, a Relatora Ministra Nancy Andrighi, em 2010, deu provimento ao Recurso Especial nº 992.749/MS, manejado pelos filhos do cônjuge falecido. Na insurgência, os filhos combatiam a decisão[[78]](#footnote-78) que determinou a habilitação da consorte sobrevivente, casada sob o regime de separação convencional de bens, como herdeira necessária.

No caso em análise, o pai dos recorrentes, após decorridos seis anos do falecimento da primeira esposa (de cuja união rendeu os três filhos), celebrou um segundo casamento com mulher 30 (trinta) anos mais jovem, em 05 de março de 2005, quando ele estava com 51 anos de idade e ela 21 (vinte e um). Dessa segunda união não advieram filhos.

Um ano após, mais especificamente em 17 de janeiro de 2006, o autor da herança veio a falecer. A viúva, contrária ao esboço de partilha formulado, postulou judicialmente a habilitação no processo de inventário, como herdeira necessária.

Em sentença, o juiz julgou procedente o pedido da autora, afirmando que apenas na hipótese de separação obrigatória de bens o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário, de modo que, por se tratar de casamento regido sob a separação convencional, a viúva teria direito a concorrer com os descendentes do falecido sobre a herança.

Os recorrentes, irresignados com a decisão, interpuseram o Recurso Especial em comento, argumentando, em síntese, que o regime de separação convencional de bens do pai foi lavrado em pacto antenupcial, com todas as cláusulas de incomunicabilidade, o que excluiria a consorte sobrevivente do rol dos herdeiros necessários.

A Ministra Nancy Andrighi, ao julgar a insurgência, considerou que, além de o pacto antenupcial ter sido firmado, voluntariamente, no sentido da separação convencional de bens, vale dizer, da incomunicabilidade de todos os bens – sejam eles adquiridos antes ou depois do casamento –, o casamento do autor da herança durou apenas 10 (dez) meses[[79]](#footnote-79).

Assim, seguindo a linha de pensamento de Miguel Reale, a Ministra consignou que o termo “obrigatória” previsto no artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, diz respeito à força normativa do gênero separação de bens, e não à espécie legal de separação de bens. Assim, sustenta que “a melhor interpretação é aquela que prima pela valorização da vontade das partes na escolha do regime de bens, mantendo-a intacta, assim na vida como na morte dos cônjuges”[[80]](#footnote-80).

Destarte, por ser um ato de liberdade conjuntamente exercido, celebrado por meio de um contrato solene, o regime de separação de bens não poderia ser limitado pelo direito sucessório[[81]](#footnote-81).

Nesse sentido, a Ministra sustentou que em homenagem ao princípio da boa-fé objetiva, a cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não poderia dela se esquivar, “arvorando-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.[[82]](#footnote-82)”

Desse modo, a Relatora deu provimento ao recurso interposto pelos descendentes do falecido, consignando que entendimento diverso suscitaria antinomia com o artigo 1.687, do Código Civil, bem como quebra da unidade sistemática da lei e aniquilamento do regime de bens estipulado em vida.

**7 CONJUGE SUPÉRSTITE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO**

Ao revés da corrente doutrinária analisada anteriormente, a compreensão ora analisada compreende que a exceção à concorrência do cônjuge sobre a herança do falecido, prevista no artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, ao mencionar “separação obrigatória”, quis se referir apenas à separação legal.

Nesse sentido, Flávio Tartuce rebate o argumento de Miguel Reale no tocante à consideração do termo “separação obrigatória” como gênero:

A separação obrigatória não é gênero e não congrega duas espécies. Trata-se de equívoco conceitual. A *separação de bens* é que constitui gênero que congrega duas espécies: (a) separação convencional (que decorre de pacto antenupcial) e (b) separação obrigatória ou legal (regra restritiva prevista no art. 1.641)[[83]](#footnote-83).

Desse modo, na hipótese de o regime de bens ser o de separação convencional de bens, o viúvo se enquadraria na regra geral, ou seja, concorreria com os descendentes e ascendentes sobre a herança do falecido.

Sobre o tema, Maria Vicente de Azevedo assim assevera:

A enumeração é taxativa, donde ser evidente que em todos os demais casos incidirá a regra geral, que seja, de que a sucessão legitima será deferida, sucessivamente, I) aos descentes em concorrência com o cônjuge; II) aos ascendentes em concorrência com o cônjuge; III) ao cônjuge sobrevivente. A norma é tão clara que outra interpretação parece descabida (*in claris cessat interpretatio*).[[84]](#footnote-84)

Washington de Barros Monteiro[[85]](#footnote-85), no mesmo caminhar, afirma que o adjetivo “obrigatória” foi usado pelo legislador como sinônimo de “legal”, de modo que o viúvo outrora casado sob o regime de separação convencional de bens não estaria abarcado dentre as exceções à concorrência sobre a herança do falecido.

Isso porque, de acordo com essa doutrina, na lei não há expressões inócuas e, portanto, se o legislador inseriu o adjetivo “obrigatória” no referido dispositivo, não há como interpretar que quis abranger, também, a separação convencional de bens. Caso quisesse, assim teria feito[[86]](#footnote-86).

Sobre o tema, Zeno Veloso consigna que o artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, “indicou, expressamente, os regimes de bens do casamento em que não há concorrência sucessória entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do falecido”,de modo que o regime da separação convencional de bens, por não estar referido no dispositivo, não poderia ser objeto de alongamento do elenco normativo, o qual “não

pode ser ampliado, como regra excepcional que é”[[87]](#footnote-87).

Nesse sentido, de acordo com referido entendimento, a indicação do artigo 1.640 entre parênteses[[88]](#footnote-88) trata-se de mero erro material, entendendo-se que a intenção do legislador foi, em verdade, fazer remissão ao art. 1.641, que discorre a respeito da separação legal de bens[[89]](#footnote-89).

Sobre o segundo argumento aduzido pela doutrina do professor Miguel Reale e invocado na decisão proferida no REsp nº 992.749/MS[[90]](#footnote-90) (de que a vontade do cônjuge em manter a separação de bens durante a vida deveria ser respeitada *post mortem*), Flávio Tartuce e José Fernando Simão[[91]](#footnote-91) afirmam que o regime matrimonial de bens é extinto com a morte, de modo que, após o falecimento de um dos cônjuges, afasta-se o direito de família e invoca-se o direito das sucessões. Destarte, não haveria se falar em obrigação às partes “na vida e na morte”, tal como consignado por Miguel Reale.

Nesse sentido, Helena de Azeredo Orselli assim pontua:

É certo que o direito à sucessão legítima não pode depender do regime de bens, pois são institutos jurídicos distintos e independentes entre si. O regime de bens pertence ao ramo do direito de família e cessa com a dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, divórcio ou anulação do casamento, enquanto que a sucessão legítima é instituto de direito das sucessões, que decorre do óbito de uma pessoa (...).[[92]](#footnote-92)

Seguindo esse raciocínio, o pacto antenupcial que previa a separação convencional de bens perderia sua eficácia após a morte do cônjuge.

Desse modo, por entender que a lei é clara ao mencionar “separação obrigatória de bens” como hipótese de separação legal de bens, bem como que o dispositivo colocado entre parênteses (artigo 1.640) caracteriza erro material, o cônjuge supérstite casado sob o regime de separação convencional de bens concorreria com os descendentes e ascendentes sobre a herança do falecido, por não haver previsão legal em sentido contrário.

**8 RECURSO ESPECIAL Nº 1.382.170/SP – PROTEÇÃO AO CÔNJUGE SOBREVIVENTE**

O REsp nº 1.382.170/SP[[93]](#footnote-93), julgado em 2015, suscitou dissenso entre os votos do relator, Ministro Moura Ribeiro – o qual compactuava da corrente defendida por Miguel Reale – e do Ministro Otávio de Noronha, que foi acompanhado na divergência, seguindo a corrente interpretativa explicitada no item precedente, pelo Ministro Raul Araújo.

No caso concreto, a recorrente, filha do autor da herança, combate a decisão proferida em agravo de instrumento que concedeu à esposa do falecido, casada sob o regime da separação convencional de bens, o direito à concorrência sobre o acervo hereditário. Afirma, para tanto, que o Tribunal *a quo* “violentou a vontade do defunto,

concedendo herança ao cônjuge sobrevivente, como se fosse 'herdeiro necessário', quando, na verdade, a viúva é apenas herdeira testamentária”[[94]](#footnote-94).

O relator original do feito, Ministro Moura Ribeiro, consignou, em seu voto vencido, que “não tem sentido possibilitar aos cônjuges a livre escolha do regime de bens, formalizada no pacto antenupcial, para depois lhes negar os efeitos práticos do regime licitamente escolhido”.

Assim, votou pelo parcial provimento do Recurso Especial, a fim de reconhecer somente a qualidade de herdeira testamentária da esposa do *de cujus.*

Lado outro, o Ministro Otávio de Noronha, relator designado, negou provimento à insurgência manejada pela filha do falecido, ao argumento de que a esposa, ainda que casado sob o regime da separação de bens, possui direito de concorrência sobre a herança.

Nesse sentido, afirmou que o legislador distinguiu os sistemas de partilha de bens na vida e após a morte, de modo que não seria possível “pegar um princípio daqui e outro princípio dali, fazer uma miscelânea e criar uma norma diferente daquela que está no Código”[[95]](#footnote-95).

O ilustre Ministro alicerçou referido posicionamento na corrente doutrinária abordada no item precedente, mencionando os ditames do Enunciado n. 270 do CJF/STJ, daIII Jornada de Direito Civil, que assim dispõe:

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[[96]](#footnote-96).

O Ministro Raul Araújo, no entanto, acompanhando a divergência lavrada pelo Ministro Otávio de Noronha, sustentou que o regime de bens “não rege o direito sucessório, embora tenha repercussão neste”, uma vez que a sociedade conjugal extingue-se com o falecimento de um dos cônjuges (artigo 1.571, inciso I, do Código Civil) incidindo, a partir daí, regras próprias do direito das sucessões[[97]](#footnote-97).

Assim, por maioria, a decisão foi no sentido de negar provimento ao Recurso Especial interposto pela filha do falecido, mantendo o *status* da esposa como herdeira necessária.

**9 NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA**

A partir das teorizações e casos concretos expostos, torna-se possível dimensionar as consequências positivas e negativas advindas de cada corrente interpretativa do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil.

Por um lado, é de se reconhecer que a doutrina majoritária, ao considerar o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens como herdeiro necessário (concorrendo com os descendentes do falecido), interpreta a lei de forma correta, sob o viés literal. Isso porque reconhece que ao mencionar “separação obrigatória de bens”, a intenção do legislador foi se referir à hipótese de separação legal[[98]](#footnote-98).

Discorda-se, portanto, nesse ponto específico, da vertente defendida pelo ilustre Miguel Reale, a qual pressupõe que o adjetivo “obrigatória” alude ao caráter cogente da norma, e não à espécie de separação de bens[[99]](#footnote-99).

Isso porque o próprio artigo 1.641, do Código Civil, que disciplina o regime da separação legal de bens, é redigido da seguinte forma: *É* ***obrigatório*** *o regime da separação de bens no casamento: (...)* (grifou-se). Resta claro, portanto, que o artigo 1.829, inciso I, ao mencionar a separação obrigatória de bens como uma exceção à regra da concorrência do cônjuge sobre a herança com os descendentes do falecido, quis fazê-lo tão somente para a hipótese da separação legal de bens, vale dizer, separação obrigatória de bens[[100]](#footnote-100).

Caso assim não fosse, teria a norma elencado, expressamente, a hipótese de separação convencional de bens.

Sobre a polêmica, o próprio jusfilósofo Miguel Reale adverte que “se no entanto, apesar da argumentação por mim desenvolvida, ainda persistir a dúvida sobre o inc. I do art. 1829, o remédio será emendá-lo, eliminando o adjetivo obrigatória”[[101]](#footnote-101).

Porém, não se olvidando da posição que vislumbra, corretamente, no artigo 1.829, inciso I, norma clara[[102]](#footnote-102) (garantindo ao cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens a concorrência sobre a herança do falecido com os descendentes e ascendentes, já que não ostenta a posição de meeiro), fato é que o mencionado dispositivo apresenta inegáveis impropriedades[[103]](#footnote-103).

Tanto é assim que os debates analisados no presente artigo não se estancaram com o recente posicionamento do STJ anteriormente aprofundado, tendo, ao revés, suscitado ainda mais discussões e dissensos doutrinários acerca do tema.

Desse modo, a primeira impropriedade diz respeito à redação do dispositivo, que, conforme adiantado, ao mencionar “separação obrigatória de bens”, alude entre parênteses ao artigo “1.640, parágrafo único, do Código Civil”, que não se refere nem ao regime legal e nem à separação convencional[[104]](#footnote-104).

Assim, o dispositivo em comento ostenta erro material que, em meio a diversos posicionamentos doutrinários, obsta, ainda mais, a compreensão da real intenção do legislador.

Nada obstante a correta interpretação da norma segundo o recente entendimento do STJ – sob uma perspectiva estritamente legalista –, no sentido de que a lei somente excluiu da concorrência sobre a herança os viúvos casados sob o regime de separação legal de bens, verifica-se que a posição prevalecente, *data vênia,* enseja insegurança jurídica para o cônjuge.

Isso porque a segunda impropriedade do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil diz respeito à inegável incongruência entre os regimes matrimonial e sucessório[[105]](#footnote-105) promovida pela lei. O cônjuge que, em vida, expressar sua vontade de dissociar seu patrimônio, sofrerá angústia de que, após seu falecimento, sua vontade venha a ser suplantada pelo regime sucessório[[106]](#footnote-106).

Tal situação soa absurda ao rememorar-se o Recurso Especial nº 992.749/MS outrora analisado, no qual a esposa do *de cujus*, casada sob o regime de separação convencional de bens há menos de um ano e trinta e um anos mais nova que ele, teria tido direito à herança caso não houvesse a Ministra Nancy Andrighi adotado, irretocavelmente, a teoria defendida por Miguel Reale naquele caso.

Naquela hipótese, atentando-se não só para a hiante disparidade de idade entre os nubentes, fato é que ecoaria injusto conceder à esposa direito de concorrência sobre a herança com os descendentes do falecido, uma vez que, em vida, renunciara à meação por meio da estipulação do regime da separação convencional de bens, e, ainda, permanecera casada por menos de um ano.

Perfeitamente imaginável que, naquele caso, o cônjuge tenha optado pelo regime da separação convencional de bens justamente pela segurança de indissociabilidade de bens que ele pressupõe, mormente pelo seu grave estado de saúde e pela disparidade de idade existente entre o casal – caso em que é muito comum a busca material na celebração do casamento[[107]](#footnote-107).

Sob a ótica oposta, nos casos em que um consorte possui significativo patrimônio em relação ao outro, a separação convencional de bens também se revela uma opção para aqueles que desejam demonstrar que a união se radica, exclusivamente, no afeto, nada se relacionando com interesses financeiros.

Nas duas hipóteses, portanto, conferir ao cônjuge sobrevivente parcela da herança deixada pelo falecido seria não só afrontar a vontade dos nubentes, como também aniquilar as razões, e, quiçá, as condições, da celebração do matrimônio.

Lado outro, não se pode olvidar da possibilidade de que o casal tenha optado pelo regime da separação de bens apenas em razão da facilidade de administração que a modalidade oferece em caso de eventual divórcio, nada se relacionando, talvez, com um absoluto receio em deixar bens ao cônjuge após a morte.

Destarte, diante do erro material existente na remissão entre parênteses realizada no dispositivo em comento, bem como da hiante incongruência, em aspectos práticos, da concessão do direito sobre à herança do cônjuge falecido que, em vida, declarou a vontade de não dividir seus bens[[108]](#footnote-108), surge a proposta de alteração legislativa, a fim de corrigir a redação da norma.

Maria Berenice Dias sustenta que a redação do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, padece de inconstitucionalidade, uma vez que, conforme adiantado, viola o princípio da liberdade em relação à disposição do patrimônio[[109]](#footnote-109).

Sobre o assunto, Silvio Venosa reconhece a incongruência existente no sistema sucessório do cônjuge, assim pontuando:

Este Código Civil de 2002 representa uma tragédia jurídica, um desprestígio e um despreparo do nosso meio jurídico e de nossos legisladores, tamanhas as impropriedades dos textos que afluem para perplexidades interpretativas e acrescenta que melhor será que seja reescrito e que se apague o que foi feito, como uma mancha na cultura jurídica nacional. Ressalta que o mal está feito e a lei está vigente, recomendando que ela seja aplicada da forma mais socialmente aceitável e adverte que injustiças e insegurança sociais serão inevitáveis[[110]](#footnote-110).

O casal Nery partilha desse entendimento, sugerindo que o artigo 1.829, inciso I, seja reformado no sentido de excluir a expressão “obrigatória”, bem como a remissão equivocada ao artigo 1.640, parágrafo único. Alega que, 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 convencional)”[[111]](#footnote-111).

Mauro Antonini também concorda com a sugestão de Miguel Reale no sentido de suprimir a expressão “obrigatória” e considerar, por conseguinte, ambas as hipóteses de separação de bens como exceções à regra geral do cônjuge como herdeiro necessário (convencional e legal)[[112]](#footnote-112).

No entanto, nada obstante a significativa ampliação da segurança jurídica aos cônjuges, inegável que a supressão do adjetivo “obrigatória” acarretaria em redução da proteção ao viúvo, violando a intenção do Código Civil de 2002 de conceder maior amparo hereditário ao cônjuge[[113]](#footnote-113).

Assim, há uma segunda proposta de solução para a celeuma, defendida por Mauro Antonini, a qual pressupõe a possibilidade de, no pacto antenupcial que estipula o regime de separação convencional de bens, registrar o desejo de excluir[[114]](#footnote-114) o cônjuge a concorrência com os descendentes na sucessão *causa mortis,* discorrendo que “a questão seria relegada, assim, à opção dos nubentes, segundo suas conveniências, preservando-se, em contrapartida, a possibilidade de manter a maior proteção do cônjuge pela qual optou o atual Código”[[115]](#footnote-115).

Essa solução, portanto, apresenta-se como a mais coerente, porquanto mantém a proteção hereditária conferida ao cônjuge no Código Civil de 2002 e, simultaneamente, preserva a autonomia da vontade do nubente que deseja afastar o consorte da concorrência sobre o patrimônio, após a sua morte.

No entanto, segundo Washington de Barros Monteiro referida alternativa demandaria uma alteração legislativa, porquanto o artigo 426, do Código Civil[[116]](#footnote-116), veda o chamado *pacto corvina*[[117]](#footnote-117). Vale dizer, pela legislação brasileira, não pode ser negociada a herança de pessoa viva, a fim de impedir o desejo da morte ou de sua antecipação por parte dos herdeiros[[118]](#footnote-118).

Assim, nas palavras de José Fernando Simão, para conceder o direito aos cônjuges de renúncia sobre a herança do outro no pacto antenupcial, seria necessário acrescentar, no artigo 426, do Código Civil a seguinte redação:

Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

Parágrafo único: Por meio de pacto antenupcial, os nubentes podem convencionar que em caso de dissolução do casamento por morte, a partilha se faça por qualquer dos regimes previstos no Código Civil, ainda que distinto daquele convencionado[[119]](#footnote-119).

Desse modo, preservar-se-ia a vontade dos cônjuges e, ao mesmo tempo, asseguraria a maior proteção que o Código Civil pretendeu dar ao viúvo.

Lado outro, transpondo a barreira da aludida necessidade de alteração legislativa, Francisco Cahali entende que “a convenção afastando o direito sucessório recíproco é válida, e deve ser buscada a sua eficácia”, pontuando, nesse sentido, que a mera estipulação, em pacto antenupcial, no sentido de excluir o cônjuge da herança necessária, não se trataria de *pacta corvina[[120]](#footnote-120):*

E não se diga que representaria *pacta corvina,* vedada em nosso sistema (...), pois não se está dispondo de direito sucessório em favor de terceiros, mas em benefício do próprio titular do patrimônio (potencial autor da herança) e com a sua concordância, conferindo-lhe liberdade de dispor do acervo, respeitada a legítima de outros eventuais herdeiros necessários[[121]](#footnote-121).

Destarte, por não se tratar de pacto que antecipa a estipulação de herança, mas que apenas determina a participação do cônjuge sobre o acervo hereditário, referida disposição sequer necessitaria de alteração legislativa, uma vez que mais se relaciona com o próprio poder de disposição de bens[[122]](#footnote-122).

Nesse sentido, encontra-se a posição de Rolf Madaleno, o qual também defende que a possibilidade de o consorte renunciar à herança, no pacto antenupcial, não configura *pacta corvina*, uma vez que a renúncia prévia seria abdicativa e não aquisitiva – o que afastaria a razão moral do artigo 426, do Código Civil[[123]](#footnote-123).

Tal posicionamento vai ao encontro da proposta de adoção do pacto antenupcial como um ato de liberdade dos cônjuges, que, em seu pleno exercício da autodeterminação, poderiam dispor, antes da celebração do casamento, a respeito da situação de seus bens após a morte[[124]](#footnote-124).

Percebe-se, portanto, que o tema da consideração do cônjuge casado sob o regime de separação convencional de bens como herdeiro necessário não está superado, havendo hiante insegurança jurídica diante da possibilidade de obter-se decisões opostas, em casos semelhantes. Essa constatação evidencia uma urgente necessidade de avaliar melhores critérios para a aferição do direito sobre a herança conferido ao cônjuge casado sob o regime de separação convencional de bens, devendo-se encontrar soluções que protejam a autonomia da vontade declara em vida no pacto antenupcial, sem que impliquem violação ao amparo sucessório que o Código Civil pretendeu conferir ao viúvo.

**10 CONCLUSÃO**

Examinando-se as opostas interpretações a respeito do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, é perceptível os fortes argumentos de ambos os posicionamentos. A doutrina defendida no REsp 1.382.170/SP, por um lado correta em defender a literalidade da norma – no sentido de que a exceção à concorrência sobre a herança do falecido diz respeito apenas ao regime de separação legal de bens – uma vez que o dispositivo fala em “separação obrigatória”, ou seja, “legal” –, peca ao ignorar as consequências práticas desse entendimento ao defender uma absoluta independência entre os institutos do regime matrimonial de bens e da sucessão, suplantando a vontade conjunta dos consortes, declarada em vida, de manter a indissociabilidade de seus patrimônios.

A doutrina defendida por Miguel Reale, por sua vez, equivoca-se ao entender que o adjetivo “obrigatória” constante na exceção da norma (atine à concorrência sobre a herança) refere-se ao caráter cogente do regime de bens, uma vez que a própria lei, no artigo 1.641, define a separação legal como “obrigatória”. No entanto, no aspecto material, vale dizer, sob o ponto de vista prático, a compreensão de que o direito das sucessões não pode se sobrepor à vontade do cônjuge declarada em vida no pacto antenupcial, é coerente.

Isso porque, conforme visto, é comum que muitos casamentos celebrados sob o regime de separação convencional de bens – tal como aquele analisado no REsp nº 992.749/MS –, se radicam, justamente, no desejo em não dividir os bens em vida e, tampouco, após a morte.

No entanto, considerando que *a)* tal situação não é regra, uma vez que há casais que optam pelo regime da separação convencional de bens somente em razão da facilidade da administração dos bens; *b)* que o Código Civil de 2002 pretendeu privilegiar o direito sucessório do viúvo; e que *c)* a norma apresenta erro material (ao elencar entre parênteses o artigo 1.640, parágrafo único, do Código Civil), cogente se faz uma alteração legislativa, a fim de proteger o intento da lei e, paralelamente, a vontade dos consortes declarada em vida.

Nesse sentido, a melhor solução para o embate doutrinário seria a alteração legislativa do art. 1.829, inc. I, suprimindo o adjetivo “obrigatória” e, também, a errônea remissão ao artigo 1.640, parágrafo único, entre parênteses, ou, ainda, a modificação do art. 426, do Código Civil, a fim de considerar, expressamente, a validade da formulação, no pacto antenupcial, de cláusula de exclusão do cônjuge como herdeiro necessário. Tal alteração simbolizaria um grande avanço no âmbito do direito de família e sucessões, uma vez que privilegiaria a liberdade e a vontade declarada pelos consortes na estipulação do regime matrimonial de bens, representando a valorização da autodeterminação.

**11 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de**. Inventários e Partilhas, Direito das Sucessões, Teoria e Prática.** 15ª ed. São Paulo: Leud, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Sucessões**. 5 ed., rev. Coimbra: Coimbra.

AZEVEDO, Maria Vicente de. **Jornal “Tribuna do Direito”**. Nov. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Saber jurídico convencional, teoria crítica do direito e direito alternativo. A síntese necessária**. In: Interpretação e aplicação na constituição. São Paulo: Saraiva, 1996.

BERENICE DIAS, Maria. **Filhos, bens e amor não combinam! ou A concorrência sucessória**. Disponível em <<http://mariaberenice.com.br/uploads/3_filhos_bens_e_amor_n%E3o_combinam.pdf>>; Acesso em: 20 de outubro de 2019.

\_\_\_\_\_\_. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BEVILACQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azeredo, 1945.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/553631-sancionada-lei-que-proibe-casamento-antes-dos-16-anos-de-idade/>> Acesso em 01 nov. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 992.749/MS, Gustavo Alves de Souza e outros x Paula Rosa de Souza. Rel: Min. Nancy Andrighi, Brasília, 01 dez. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**: 05 fev. 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.382.170/SP, Flávia Matarazzo x Silvia Maria Aranha Matarazzo. Rel: Min. Otávio de Noronha, Brasília, 22 abr. 2015. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**: 26 mai. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.111.096/RJ, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, Rel. p. acórdão Ministro FERNANDO GONÇALVES, Quarta Turma. Brasília, 01 nov. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**: 11 dez. 2010.

BRASIL, STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017, publicado no **Informativo n. 864 da Corte.** Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306841295&ext=.pdf>>; Acesso em: 19 de outubro de 2019.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria. **Direito das Sucessões.** 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CARREIRO, C. H. Porto. **A prática do direito.** In: Introdução à ciência do direito. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 222. In: MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. A clareza da lei e a necessidade de o juiz interpretá-la. **Revista de informação legislativa**, v. 37, n. 146, abr./jun. 2000**.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/589>>. Acesso em 04 nov. 2019.

DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Uma proposta de harmonização do sistema. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Novo Código Civil, Questões Controvertidas.** São Paulo: Método, 2005. V. 3.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família**. 22 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: Elementos críticos à luz do Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. Sucessões. Rio de Janeiro: Typ, 1915, p. 194. In: DELGADO, Mário Luiz. **Chegou a hora de revisitar a legítimas dos descendentes e ascendentes.** 13 de maio de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-13/processo-familiar-preciso-revisitar-legitima-descendentes#_ftn5>>; Acesso em: 19 de outubro de 2019.

LAMARTINE, José; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil – arts. 1784 a 2027**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. V. XXI.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **São válidas as disposições patrimoniais e existenciais no pacto antenupcial?** Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/239/222>>; Acesso em: 08 nov. 2019.

MADALENO, Rolf. **O Direito Adquirido e o Regime de Bens**. In Revista Jurídica n. 348, Porto Alegre: Nota Dez, 2006.

\_\_\_\_\_\_. **Renúncia de herança em pacto antenupcial**. Revista de Direito das Famílias e Sucessões, n. 27, Belo Horizonte, IBDFAM, p. 9-57, 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões**. Vol. 6, 35 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil**. Vol. II, São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. Ed. RT, São Paulo, 3ª ed., 2005.

NUNES, João Batista. **Família e sucessões: reflexos atuais.** Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões. Vol. II. Da sucessão testamentária.** São Paulo: Max Limonad, 1952.

ORSELLI. Helena de Azeredo. **A concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido**. Disponível em <http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/viewPDFInterstitial/442/401>. Acesso em 26 out 2019.

PELUZO, Cezar. **Código Civil Comentado.**4ª ed. Barueri: Manole, 2010.

\_\_\_\_\_\_. **Código Civil Comentado** **– Doutrina e Jurisprudência.** Ed. Manole, São Paulo, 1ª ed., 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito das Sucessões**. 15ª ed., atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2004. V. VI.

\_\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil.** Vol. 6. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. IV.

\_\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**: parte geral. Vol. 8 – Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel; COSTA, Judith Martins. **Casamento sob o regime da separação de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial.** Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 6, vol. 24, outubro a dezembro de 2005. Rio de Janeiro: Ed. Padma, 2005.

SIMÃO, José Fernando. **Questões Controvertidas – a mudança do regime de bens.** Disponível em <<http://professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_bens_03.htm>>; Acesso em 01 nov. 2019.

\_\_\_\_\_\_. Repensando a noção de pacto sucessório: de "lege ferenda". **Jornal Carta Forense.** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/repensando-a-nocao-de-pacto-sucessorio-de-lege-ferenda/17320>>. Acesso em 04 nov. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões**. Vol. 6. 6ª ed. São Paulo: Método, 2013.

\_\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Civil.** Volume único, 8ª. ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Comentários ao Novo Código Civil.** Vol. XXI, 5ª ed. São Paulo: Ed. Forense, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil. **IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/186.pdf>>. Acesso em 12 out. 2019.

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

\_\_\_\_\_\_. **Novo Código Civil Comentado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_\_. **Regimes matrimoniais de bens**. In: Direito de Família contemporâneo. Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. Ed. Atlas, São Paulo, 2010.

\_\_\_\_\_\_. **Direito Civil - Direito de Família.** 12ª Ed. São Paulo: Atlas, VI volume, 2012.

1. VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil - Direito de Família.** 12ª Ed. São Paulo: Atlas, VI volume, 2012, Pág. 327. [↑](#footnote-ref-1)
2. A título de melhor enfoque, o regime da participação final nos aquestos não será abordado. [↑](#footnote-ref-2)
3. “O regime de bens afigura-se tipicamente vinculado ao ato-condição solene que deflagra sua validade e eficácia: o casamento. Daí ter o codificador civil determinado a aplicação do regime de comunhão parcial de bens às uniões estáveis, *no que couber.*”(TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil. **IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/186.pdf>>. Acesso em 12 out. 2019. [↑](#footnote-ref-3)
4. VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil - Direito de Família.** 12ª Ed. São Paulo: Atlas, VI volume, 2012, Pág. 327. [↑](#footnote-ref-4)
5. LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. [↑](#footnote-ref-5)
6. BRASIL, Lei nº. 10.406/02. Art. 1.639: É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

   § 2º. É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges (...). [↑](#footnote-ref-6)
7. CABRILLAC, Rémy. **Droit Civil: Les régimes matrimoniaux**. Paris: Montchrestien, 2002, p. 89. In: LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 320. [↑](#footnote-ref-7)
8. “A liberdade de estruturação do regime de bens, para os nubentes, é total. (...) Podem fundir tipos, com elementos ou partes de cada um; podem modificar ou repelir normas dispositivas de determinado tipo escolhido, restringindo ou ampliando seus efeitos; podem até criar outro regime não previsto na lei, desde que não constitua expropriação disfarçada de bens por um contra o outro, ou ameaça a crédito de terceiro, ou fraude à lei, ou contrariedade aos bons costumes”. (Ibidem, p. 319). [↑](#footnote-ref-8)
9. “O pacto tem um conteúdo eminentemente patrimonial. Recaindo sobre o patrimônio, não apenas deve constar a escolha do regime, como pode também conter outras disposições patrimoniais (...)” (FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: Elementos críticos à luz do Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 187). [↑](#footnote-ref-9)
10. Paulo Lôbo ressalta que, caso o regime seja o da comunhão parcial e o bem seja adquirido antes do registro, mas após a celebração do casamento, entrará na comunhão. (LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 321). [↑](#footnote-ref-10)
11. LAMARTINE, José; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p. 340. [↑](#footnote-ref-11)
12. Na contramão desse entendimento restritivo, a doutrinadora Ana Carla Harmatiuk Matos, por ocasião do V Congresso do IBDCivil, afirma em sua palestra que o pacto antenupcial é um espaço de abertura para importantes escolhas existenciais. (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **São válidas as disposições patrimoniais e existenciais no pacto antenupcial?** Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/239/222>>; Acesso em: 08 nov. 2019). [↑](#footnote-ref-12)
13. A escolha e estruturação do regime de bens não podem ser submetidas a condição, como, por exemplo, a superveniência de filhos. (VELOSO, Zeno. **Regimes matrimoniais de bens**. In: Direito de Família contemporâneo. Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 9). No mesmo sentido, aponta Washington de Barros Monteiro: “Em primeiro lugar, fazendo lavrar pacto antenupcial, devem os nubentes ater-se, tão-somente, às relações econômicas, não podendo ser objeto de qualquer estipulação os direitos conjugais, paternos e maternos” (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Vol. II, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 193). Ainda, ao discorrer sobre a temática, Rolf Madaleno indica a ineficácia de cláusulas ou contratos matrimoniais que renunciem a deveres conjugais, como o de fidelidade, assistência, respeito e mútua consideração. (MADALENO, Rolf. **O Direito Adquirido e o Regime de Bens**. In Revista Jurídica n. 348, Porto Alegre: Nota Dez, 2006, pp. 30-31). [↑](#footnote-ref-13)
14. TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** Volume único, 8ª. ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. [↑](#footnote-ref-14)
15. BRASIL, Lei nº. 3.071/16, Art. 230: “O regime dos bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável”. [↑](#footnote-ref-15)
16. “Para evitar todos esses temores, seria muito mais adequado que a lei vetasse qualquer alteração do regime de bens que importasse uma restrição ou renúncia de direitos, como a substituição de um regime de comunhão parcial ou universal de bens, para vertê-la em completa e retroativa separação de bens que já eram comuns ao casal (...).” (MADALENO, Rolf. **O Direito** **Adquirido e o Regime de Bens.** In Revista Jurídica n. 348, Porto Alegre: Nota Dez, 2006, p. 38). [↑](#footnote-ref-16)
17. BRASIL, Lei nº. 10.406/02, Art. 1.641: É obrigatório o regime de separação de bens no casamento:

    I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

    II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

    III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. [↑](#footnote-ref-17)
18. Tal instituto será explicado adiante. [↑](#footnote-ref-18)
19. Assinala Pontes de Miranda que existem dois tipos de regime legal de bens: um dispositivo, mediante convenção tácita, estabelecido pela lei no caso de silêncio dos nubentes, e outro obrigatório, em que a lei impõe um regime de bens, ainda que os nubentes queiram optar por outro modelo. (PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado**: parte geral. Vol. 8 – Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 234). [↑](#footnote-ref-19)
20. LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 351. [↑](#footnote-ref-20)
21. Ibidem, p. 353. [↑](#footnote-ref-21)
22. TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** Volume único, 8ª. ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 1235. [↑](#footnote-ref-22)
23. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 5º vol: Direito de Família**. 22 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 172. [↑](#footnote-ref-23)
24. TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** Volume único, 8ª. ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 1230. [↑](#footnote-ref-24)
25. Ibidem, p. 1232. [↑](#footnote-ref-25)
26. Ibidem, p.1233. [↑](#footnote-ref-26)
27. DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.183. [↑](#footnote-ref-27)
28. BRASIL, Lei nº. 10.406/02. Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar ônus real.

    Art. 1.688. Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial. [↑](#footnote-ref-28)
29. Ibidem, p. 356. [↑](#footnote-ref-29)
30. BRASIL, Lei nº. 10.406/02. Art. 1.688. [↑](#footnote-ref-30)
31. Nessa espécie de regime, incide a Súmula 377, do STJ, a qual prevê que “no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Assim, contraditoriamente, o enunciado sumular acaba por converter o regime da separação legal de bens em um regime de comunhão parcial. (TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** Volume único, 8ª. ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 1220). [↑](#footnote-ref-31)
32. LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 326. [↑](#footnote-ref-32)
33. Ibidem. [↑](#footnote-ref-33)
34. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 5º vol: Direito de Família**. 22 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 185. [↑](#footnote-ref-34)
35. Nesse sentido, o Enunciado nº 261, da III Jornada de Direito Civil, dispõe que a obrigatoriedade de referido regime não se aplica se o casamento for precedido de união estável entre os nubentes, uma vez que, nessa hipótese, em tese não haveria – pelo menos não com tanta alta probabilidade – o interesse financeiro na celebração do matrimônio. (Ibidem, p. 186). [↑](#footnote-ref-35)
36. A Lei nº 13.811/19 proibiu o casamento de menores de 16 anos, de modo que não há se falar em suprimento judicial nessa hipótese, tampouco para evitar imposição de pena criminal ou em caso de gravidez. (BRASIL, Câmara dos Deputados. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/553631-sancionada-lei-que-proibe-casamento-antes-dos-16-anos-de-idade/>> Acesso em 01 nov. 2019). [↑](#footnote-ref-36)
37. SIMÃO, José Fernando. **Questões Controvertidas – a mudança do regime de bens.** Disponível em <<http://professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_bens_03.htm>>; Acesso em 01 nov. 2019. [↑](#footnote-ref-37)
38. LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 355. [↑](#footnote-ref-38)
39. CABRILLAC, Rémy. **Droit Civil: Les régimes matrimoniaux**. Paris: Montchrestien, 2002, p. 89. In: LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 320. [↑](#footnote-ref-39)
40. Ibidem, p. 320. [↑](#footnote-ref-40)
41. BEVILACQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azeredo, 1945. [↑](#footnote-ref-41)
42. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Vol. 6. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. [↑](#footnote-ref-42)
43. TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** Volume único, 8ª. ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 1479. [↑](#footnote-ref-43)
44. Ibidem. [↑](#footnote-ref-44)
45. CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria. **Direito das Sucessões.** 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 190. [↑](#footnote-ref-45)
46. A ordem de vocação hereditária refere-se à sequência legal de pessoas aptas a receber a herança. (Ibidem, p. 25). [↑](#footnote-ref-46)
47. “Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição”. (BRASIL, STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017, publicado no Informativo n. 864 da Corte. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306841295&ext=.pdf>>; Acesso em: 19 de outubro de 2019. [↑](#footnote-ref-47)
48. Sobre a figura dos herdeiro necessários, Itabaiana de Oliveira se refere aos vínculos “que fazem presumir qual seria a vontade do de cujus se tivesse disposto de seus bens, (...); porque o homem não tem objeto mais amado do que os seus filhos, por ser a sua causa eficiente, nem mais sagrada do que os pais, a quem deve o ser”. (OLIVEIRA, Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões. Vol. II. Da sucessão testamentária.** São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 625). Em contraponto, Lacerda de Almeida contesta a presunção de afeição como fundamento da legítima, afirmando que “pode ser desmentida pela realidade” e que “nem está nas mãos do legislador suprir de modo completo as intenções do defunto” (LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. **Sucessões.** Rio de Janeiro: Typ, 1915, p. 194. In: DELGADO, Mário Luiz. **Chegou a hora de revisitar a legítimas dos descendentes e ascendentes.** 13 de maio de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-13/processo-familiar-preciso-revisitar-legitima-descendentes#_ftn5>>; Acesso em: 19 de outubro de 2019). [↑](#footnote-ref-48)
49. CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria. **Direito das Sucessões.** 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 51. [↑](#footnote-ref-49)
50. O Código Civil de 2002, inspirado nas ideias de Miguel Reale, alçou o cônjuge sobrevivente à citada categoria de herdeiro necessário. (NUNES, João Batista. **Família e sucessões: reflexos atuais.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 372). [↑](#footnote-ref-50)
51. DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Uma proposta de harmonização do sistema. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Novo Código Civil, Questões Controvertidas.** São Paulo: Método, 2005. V. 3, p. 421. [↑](#footnote-ref-51)
52. A esse respeito, Eduardo Oliveira Leite entende que o cônjuge passou a ocupar o primeiro lugar na ordem de preferência. Já Mário Luiz Delgado afirma que, nada obstante a concorrência com os herdeiros de primeira classe (descendentes) e segunda classe (ascendentes), o viúvo permanece como herdeiro de terceira classe: “(...) concorrendo um cônjuge e um filho, e havendo este renunciado à herança, a parte do filho acrescerá à do cônjuge, se for considerado herdeiro da primeira classe, ou será devolvida aos ascendentes (herdeiros da segunda classe), com os quais passará a concorrer o cônjuge”. (Ibidem, p. 422). [↑](#footnote-ref-52)
53. Em linha reta, não há limitação de grau para configuração de herdeiro necessário, estendendo-se ilimitadamente a pais, avós, bisavós, etc. e filhos, netos, bisnetos, etc. (Ibidem, p. 171). [↑](#footnote-ref-53)
54. A respeito da mutabilidade do vínculo conjugal, José de Oliveira Ascensão afirma que “esse grande reforço da posição sucessória do cônjuge surge paradoxalmente ao mesmo tempo em que se torna o único vínculo conjugal cada vez mais facilmente dissolúvel. A posição do cônjuge é concebida como uma posição mutável, mesmo precária. Aquele, porém que teve a sorte de ocupar a posição de cônjuge na altura da morte, esse é que vai ter uma privilegiada proteção sucessória. Suceder como cônjuge entra na aleatoriedade. Por outras palavras, a lei só se preocupa em favorecer o vínculo conjugal depois de ele estar dissolvido Ironicamente, dizemos que a lei tende a conceber o casamento como um instituto *mortis* *causa*. (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Sucessões**. 5 ed., rev. Coimbra: Coimbra, p. 43-44). [↑](#footnote-ref-54)
55. Sebastião Amorim defende que o direito à herança do cônjuge persiste independentemente do regime de bens adotado. (AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de**. Inventários e Partilhas, Direito das Sucessões, Teoria e Prática.** 15ª ed. São Paulo: Leud, 2003, p. 70 e 99). [↑](#footnote-ref-55)
56. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil – arts. 1784 a 2027**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. V. XXI, p. 215. [↑](#footnote-ref-56)
57. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 5º vol: Direito de Família**. 22 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 124. [↑](#footnote-ref-57)
58. Flávio Tartuce, Eduardo de Oliveira Leite, Giselda Hironaka, Gustavo Nicolau, Jorge Fujita, José Fernando Simão, Maria Helena Daneluzzi, Mário Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira e Zeno Veloso compactuam do entendimento de que a concorrência do cônjuge sobrevivente à herança do *de cujus* atinge somente os bens particulares, sendo a meação do cônjuge falecido passível de partilha apenas entre seus descendentes. (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria. **Direito das Sucessões.** 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 226). Nesse sentido, cumpre rememorar o Enunciado n. 270 do CJF/STJ, daIII Jornada de Direito Civil: “O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes”. (TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** Volume único, 8ª. ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 1480). Há outros autores, no entanto, que divergem da referida posição, a exemplo de Francisco Cahali e Maria Helena Diniz, que compreendem que a concorrência sobre a herança com os descendentes deve recair sobre todo o acervo hereditário do falecido (bens particulares e antiga meação). (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 5º vol: Direito de Família**. 22 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 122). Ainda, em posição isolada na doutrina, Maria Berenice Dias defende que o direito de concorrência do cônjuge com os descendentes do falecido se restringe somente à sua antiga meação (BERENICE DIAS, Maria. **Filhos, bens e amor não combinam! ou A concorrência sucessória**. Disponível em <<http://mariaberenice.com.br/uploads/3_-_filhos_bens_e_amor_n%E3o_combinam.pdf>>; Acesso em: 20 de outubro de 2019). [↑](#footnote-ref-58)
59. Nesse cariz, Zeno Veloso pontua: “é provável que o morto tenha deixado pelo menos a roupa do corpo, sendo esta um bem particular. Em suma, fica difícil imaginar a hipótese em que a pessoa casada pela comunhão parcial não tenha deixado bens particulares”. (VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro.** São Paulo: Saraiva, 2010). [↑](#footnote-ref-59)
60. TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** Volume único, 8ª. ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 1480. [↑](#footnote-ref-60)
61. Em suma, segundo a doutrina prevalecente, quando o cônjuge ostentar a posição de meeiro, não ocupará, simultaneamente, a posição de herdeiro sobre os bens comuns (Ibidem). [↑](#footnote-ref-61)
62. BERENICE DIAS, Maria. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 227-228. [↑](#footnote-ref-62)
63. REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 61-64. [↑](#footnote-ref-63)
64. Entendimento majoritário adotado, conforme pontuado anteriormente. [↑](#footnote-ref-64)
65. “(...) se o mesmo regime de separação de bens decorre de imposição legal, ainda que injustificável a postura do legislador, não existe direito de concorrência. A menos que se vislumbre uma tentativa de punir quem casa com mais de 60 anos, nada autoriza tratamento desigualitário ante situações absolutamente idênticas. Aqui se avizinha também afronta ao princípio da igualdade, que dispõe de proteção constitucional”. (BERENICE DIAS, Maria. **Filhos, bens e amor não combinam! ou A concorrência sucessória**. Disponível em <<http://mariaberenice.com.br/uploads/3_-_filhos_bens_e_amor_n%E3o_combinam.pdf>>; Acesso em: 26 de outubro de 2019). [↑](#footnote-ref-65)
66. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 5º vol: Direito de Família**. 22 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 124. [↑](#footnote-ref-66)
67. REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 61-64. [↑](#footnote-ref-67)
68. REALE, Miguel; COSTA, Judith Martins. **Casamento sob o regime da separação de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial.** Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 6, vol. 24, outubro a dezembro de 2005. Rio de Janeiro: Ed. Padma, 2005. p. 226). [↑](#footnote-ref-68)
69. REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 65. [↑](#footnote-ref-69)
70. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**. Vol. XXI, 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 276. [↑](#footnote-ref-70)
71. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Comentários ao Novo Código Civil.** Vol. XXI, 5ª ed. São Paulo: Ed. Forense, 2009, p. 277/278. [↑](#footnote-ref-71)
72. Ibidem. [↑](#footnote-ref-72)
73. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.111.096/RJ, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, Rel. p. acórdão Ministro FERNANDO GONÇALVES, Quarta Turma. Brasília, 01 nov. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**: 11 dez. 2010. [↑](#footnote-ref-73)
74. Ibidem. [↑](#footnote-ref-74)
75. O usufruto vitalício se trata de uma doação com reserva de usufruto, realizada em cartório, pela qual o proprietário de um bem pode transmiti-lo a outrem, reservando o seu direito de usá-lo e administrá-lo. [↑](#footnote-ref-75)
76. BERENICE DIAS, Maria. **Filhos, bens e amor não combinam! ou A concorrência sucessória**. Disponível em <<http://mariaberenice.com.br/uploads/3_-_filhos_bens_e_amor_n%E3o_combinam.pdf>>; Acesso em: 20 out. 2019. [↑](#footnote-ref-76)
77. “A única conclusão a que se pode chegar é que está cerceada a vontade de quem quer casar, mas quer preservar seu patrimônio pessoal em favor de seus filhos. Pelo jeito, quem possui filhos e bens não pode casar! Conclusão: o novo Código Civil, que se dedicou com tanto empenho a regular o casamento (dedicoulhe 202 artigos), impõe o celibato a quem possui filhos e patrimônio, ainda que seja somente uma bicicleta”. Ibidem. [↑](#footnote-ref-77)
78. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 992.749/MS, Gustavo Alves de Souza e outros x Paula Rosa de Souza. Rel: Min. Nancy Andrighi, Brasília, 01 dez. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**: 05 fev. 2010. [↑](#footnote-ref-78)
79. “*(i)* não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10

    meses; *(ii)* quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; *(iii)* os nubentes escolheram, voluntariamente, casar pelo regime da separação convencional, optando, 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”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 992.749/MS, Gustavo Alves de Souza e outros x Paula Rosa de Souza. Rel: Min. Nancy Andrighi, Brasília, 01 dez. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**: 05 fev. 2010, p.17. [↑](#footnote-ref-79)
80. Ibidem, p. 20. [↑](#footnote-ref-80)
81. Ibidem, p. 18. [↑](#footnote-ref-81)
82. Ibidem, p. 20. [↑](#footnote-ref-82)
83. TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** Volume único, 8ª. ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 1489. [↑](#footnote-ref-83)
84. AZEVEDO, Maria Vicente de. **Jornal “Tribuna do Direito”**. Nov. 2003, p. 24. [↑](#footnote-ref-84)
85. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões**. 35 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v.6, p. 97. [↑](#footnote-ref-85)
86. VELOSO, Zeno. **Novo Código Civil Comentado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.525. [↑](#footnote-ref-86)
87. VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro.** 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69/72. [↑](#footnote-ref-87)
88. BRASIL, Lei nº. 10.406/02. Art. 1829. 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); (...). [↑](#footnote-ref-88)
89. O Projeto de Lei n. 276/2007 (reapresentação do PL n. 6.960/2002) propõe corrigir esse equívoco, a fim de que passe a constar a remissão ao artigo 1.641. (PELUZO, Cezar. **Código Civil Comentado.**4ª ed. Barueri: Manole, 2010, p. 2.153/54.) [↑](#footnote-ref-89)
90. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 992.749/MS, Gustavo Alves de Souza e outros x Paula Rosa de Souza. Rel: Min. Nancy Andrighi, Brasília, 01 dez. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**: 05 fev. 2010. [↑](#footnote-ref-90)
91. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões**. Vol. 6. 6ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 162/168. [↑](#footnote-ref-91)
92. ORSELLI. Helena de Azeredo. **A concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido**. Disponível em <http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/viewPDFInterstitial/442/401>. Acesso em 26 out 2019. [↑](#footnote-ref-92)
93. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.382.170/SP, Flávia Matarazzo x Silvia Maria Aranha Matarazzo. Rel: Min. Otávio de Noronha, Brasília, 22 abr. 2015. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**: 26 mai. 2015. [↑](#footnote-ref-93)
94. Ibidem, p. 11. [↑](#footnote-ref-94)
95. Ibidem, p. 15. [↑](#footnote-ref-95)
96. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 270 da III Jornada de Direito Civil.** Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/531>>; Acesso em 28 out. 2019. [↑](#footnote-ref-96)
97. Ibidem, voto-vista, Min. Raul Araújo. [↑](#footnote-ref-97)
98. NUNES, João Batista. **Família e sucessões: reflexos atuais.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 374. [↑](#footnote-ref-98)
99. REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 61-64. [↑](#footnote-ref-99)
100. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Direito das Sucessões**. 15ª ed., atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2004. V. VI, p. 148-149. [↑](#footnote-ref-100)
101. REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 63. [↑](#footnote-ref-101)
102. De acordo com João Batista Nunes, à norma em debate deve ser aplicada a máxima “*in claris cessat interpretatio*” (NUNES, João Batista. **Família e sucessões: reflexos atuais.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 374). Na atualidade, no entanto, há que se duvidar da possibilidade de aplicação do referido aforismo latim, uma vez que, na tarefa de interpretação da lei, está a perquirição de valor (determinação de força e alcance), conforme defendera Roberto de Ruggiero: “o que investe o intérprete de uma função social de alto coturno, tanto mais quanto esta tarefa procura delimitar a extensão das relações oriundas da disposição examinada e interpretada.” (CARREIRO, C. H. Porto. **A prática do direito.** In: Introdução à ciência do direito. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 222. In: MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. A clareza da lei e a necessidade de o juiz interpretá-la. **Revista de informação legislativa**, v. 37, n. 146, p. 185-194, abr./jun. 2000**.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/589>>. Acesso em 04 nov. 2019. Ainda, sobre a suposta imparcialidade e neutralidade na interpretação da norma, Luís Roberto Barroso consigna que “a neutralidade pode ser perversa quando estão em jogo os interesses de partes política, social e economicamente desiguais”. BARROSO, Luís Roberto. **Saber jurídico convencional, teoria crítica do direito e direito alternativo. A síntese necessária**. In: Interpretação e aplicação na constituição. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 253. [↑](#footnote-ref-102)
103. NUNES, João Batista. **Família e sucessões: reflexos atuais.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 375. [↑](#footnote-ref-103)
104. BRASIL, Lei nº. 10.406/02. Art. 1.640: “Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este Código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas”. [↑](#footnote-ref-104)
105. Não se olvida, aqui, que ambos são regidos por capítulos distintos do Código Civil, tratando-se, portanto, de institutos diversos que exigem regras próprias. (TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões**. Vol. 6. 6ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 165). [↑](#footnote-ref-105)
106. A falta de congruência da lei torna-se mais evidente ao se atentar que, no regime convencional da separação, em que um cônjuge não é herdeiro do outro, o sobrevivente é brindado com o direito de concorrer com os sucessores. (BERENICE DIAS, Maria. **Filhos, bens e amor não combinam! ou A concorrência sucessória**. Disponível em <<http://mariaberenice.com.br/uploads/3_-_filhos_bens_e_amor_n%E3o_combinam.pdf>>; Acesso em: 04 nov. 2019). [↑](#footnote-ref-106)
107. Sobre o tema, Mauro Antonini retrata a possibilidade *de cujus* ter preferido o regime da separação convencional de bens a fim de proteger a herança da prole. Isso porque, se por um lado a Lei, sob o viés da doutrina majoritária, concede maior proteção ao viúvo casado sob o regime de separação convencional de bens, por outro, arrefece a participação dos descendentes (PELUZO, Cezar (org.) **Código Civil Comentado** **– Doutrina e Jurisprudência.** Ed. Manole, São Paulo, 1ª ed., 2007, pág. 1.821). [↑](#footnote-ref-107)
108. Sobre a incongruência da norma, Maria Berenice Dias afirma que “Tratamentos tão antagônicos e paradoxais não permitem identificar a lógica que norteou a casuística limitação levada a efeito pelo legislador. Quando se depara com situações que refogem à razão, não se conseguindo chegar a uma interpretação que se conforme com a justiça, há que reconhecer que deixou o codificador de atender ao princípio da razoabilidade, diretriz constitucional que cada vez mais vem sendo invocada para subtrair eficácia a leis que afrontam os princípios prevalentes do sistema jurídico. São a igualdade e a liberdade, que sustentam o dogma maior de respeito à dignidade humana. (...) Também nítida é a afronta ao princípio da liberdade ao se facultar a escolha do regime de bens e introduzir modificações que desconfiguram a natureza do instituto e alteram a vontade dos cônjuges. Desarrazoado não disponibilizar a alguém qualquer possibilidade de definir o destino que quer dar a seus bens. (BERENICE DIAS, Maria. **Filhos, bens e amor não combinam! ou A concorrência sucessória**. Disponível em <<http://mariaberenice.com.br/uploads/3_-_filhos_bens_e_amor_n%E3o_combinam.pdf>>; Acesso em: 04 nov. 2019). [↑](#footnote-ref-108)
109. “A saída é uma só: reconhecer a inconstitucionalidade das exceções postas no inciso I do art. 1.829 do Código Civil, quiçá de todo o artigo 1.829”. Ibidem. [↑](#footnote-ref-109)
110. VENOSA, Silvio. **Código Civil Interpretado**. Ed. Atlas, São Paulo, 2010, pág. 1.662. [↑](#footnote-ref-110)
111. NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. Ed. RT, São Paulo, 3ª ed., 2005, pág. 844. [↑](#footnote-ref-111)
112. PELUZO, Cezar (org.) **Código Civil Comentado** **– Doutrina e Jurisprudência.** Ed. Manole, São Paulo, 1ª ed., 2007, pág. 1.822. [↑](#footnote-ref-112)
113. Ibidem, p 1823. [↑](#footnote-ref-113)
114. Nesse cariz, a professora e doutrinadora Ana Carla Harmatiuk Matos consigna que a celebração do pacto antenupcial no regime da separação convencional de bens é entendida pelo consorte, muitas vezes, como um indício de incerteza sobre o futuro do casamento, o que justifica a repulsa de certa parte dos casais em estipulá-lo. (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **São válidas as disposições patrimoniais e existenciais no pacto antenupcial?** Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/239/222>>; Acesso em: 08 nov. 2019). [↑](#footnote-ref-114)
115. Ibidem, pág. 1.822. [↑](#footnote-ref-115)
116. BRASIL, Lei nº. 10.406/02. Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. [↑](#footnote-ref-116)
117. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** 21 ed. São Paulo, Saraiva, 1983, v. II, p. 152. [↑](#footnote-ref-117)
118. Ressalvada a possibilidade de o próprio titular dispor de seus bens através de testamento. Mesmo neste caso, a disposição só valerá após a ocorrência do evento “morte” e o testador poderá, até referida ocasião alterar suas disposições. (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria. **Direito das Sucessões.** 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 41). [↑](#footnote-ref-118)
119. SIMÃO, José Fernando. Repensando a noção de pacto sucessório: de "lege ferenda". **Jornal Carta Forense.** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/repensando-a-nocao-de-pacto-sucessorio-de-lege-ferenda/17320>>. Acesso em 04 nov. 2019. [↑](#footnote-ref-119)
120. Essa alteração legislativa parece possível, uma vez que, por exemplo, há disposições do Código Civil Português que permitem pacto sucessório restrito entre cônjuges no pacto antenupcial (cf. arts. 1.700 a 1.707). (PELUZO, Cezar (org.) **Código Civil Comentado** **– Doutrina e Jurisprudência.** Ed. Manole, São Paulo, 1ª ed., 2007, pág. 1.822). [↑](#footnote-ref-120)
121. CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria. **Direito das Sucessões.** 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 195. [↑](#footnote-ref-121)
122. Ibidem, p. 42. [↑](#footnote-ref-122)
123. MADALENO, Rolf. **Renúncia de herança em pacto antenupcial**. Revista de Direito das Famílias e Sucessões, n. 27, Belo Horizonte, IBDFAM, p. 9-57, 2018. [↑](#footnote-ref-123)
124. Nesse sentido, a professora e doutrinadora Ana Carla Harmatiuk Matos afirma que “o pacto antenupcial tem sido um importante espaço de autodeterminação”, simbolizando importantes avanços na temática de Direito de Família. (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **São válidas as disposições patrimoniais e existenciais no pacto antenupcial?** Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/239/222>>; Acesso em: 08 nov. 2019). [↑](#footnote-ref-124)