

## **CÔNJUGE SOBREVIVENTE CASADO SOB O REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS CONVENCIONAL É HERDEIRO NECESSÁRIO?**

### **INTRODUÇÃO**

Questão controversa, muito comum e que pode causar resultados completamente divergentes está na aplicabilidade do Art. 1.829, I, do atual Código Civil (instituído pela Lei 10.406 de 10/01/2012).

Abordaremos de forma objetiva e sem delongas sobre tal assunto neste estudo.

Trataremos especificadamente do caso daqueles que contraíram casamento sob o regime da separação de bens convencional, isto é, oriundo da vontade das partes, com a necessidade de Pacto antenupcial, nos termos do parágrafo único do artigo 1.640 da legislação em apreço.

### **ARTIGO 1.829**

O artigo 1.829 do CC, dispõe o seguinte:

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

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

**II** - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

**III** - ao cônjuge sobrevivente;

**IV** - aos colaterais.

Dessa forma, abordaremos as polêmicas relativas tão somente ao inciso I, restritivas a parte “ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único)”

Anteriormente a redação do Código Civil de 1916 disponha que:

**Art. 1.603** - A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

**I** - aos descendentes;

**II** - aos ascendentes;

**III** - ao cônjuge sobrevivente;

**IV** - aos colaterais;

**V** - aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

Ou seja, a grande alteração foi incluir no inciso I a participação do herdeiro em concorrência com o cônjuge.

Destarte, pela redação do atual artigo, a sucessão legítima defere-se em primeiro lugar e via de regra em favor dos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

Entretanto, o cônjuge sobrevivente não participará juntamente com o descendente nas seguintes hipóteses:

- i- se casado este com o falecido no regime da comunhão universal;
- ii- se casado este com o falecido no regime da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único)
- iii- se casado este com o falecido no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares

A contrario sensu, fazendo a leitura literal do artigo, concluímos que o cônjuge participará juntamente com o descendente nas seguintes hipóteses:

- i- se casado este com o falecido no regime da separação convencional de bens;
- ii- se casado este com o falecido no regime da comunhão parcial, o autor da herança houver deixado bens particulares

Pois bem, verificando então as duas hipóteses de participação conjunta do cônjuge com o descendente adentraremos ao mérito apenas do primeiro caso.

## **SITUAÇÃO DO CÔNJUGE CASADO COM O FALECIDO NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS**

Inicialmente cumpre observar que a redação do artigo 1.829, I, menciona “separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único)”.

Data vênia máxima, talvez a redação tenha sido infeliz, isso porque no sistema brasileiro temos o regime da separação de bens, podendo a mesma ser por imposição legal, nos casos previstos no artigo 1.641 ou por convenção entre as partes, albergada pelo artigo 1.640, parágrafo único.

Entretanto a redação do artigo em debate enquadra o artigo 1.640, parágrafo único como “separação obrigatória de bens”, enquanto este artigo traz na verdade a hipótese de opção pelos nubentes.

Creemos assim que a redação correta seria simplesmente “separação de bens”.

Isso porque nos casos de separação de bens por imposição legal é certo que o cônjuge sobrevivente não poderá concorrer com descendente, sob pena de ferir o princípio básico deste instituto. Ora se o legislador impõe o regime de separação de bens nos casos do artigo 1.641 não poderá mesmo haver concorrência do cônjuge com descendentes na sucessão.

Igualmente, nos casos de separação de bens por convenção, feita por Escritura pública de pacto antenupcial e por liberalidade dos nubentes, que optaram por se casar em regime diverso, os mesmos têm o propósito de ver a situação patrimonial incomunicável (regida pelo artigo 1.687).

Por consequência dessa redação há julgados conferindo ao cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação de bens convencional (por convenção – pacto antenupcial) concorrência na sucessão do falecido juntamente com os descendentes, bem como há outros em sentido contrário.

Casos concretos foram levados a essa situação, sendo objeto de recurso por parte dos descendentes, que obviamente não queriam ver o cônjuge sobrevivente concorrer com eles na sucessão.

## **CASOS CONCRETOS**

Haverá inúmeros julgados sobre o caso, uns a favor de que o cônjuge participe da sucessão juntamente com o descendente e outros excluindo o cônjuge de concorrer com o descendente.

A matéria é tão controvertida que até mesmo no Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro haverá divergência.

### **- Pela participação do cônjuge sobrevivente na sucessão**

No caso recente, oriundo dos autos do julgamento de Agravo de Instrumento constante - Processo nº.0036899-75.2012.8.19.0028 -, julgado em 16/01/2013 pela Sexta Câmara Cível do TJ/RJ pela Des. Cláudia Pires, vemos a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DAS SUCESSÕES. VIÚVA. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE HERDEIRA NECESSÁRIA, POR IMPOSIÇÃO DO ART. 1829, I, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR A SEPARAÇÃO CONVENCIONAL COMO ESPÉCIE DO GÊNERO SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA, ANTE O FLAGRANTE ANTAGONISMO ENTRE OS TERMOS "CONVENÇÃO" E "OBRIGAÇÃO". NORMA EXCEPCIONAL QUE, PORTANTO, NÃO COMPORTA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA, SOB PENA DE VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA. PRECEDENTE DA 3ª TURMA DO STJ (REsp 992-749/MS) QUE, NÃO POSSUI CARÁTER VINCULANTE, TAMPOUCO TEVE O CONDÃO DE PACIFICAR A MATÉRIA ATINENTE À REGULAMENTAÇÃO DA SUCESSÃO PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002. CASAMENTO DURADOURO (MAIS DE 25 ANOS), SITUAÇÃO FÁTICA DIAMETRALMENTE OPOSTA ÀQUELA DO JULGAMENTO DO EGRÉGIO STJ, ONDE SE APRECIOU UNIÃO COM DURAÇÃO DE APENAS 10 MESES. RELEVANTE CRÍTICA DOUTRINÁRIA AO PRECEDENTE DA CORTE SUPERIOR, GUARDADA A DEVIDA VÊNIA (CARLOS ROBERTO GONÇALVES - DIREITO CIVIL BRASILEIRO, VOLUME 7). SUCESSÃO LEGÍTIMA QUE, COMO INDICA A PRÓPRIA DENOMINAÇÃO, SEGUE A ORDEM LEGAL. PROTEÇÃO DO NOVO CÓDIGO AO CÔNJUGE, HERDEIRO NECESSÁRIO DA PARTE DO PATRIMÔNIO NÃO ALCANÇADA POR MEAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, CONFIRMANDO-SE A DECISÃO DE RECONHECIMENTO DA VIÚVA COMO HERDEIRA NECESSÁRIA.

Verificamos que a Desembargadora Cláudia Pires, no caso concreto, defende a teoria que o cônjuge deve concorrer com o descendente no momento da sucessão.

Inclusive deixa registrado que sua decisão é contrária ao precedente da 3ª Turma do STJ (Resp 992-749/MS) que, não possui caráter vinculante, tampouco teve o condão de pacificar a matéria atinente à regulamentação da sucessão pelo código civil de 2002.

Na íntegra do acórdão sustenta que “Nos casos de falecimento ab intestato (sem deixar testamento), ante a ausência de disposição final, feita pelo autor da herança, a sucessão se dá pela ordem legítima, ou seja, a vocação hereditária segue as disposições do Código Civil, consoante o art. 1829 e seguintes”.

Ainda no julgamento do mencionado Agravo de Instrumento a Desembargadora, criticando a decisão do STJ, afirma que:

“É digna de nota, ainda, a existência de relevante crítica doutrinária às razões adotadas no julgamento do referido recurso especial, merecendo reprodução o seguinte trecho da lição do eminente professor Carlos Roberto Gonçalves, já citado no próprio corpo do decisum a quo (fls. 114), em comentários ao mesmo aresto (grifei):

**‘Observa-se que se procurou, na hipótese, fazer justiça no caso concreto, mencionando o acórdão de não ter havido longa convivência do casal (cerca de dez meses), bem como a circunstância de que, quando desse segundo casamento, o autor da herança, pessoa idosa, já havia formado todo o seu patrimônio e padecia de doença incapacitante. Por essa razão, acredita-se que tal orientação não servirá de diretriz para a generalidade dos casos.’**  
(Direito Civil Brasileiro, volume 7, pág. 174)”

Em trecho final assegura que “tratando-se de sucessão legítima que, como indica a própria denominação, segue a ordem legal, não é dado ao intérprete pretender estender os efeitos do pacto antenupcial para além do término do casamento, inexistindo manifestação de vontade testamentária”.

E assim sendo, a Desembargadora conhece e nega provimento ao recurso, mantendo a agravada (cônjuge sobrevivente) na condição de herdeira e inventariante do espólio.

Encontramos julgado também nesse sentido no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Trata-se do julgamento proferido pela Sétima Câmara Cível em 24/10/2007 no Agravo de Instrumento (Processo nº. 70020919817), DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, Relator, e ainda participaram do julgamento os eminentes Senhores DES.<sup>a</sup> MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE) E DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL, com a seguinte ementa:

INVENTÁRIO. ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE COM OS FILHOS. CABIMENTO. 1. A lei que rege a capacidade sucessória é aquela vigente no momento da abertura da sucessão. Inteligência dos art. 1.787 do CCB. 2. Tendo o casamento sido realizado pelo regime da separação convencional de bens, o cônjuge supérstite deve ser chamado para suceder, concorrendo com os filhos do casal aos bens deixados pelo falecido. Inteligência do art. 1.829, inc. I, do CCB. 3. Depois de ter sido nomeado perito e oferecido o laudo com a apuração dos haveres, descabe oportunizar a nomeação de assistentes técnicos. Recurso desprovido.

Verificando a íntegra do julgamento percebemos que não há um debate tão aprofundado no tema, mas simplesmente o enquadramento literal pela redação do artigo 1.829, I.

Da mesma forma ocorre no julgado de 24/05/2011 pela 10<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (Processo nº. 0337815-12.2010.8.26.0000), que inclusive cita uma vasta gama de doutrinadores. Ainda nesse sentido: Agravo de Instrumento (Processo nº. 0170132-13.2011.8.26.0000), julgado em 08/08/2012 pela 8<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado do TJ/SP.

#### **- Pela exclusão do cônjuge sobrevivente na sucessão**

Noutro giro em julgamento proferido também recentemente, em data de 26/06/2012, pela Décima Sexta Câmara Cível do TJ/RJ o Desembargador Lindolpho Morais Marinho, sustenta que o cônjuge sobrevivente não deve concorrer com o descendente.

A ementa é a seguinte:

DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. CASAMENTO CELEBRADO SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS. ÓBITO OCORRIDO EM FEVEREIRO DE 2012. APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PREVISÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE CONCORRER À HERANÇA DOS BENS PARTICULARES JUNTAMENTE COM OS DEMAIS HERDEIROS. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.829, I, DO CC. INAPLICABILIDADE. PREVALÊNCIA DO PACTO ANTENUPCIAL CONVENCIONADO ENTRE OS NUBENTES MESMO APÓS A OCORRÊNCIA DA MORTE. IMPOSSIBILIDADE DA ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS COM O FIM DO CASAMENTO PROVOCADO PELA MORTE. INADMISSIBILIDADE DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE NA CONDIÇÃO DE HERDEIRO NECESSÁRIO. JURISPRUDÊNCIA DO C. STJ. Definem-se os bens particulares como sendo aqueles que pertencem exclusivamente a um dos cônjuges, em razão do seu título aquisitivo. Nota-se assim que, na ocorrência de um casamento sob o regime da separação de bens, são particulares os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive por herança ou doação, bem como os adquiridos com o produto da venda de outros bens particulares. Desta forma, o cônjuge sobrevivente que celebrou de forma espontânea o pacto antenupcial estabelecendo o regime da separação de bens, não pode ser considerado herdeiro dos bens particulares do de cujus. Nota-se que se assim fosse seria um verdadeiro contrassenso, pois em vida o cônjuge não teria direito a nenhum patrimônio caso viesse a ocorrer a dissolução do matrimônio, contudo, esse seria agraciado como herdeiro necessário por ocasião da morte. Prevalência da liberdade em firmar o pacto antenupcial, prevista pelo Direito de Família, o qual não pode ser superado pelo Direito Sucessório, eis que permitiria uma alteração do regime de bens após a morte do cônjuge. Recurso ao qual se dá provimento, a fim de declarar que a viúva, ora agravada, que fora casada com o de cujus sob o regime de separação de bens não é sua herdeira necessária, excluindo-a da sucessão.

Em seu voto sustenta que “o cônjuge sobrevivente que celebrou de forma espontânea o pacto antenupcial estabelecendo o regime da separação de bens, não pode ser considerado herdeiro dos bens particulares do de cujus”.

Entende que na ocorrência de um casamento sob o regime da separação de bens, são particulares os bens adquiridos antes e também depois do casamento, inclusive por herança ou doação, bem como os adquiridos com o produto da venda de outros bens particulares.

Cita o precedente do STJ no julgamento do Resp 992-749/MS como base de sustentação. Faz menção ainda a outros vários julgados na mesma trilha, a saber: a) REsp 1111095 / RJ, Relator Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Relator(a) p/ Acórdão Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, DJe 11/02/2010; b) 0051574-77.2011.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DES. CELIA MELIGA PESSOA - Julgamento: 09/02/2012 - DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL; c) 0057663-53.2010.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DES MARCELO LIMA BUHATEM - Julgamento: 20/04/2011 - QUARTA CAMARA CIVEL.

Encontramos julgado no Tribunal de Justiça de São Paulo nessa mesma linha. Trata-se do julgamento por BERETTA DA SILVEIRA em recurso de Apelação (Processo nº.9222341-39.2007.8.26.0000), julgado em 27/11/2007 pela 3ª Câmara de Direito Privado.

Firma o entendimento que “a obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes. Bem por isso, é correto afirmar que a expressão "separação obrigatória" não é aplicável somente aos casos relacionados nos incisos do artigo 1641, mas a quaisquer casos de separação total”.

Conclui que “não há porque o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da separação convencional de bens, ser agraciado, com a concorrência na herança da de cujus com os descendentes desta, quando, por livre manifestação de sua vontade, optou por reger na sua vida matrimonial a separação total do patrimônio”. Sua sustentação tem como base doutrinária os ensinamentos de Miguel Reale (in "Estudos Preliminares do Código Civil", 2003).

Arremata o caso transcrevendo o Acórdão da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, pela relatoria do eminente Desembargador CUNHA RIBAS, com a seguinte ementa:

‘Agravado de Instrumento - Inventário - Insurgência contra a decisão que incluiu a cônjuge sobrevivente como herdeira

necessária do de cujus - Regime de separação convencional de bens - Artigo 1.829, I, do Código Civil de 2002 - Interpretação sistemática de textos e princípios jurídicos - Abrangência dos artigos 1.513, 1.639, 1.641 e incisos, 1.647 e 1.687, do mesmo Código Civil, e artigos 1º E 5º da Constituição Federal - Efeitos e relevância da vontade manifestada pelos cônjuges quando do casamento - Exercício da Liberdade lhes assegurada pela Legislação Civil e pela Carta Magna - Princípios da Boa-Fé e Isonomia - Recurso Provido". (Agrv Inst. N° 316.946-4 - de Andirá/PR)'.  
www.tidueiraadvogados.com.br

Pois bem, a partir daqui crucial verificarmos o âmbito da decisão do STJ, para que possamos após elaborarmos as conclusões pertinentes.

### **- A decisão da 3ª Turma do STJ**

No julgamento do REsp 992749 a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens não participa da sucessão como herdeiro necessário, em concorrência com os descendentes do falecido.

A questão foi fruto do recurso de três herdeiros para negar a procedência do pedido de habilitação no inventário, formulado pela viúva do pai. Teve início quando os filhos solicitaram o inventário sob o rito de arrolamento dos bens do pai, que faleceu em janeiro de 2006. Eles declararam que o falecido deixou bens imóveis a inventariar e que era casado com a madrasta pelo regime de separação convencional de bens, conforme certidão de casamento, ocorrido em março de 2005, e escritura pública de convenção antenupcial com separação de bens.

A viúva, na qualidade de cônjuge sobrevivente do inventariado, manifestou discordância no que se refere à partilha e postulou sua habilitação no processo de inventário, como herdeira necessária do falecido. Em decisão interlocutória, o pedido foi deferido determinado a manifestação dos demais herdeiros, filhos do falecido.

Os filhos se manifestaram alegando que à viúva somente seria conferido o status de herdeira necessária e concorrente no processo de inventário na hipótese de casamento pelo regime de comunhão parcial de bens, ou de

separação de bens, sem pacto antenupcial. De acordo com eles, o regime de separação de bens, adotado pelo casal, foi lavrado em escritura pública de pacto antenupcial, com todas as cláusulas de incomunicabilidade, permanecendo a viúva fora do rol de herdeiros do processo de inventário sob a forma de arrolamento de bens.

Em primeira instância, o pedido foi acolhido para declarar a viúva habilitada como herdeira do falecido marido. A sentença determinou, ainda, que o inventariante apresentasse novo esboço de partilha, no qual ela fosse incluída e contemplada em igualdade de condições com os demais sucessores do autor da herança. O entendimento foi de que provado que a viúva era casada com o falecido sob o regime de separação de bens convencional, ou seja, foi feito um pacto antenupcial, não sendo o caso de separação obrigatória de bens, onde o cônjuge não seria considerado herdeiro necessário, daí resultando que concorre com os sucessores em partes iguais. Opostos embargos de declaração (tipo de recurso) pelos herdeiros, estes foram rejeitados.

Os filhos do falecido interpuseram agravo de instrumento (tipo de recurso) sustentando violação ao próprio regime de separação convencional de bens, que rege a situação patrimonial do casal não só durante a vigência do casamento, mas também quando da sua dissolução, seja por separação, divórcio ou falecimento de um dos cônjuges. Eles informaram também que o pai foi casado, pela primeira vez com a mãe deles e que ela morreu tragicamente em um acidente de carro no carnaval de 1999. Em março de 2005, ele casou-se com a madrasta, 31 anos mais jovem, no regime de separação convencional de bens, inclusive dos aquestos (bem adquirido na vigência do matrimônio), tal como está declarado expressamente na escritura do pacto antenupcial. Dessa segunda união não advieram filhos, já que o quadro de poliartrite de que sofria o pai, e cujos primeiros sinais surgiram no início de 1974, evoluía grave e seriamente, exigindo, inclusive, no ano de 2004, delicada intervenção cirúrgica para fixação da coluna cervical, somando-se a isso tudo uma psoríase de difícil controle.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS) negou o agravo. Para o TJ, a regra do artigo 1.829 do Código Civil (CC) de 2002 aplica-se ao cônjuge sobrevivente casado sob regime de separação convencional. Opostos embargos de declaração pelos herdeiros, estes foram rejeitados.

Inconformados, os filhos do falecido recorreram ao STJ sustentando que a viúva requereu, nos autos do inventário, a remessa do processo ao partidor para que fosse feita uma partilha destinando a ela a sua parte afim de que o inventário tivesse um fim, recebendo cada um o seu quinhão. Alegaram também que o pleito dela foi acolhido em primeiro grau, o que resultou no esboço de partilha sobre o qual já foram instados a se manifestar. Por fim, argumentaram que a entrega de eventual parte para a viúva, enquanto não decidida definitivamente a questão relativa à sua qualidade de herdeira, é medida que deve ser sobrestada, quer pelo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, quer para evitar futura nulidade da partilha, na hipótese de eventual exclusão da viúva.

Ao decidir, a relatora, ministra NANCY ANDRIGHI, destacou que não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. A separação obrigatória a que se refere o art. 1.829, I, do CC/02 é gênero que congrega duas espécies: a separação convencional e a legal. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário. [os.com.br](http://www.os.com.br)

Eis a ementa:

Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência.

- Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da

consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.

- Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da **comunhão universal**, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da **comunhão parcial**, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02.

- Preserva-se o regime da **comunhão parcial de bens**, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes.

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

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

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

- No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal – declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal – é a seguinte: (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.

- A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”.

- Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações..

- Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.

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

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

- O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas lícitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens lícitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade. Recurso especial provido. Pedido cautelar incidental julgado prejudicado.

Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora MINISTRA NANCY ANDRIGHI.

A Ministra explica que sobre o tema do art.1.829 do CC/02 há três correntes. Nesse explicativo faremos uso recorrente das palavras da Ministra.

**“Primeira corrente: Enunciado 270, da III Jornada de Direito Civil”.**

“A primeira corrente deriva do Enunciado 270, da III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, que dispõe”:

‘Enunciado 270

Art. 1.829: 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 aqüestos, 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.’

Continua afirmando que “de acordo com esse entendimento, a sucessão do cônjuge obedeceria as seguintes regras: (i) se os cônjuges se casaram pelo regime da comunhão universal, o sobrevivente não concorre com os filhos na sucessão, já que recebeu suficiente patrimônio em decorrência da meação (incidente, nesta hipótese, sobre todo o patrimônio do casal, independentemente da data de aquisição); (ii) se o casamento se deu pela separação obrigatória, entendida essa como a separação legal de bens, também não concorrem cônjuge e filhos, porque isso burlaria o sistema legal; (iii) finalmente, se o casamento tiver sido realizado na comunhão parcial (ou nos demais regimes de bens), há duas possibilidades: (iii.1) se o falecido deixou bens particulares, o cônjuge sobrevivente participa da sucessão, porém só quanto a tais bens, excluindo-se os bens adquiridos na constância do matrimônio, porque eles já são objeto da meação; (iii.2) se não houver bens particulares, o cônjuge sobrevivente não participa da sucessão (porquanto sua meação seria suficiente e se daria, aqui, hipótese semelhante à da comunhão universal de bens)”.

Frisa que acompanham esse entendimento ANA CRISTINA DE BARROS MONTEIRO FRANÇA PINTO (atualizadora do Curso de Direito Civil de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, Vol. 6 – 37ª Ed. – São Paulo:

Saraiva, 2009, p. 97), NEY DE MELLO ALMADA (Sucessões, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 175), entre outros.

### “Segunda corrente: Majoritária”.

Segundo a Ministra a segunda e majoritária corrente doutrinária acerca da interpretação do art. 1.829, I, do CC/02, defende uma ideia substancialmente diferente.

“Os partidários dessa corrente, a exemplo dos defensores do Enunciado 270 das Jornadas, separam, no casamento pela comunhão parcial, a hipótese em que o falecido tenha deixado bens particulares, e a hipótese em que ele não tenha deixado bens particulares (sempre considerando a existência de descendentes). Se o cônjuge pré-morto não tiver deixado bens particulares, o sobrevivente não recebe nada, a título de herança. Contudo, se o autor da herança tiver deixado bens particulares, o cônjuge herda, nas proporções fixadas pela Lei (arts. 1.830, 1.832 e 1.837), não apenas os bens particulares, mas todo o acervo hereditário”.

Continua afirmando que:

MARIA HELENA DINIZ defende essa tese com os seguintes fundamentos (Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 6: direito das sucessões – 20a ed. rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 124 e ss.):

i) a herança é **indivisível**, deferindo-se como um todo unitário (art. 1.791). Assim, não há sentido em dividi-la apenas nas hipóteses em que o cônjuge concorre, na sucessão;

ii) se o cônjuge sobrevivente for ascendente dos demais herdeiros, terá a garantia de 1/4 da herança. Essa garantia é incompatível com sua quase-exclusão, na hipótese em que o falecido tiver deixado poucos bens;

iii) o cônjuge supérstite é herdeiro necessário, e não há sentido em lhe garantir a legítima se ele não herdar, no futuro, esse patrimônio;

iv) em um regime de separação convencional, as partes podem firmar pacto antenupcial disciplinando a comunicação dos aquestos, e não obstante o cônjuge sobrevivente os herdar. Não há sentido em restringir tal direito apenas na comunhão parcial;

v ) meação e herança são institutos diversos. No falecimento, a meação do falecido passa a integrar seu patrimônio, não havendo razão para destacá-la para fins de herança.

### “Terceira corrente: Interpretação invertida”.

“A terceira corrente que se formou para a interpretação do art. 1.829, I, do CC/02, inverte as ideias defendidas pelas anteriores. Encabeçada por MARIA BERENICE DIAS, defende que a sucessão do cônjuge fica **excluída na hipótese de o falecido ter deixado bens particulares** (“Ponto final”. Disponível em: <[http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont\\_id=108&isPopU=true](http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=108&isPopU=true)>, acesso em 22 set. 2009). Enquanto os defensores da primeira e da segunda correntes apenas reconheciam, ao cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens, o direito à sucessão na hipótese de o falecido ter deixado bens particulares, esta terceira linha de pensamento defende que só há sucessão na hipótese em que ele não os deixou, concorrendo o cônjuge sobrevivente com os descendentes, na herança dos bens comuns”.

“Quanto ao regime de separação de bens, destaca que a restrição somente é imposta aos cônjuges casados pelo regime da separação legal de bens, concluindo que na separação convencional, o cônjuge sobrevivente herdará em concorrência com os descendentes”.

Dessa forma finaliza a explicação sobre as três correntes.

Ou seja, no que se refere à separação de bens, a doutrina predominante, por meio das três correntes especificadas, posiciona-se no sentido de que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação convencional de bens ostenta a condição de herdeiro concorrente.

No entanto, para alcançar o resultado favorável aos herdeiros a Ministra faz uso do entendimento em sentido contrário e inaugura uma quarta linha de interpretação. Trata-se dos ensinamentos do Professor MIGUEL REALE (in Estudos Preliminares do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 61/64).

Assim a Ministra registra os entendimentos de MIGUEL REALE da seguinte maneira: '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.'

Conclui a Ministra que “Dessa forma, a separação obrigatória a que se refere o art. 1.829, I, do CC/02, é gênero do que são espécies a separação convencional e a legal. Com base nisso, conclui que em hipótese alguma, seja na separação legal, seja na separação convencional, o cônjuge será herdeiro necessário do autor da herança”.

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

Então por essa linha interpretativa aquela crítica feita inicialmente sobre a redação do art. 1.829, I, no que diz respeito a citação do art. 1.640, parágrafo único, enquadrando equivocadamente como separação obrigatória de bens deve ser afastada. Afinal por essa teoria a separação convencional também é obrigatória.

## **CONCLUSÃO**

Verificamos as divergências doutrinárias e jurisprudências sobre a possibilidade do cônjuge sobrevivente ser considerado herdeiro e participar conjuntamente com o descendente na sucessão legítima (artigo 1.829, I, CC).

Acreditamos que o caso possa ser melhor resolvido ainda em vida. Nessa hipótese as polêmicas serão reduzidas se o cônjuge fizer testamento dispondo sua pretensão.

Dessa forma estará prevenindo a discussão ainda não pacificada. Uma vez tendo deixado por escrito sua vontade, por meio de testamento, deverá prevalecer seu desejo, até mesmo porque nesse caso a sucessão não mais seguirá o rito do artigo 1.829 (sucessão legítima), mas sim o rito da sucessão testamentária.

Outra possível solução, inclusive que aparenta ser a mais ideal, seria no próprio pacto antenupcial ambos os cônjuges deixarem registrado sua intenção sobre essa polêmica.

Porém o caso ainda continuará sem solução pacífica nos casos em que for de fato seguido os ditames da sucessão legítima, ou seja, naqueles casos por exemplo que o cônjuge não deixou testamento.

As divergências já foram expostas e concluímos que as mesmas ainda não foram solucionadas.

Data vênia máxima, acreditamos que num futuro próximo o assunto possa ser solucionado e pacificado.

Defendemos que a redação do Códex fora infeliz e que a redação deveria mencionar a expressão "separação de bens" ao invés de "separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único)".

A separação obrigatória de bens, se considerada por imposição legal, não está amparada pelo art. 1.640, parágrafo único, mas sim pelo art.1.641.

O art. 1.640, parágrafo único, ao contrário, contempla os casos de pacto antenupcial (por convenção).

Com todo respeito fixamos o entendimento que se os cônjuges por meio de pacto antenupcial desejaram ver seu patrimônio separado, não poderá após a morte participar da herança do falecido. Não se trata de injustiça, trata-se de

uma decisão formulada pelos cônjuges por pacto antes do casamento. Assim como o legislador pretende ver afastada a comunicação de bens, mesmo após a morte, nos casos da separação de bens por imposição legal, os cônjuges igualmente pretendem ver essa mesma incomunicabilidade ao optarem pelo regime da separação de bens.

Caso assim não quisessem bastaria casar no regime habitual, qual seja, o regime da comunhão parcial de bens.

Nessa linha são os dizeres da Ministra NANCY ANDRIGHI quando do deslinde do REsp 992749 ao contemplar que “se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado”.

Por todo o exposto cremos que a doutrina e a jurisprudência seguirá o rumo por não permitir a concorrência do cônjuge casado nessa hipótese. Esperamos que futuramente a matéria seja pacificada, mas enquanto isso, ambas as teorias poderão ser sustentadas.

Fonte:

- Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo /  
Antonio Cláudio da Costa Machado, (organizador); Silmara Juny  
Chinellato, (coordenadora). – 3ª. ed. – Barueri, SP: Manole, 2010

- [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)

- [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)

- [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)

- [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)



Autor:

Gilcimar de Oliveira Figueira

- Advogado (OAB/RJ 144674)
- Pós Graduado em Direito Imobiliário pela UVA.
- Pós Graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela FESUDEPERJ (Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro) em Convênio com a Gama Filho.
- Especialista em procedimentos de Separação, Divórcio e Inventário (Lei 11.441/07)

