

O REGIME MATRIMONIAL DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS: IMPLICAÇÕES NO DIREITO SUCESSÓRIO

THE MATRIMONIAL REGIME OF CONVENTIONAL SEPARATION OF PROPERTY:
IMPLICATIONS ON SUCCESSION LAW

Maria Vital da Rocha

Manuela Sales Santos

RESUMO

Intenta-se, neste artigo, empreender uma análise do regime matrimonial de separação convencional de bens e suas implicações fáticas no âmbito do direito sucessório. Nesse contexto, o ponto central deste estudo afigura-se na possibilidade ou não de concorrência do cônjuge sobrevivente, casado sob regência do regime de separação total pactuada, com os descendentes, consubstanciada no teor do art. 1.829, I do Código Civil de 2002. Para tanto, procurou-se traçar uma série de argumentos – desenvolvidos individualmente – fundamentais à conclusão ao final exposta, abordando-se aspectos concernentes ao Direito de Família, ao Direito dos Contratos e ao Direito das Sucessões. Verifica-se, com fundamento em uma corrente minoritária da doutrina e em polêmico julgado oriundo do Superior Tribunal de Justiça, a impossibilidade de concorrência com descendentes do autor da sucessão, de modo que não pode ocupar o cônjuge supérstite, tendo casado por tal regime, a posição de meeiro ou de herdeiro do falecido.

PALAVRAS-CHAVE: Código Civil. Separação convencional de bens. Efeitos. Cônjuge sobrevivente. Concorrência. Impossibilidade.

ABSTRACT

This article intends to undertake an analysis of the matrimonial regime of conventional separation of goods and factual implications in Succession Law. In this context, the focus of this study appears in the possibility or not of competition of the surviving spouse, married under the regency of the regime of agreed total separation, with descendants, embodied in content of art. 1829, I of Civil Code of 2002. To do so, it was sought to draw a series of arguments – individually developed – fundamental to the conclusion at the end exposed, approaching aspects related respectively to the Family Law, Contract Law and Succession Law. It is verified, based on a minority current of doctrine and a controversial decision coming from the Superior Court of Justice, the impossibility of competing with descendants of the author of succession, so that the surviving spouse, having married by this regime, can not occupy the position of sharecropper or heir of the deceased.

KEYWORDS: Civil Code. Conventional separation of property. Effects. Surviving spouse. Competition. Impossibility.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o Diploma Civil de 2002 elenca entre os arts. 1.639 e 1.688 uma série de regimes de bens, os quais representarão grande importância, mormente quando findo o

matrimônio, seja por divórcio, seja por morte, ocasiões em que, efetivamente, a escolha realizada pelos nubentes quanto ao regime matrimonial produzirá efeitos.

Tal liberdade de escolha desembocará em conseqüências de ordem prática, que não podem se sujeitar a modificações que não representem alteração própria do regime de bens no curso do casamento, conforme disposição do art. 1.639, § 2º, CC, de maneira que somente serão latentes com o término da sociedade conjugal.

Procura-se, neste trabalho, abordar os efeitos produzidos em decorrência da escolha de um regime patrimonial específico: o regime de separação convencional de bens.

Face à notória divergência de interpretação doutrinária e jurisprudencial acerca de tal questão, mostra-se premente uma análise de suas implicações de ordem prática, embasada na melhor doutrina e jurisprudência pátrias.

O marco para o desenvolvimento da presente pesquisa afigura-se na jurisprudência originária do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 992.749/MS) e na conseqüente mudança de paradigma no tratamento do tema dos efeitos produzidos pela escolha do regime de separação convencional de bens.

Procura-se estabelecer os reais efeitos produzidos em decorrência da predileção, por parte dos nubentes, pelo regime de separação de bens pactuada. Com fulcro no Direito das Sucessões e, mais especificamente, no teor do art. 1.829, I do Códex, demonstra-se o posicionamento de uma doutrina minoritária como contraponto ao entendimento dominante que atribui ao consorte sobrevivente a posição de herdeiro do autor da herança.

Conclui-se que o cônjuge casado pelo regime de separação convencional de bens não pode concorrer com os descendentes, de modo a não ostentar a qualidade de herdeiro, tampouco de meeiro sobre o acervo patrimonial deixado pelo falecido.

1 SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

“Pelo casamento os cônjuges unem suas vidas e seu destino. Mas por meio do pacto antenupcial em que ajustam a separação, circunscrevem os efeitos dessa união, a fim de impedir que ela se estenda também ao campo patrimonial (...).” (RODRIGUES, 2002, p. 216).

Corolário do direito fundamental à liberdade resguardado pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, o regime de separação convencional de bens, conforme se depreende de sua própria nomenclatura, decorre de convenção estipulada pelo casal que irá se unir pelo enlace matrimonial, formalizada por meio de pacto antenupcial.

Nesse sentido, dispõe o art. 1.687 da Lei Civil em vigor que: “Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.”

Apura-se do conceito legal que cada um dos consortes possuirá bens particulares, de tal maneira que seus patrimônios, na lição de Caio Mário da Silva Pereira (2007, p. 237), “permanecem estanques, na propriedade, posse e administração de cada um.”

Assim, a separação convencional dos bens resulta na incomunicabilidade pactuada dos bens adquiridos antes, na constância e após o casamento, de modo que os bens de cada cônjuge constituem acervos distintos.

Vê-se que até mesmo os bens adquiridos durante a vigência do casamento figurarão como propriedade exclusiva do consorte que os comprou.

Desta feita, não restam dúvidas que apenas existirão bens comuns se adquiridos consoante a forma de condomínio voluntário ou sob co-propriedade, cujas naturezas jurídicas são puramente contratuais.

Em tese, portanto, se compreende como totalmente dispensável o empreendimento de uma partilha dos bens, amigável ou judicial, quando findo o matrimônio, como consequência de divórcio ou do óbito de um dos cônjuges.

Afinal, o mandamento legal orienta que os bens deverão permanecer sob a administração exclusiva dos consortes, em estrita observância ao que fora estipulado no respectivo pacto antenupcial.

Inexistirá sequer direito ao usufruto dos bens do cônjuge que estiver na posse dos bens particulares do outro, na forma do art. 1.652, III do CC/02.

Percebe-se, pois, que “quando se pactua tal regime, o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges.” (RODRIGUES, 2002, p. 215).

Em linha similar, Maria Berenice (2010, p. 244) afirma que “mediante pacto antenupcial, os nubentes podem optar pela incomunicabilidade total dos bens, a configurar verdadeira ausência de um regime patrimonial, pois o que existe são acervos separados.”

Vale lembrar ser certo, contudo, que estipulações de comum acordo que venham a amenizar os efeitos da separação dos bens podem ser inseridas no pacto antenupcial lavrado em escritura pública.

2 SEPARAÇÃO CONVENCIONAL E SEPARAÇÃO LEGAL

É com facilidade que se pode notar a gritante distinção entre o regime de separação legal do regime de separação convencional de bens.

“O regime de separação de bens resulta de estipulação em pacto antenupcial. Mas pode ser, ainda, imposto aos cônjuges, nos casos previstos no art. 1.641.” (PEREIRA, 2007, p. 237).

Na mesma esteira, aduz Orlando Gomes (1987, p. 193) que o regime de separação de bens “provém de duas fontes: a convenção e a lei. (...) Necessário que os nubentes o instituem mediante pacto antenupcial. Em certas circunstâncias, porém, a lei o impõe.”

E continua: “Diz-se que nesse caso é obrigatório, por ser exigido como sanção, ou por motivos de ordem pública.” (GOMES, 1987, p. 193).

A separação legal de bens, também chamada de obrigatória, consiste naquela imposta por força de lei, tratada no art. 1.641 do Diploma Civil, o qual se apresenta inserto no capítulo das “disposições gerais” acerca do regime de bens entre os cônjuges.

Nesta linha, a norma civil estabelece, brevemente, que o regime de separação legal de bens será o adotado: I – para as pessoas que contraírem casamento com inobservância das causas suspensivas de sua celebração; II – para as pessoas maiores de setenta anos¹ e III – para todos que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Desde o Diploma Civil de 1916, tem-se que a separação legal incide como uma espécie de sanção imposta em casos excepcionais, ou por razões de ordem pública, na ótica do legislador civilista.

Neste diapasão, afirmava Beviláqua que:

O que caracteriza esse regime é a completa separação de patrimônio dos dois cônjuges, nenhuma comunicação se estabelecendo entre as duas massas, os dois acervos. A cada um o que é seu, aí está a fórmula individualista, que bem sintetiza o aludido regime matrimonial. (BEVILÁQUA *apud* MONTEIRO, 1999, p. 178).

Denota-se que tal conceituação é adequada também ao regime de separação convencional, quando o pacto antenupcial lavrado em escritura pública, conforme explicitado alhures, estabelece, sem exceções, a total incomunicabilidade dos bens.

3 EFEITOS DO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

3.1 Corrente majoritária

¹ Inciso II alterado recentemente pela Lei nº 12.344 de dezembro de 2010, a qual aumentou para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento.

3.1.1 Interpretação do art. 1.829, I do Código Civil de 2002

A fonte mor dos efeitos produzidos pela separação convencional de bens na seara do direito sucessório encontra-se, inegavelmente, no polêmico conteúdo do art. 1.829, I do Código Civil, *in verbis*:

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 (...).²

O dispositivo citado se presta a estabelecer a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do autor da herança, sobre a qual incide uma série de regras específicas. Assim, ressalvados os casos previstos em lei, ao cônjuge sobrevivente assistirá o direito de concorrer com os descendentes do *de cuius*.

Os casos previstos em lei que excluem o cônjuge da concorrência com os descendentes – aponta a maior parte da doutrina civilista – seriam exatamente aqueles arrolados no texto do art. 1.829, I do Diploma Civil. Não concorreriam, pois, com os descendentes os cônjuges casados sob o regime de comunhão universal de bens ou sob o regime de separação compulsória, isto é, sob o regime de separação de bens imposto pela lei civil, de que trata o art. 1.641.

A terceira hipótese de afastamento da concorrência conjugal reside, nos termos da parte final do inciso I do art. 1.829, CC/02, na hipótese de ter sido o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de comunhão parcial de bens, não tendo o sucedido deixado bens particulares.

A doutrina explica, inclusive, as razões que conduziram o legislador de 2002 a excluir o cônjuge da concorrência com os descendentes em tais casos.

Primeiramente, aquele que foi casado sob a regência do regime de comunhão universal de bens não concorre com os descendentes haja vista que “já estará protegido por sua meação³.” (NADER, 2008, p. 143).

² Ao remeter ao art. 1.640, parágrafo único do CC, o dispositivo em tela é errôneo. Na verdade, é o art. 1.641 que se refere à separação legal de bens.

³ Cumpre esclarecer que meação não é herança. Na verdade, “não há de confundir meação (efeito da comunhão dos bens) com o direito hereditário (que independe do regime, salvo se concorrer com descendentes). A meação pertence ao cônjuge sobrevivente por direito próprio, e não por herança, sendo intangível (não pode ser privada por indignidade ou deserção), independentemente de estar separado de fato.” (CARVALHO; CARVALHO, 2009, p. 52).

A meação, conforme Maria Berenice Dias (2008, p. 155), “garante que o viúvo não fique ao desamparo, e deferir-lhe mais o direito de concorrência seria beneficiamento excessivo.”

Nessa toada, a desembargadora do TJ/CE, Maria Nailde Pinheiro Nogueira (2007, p. 51), expõe que o legislador não seria sensato se, além da metade de todos os bens, atribuisse ao cônjuge o direito de herança sobre parte dos bens restantes, em prejuízo dos filhos do falecido.

Pode-se concluir, portanto, que o cônjuge que fora casado em regime de comunhão universal não ostenta a condição de herdeiro, mas tão somente de meeiro do acervo patrimonial deixado pelo falecido. A jurisprudência pátria, com uma clareza solar, alberga e aplica tal conclusão, na esteira do seguinte acórdão, advindo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

SUCESÕES. ALVARÁ JUDICIAL PARA SAQUE DE NUMERÁRIO ORIUNDO DE DEPÓSITOS DO PIS/PASEP. ILEGITIMIDADE DA PARTE. Somente os filhos, todos, na qualidade de sucessores, têm legitimidade para postular a liberação dos valores oriundos do PIS/PASEP. *Não é sucessor e, portanto, não tem legitimidade para postular alvará judicial, o cônjuge supérstite casado sob o regime da comunhão universal, uma vez que não é herdeiro (art. 1.829, I, do Código Civil).* NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível nº 70011174737, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Sétima Câmara Cível, julgado em 01/06/2005, sem grifos no original).

Na mesma linha já se manifestou do Tribunal de Justiça de São Paulo:

AÇÃO DE COBRANÇA – ALUGUERES DE IMÓVEL HAVIDO POR DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA – SUCESSÃO REGIDA PELO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – NA FALTA DE DESCENDENTE, O VIÚVO, AINDA QUE CASADO SOB O REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS, NÃO É HERDEIRO DO FALECIDO – ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM PARA COBRAR ALUGUERES DE IMÓVEL DEIXADO PELO FALECIDO – EVENTUAL PRESTAÇÃO DE CONTAS OU RECLAMAÇÃO SOBRE A ADMINISTRAÇÃO DO ESPÓLIO DEVE SER DIRIGIDA AO INVENTARIANTE, E NÃO EM NOME PESSOAL DO MANDANTE, CONSTITUÍDO APENAS PARA REPRESENTÁ-LO, PENA DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – SENTENÇA MANTIDA – APELO DESPROVIDO. (Apelação cível nº 9100290-31.2004.8.26.0000, Relator: Desembargador Theodureto Camargo, 8ª Câmara de Direito Privado, julgado em 08/09/2011, sem grifos no original).

No que tange à separação legal de bens, também chamada de obrigatória ou compulsória, abordada no art. 1.641 do Códex, os doutrinadores buscam lastrear o afastamento da concorrência, *in casu*, na própria natureza do regime de separação legal (OLIVEIRA; AMORIM, 2009, p. 96), tendo em vista que o texto do art. 1.641 do CC/02 contém vedação ao direito de concorrência.

Nesta moldura, diz Paulo Nader (2008, p. 143) que a justificativa para tanto é “o intuito de se evitar a burla ou fraude à teleologia do regime de separação compulsória.”

Ocorre que, pela exegese da Súmula 377⁴ do Supremo Tribunal Federal, o regime matrimonial de separação legal de bens acabou travestindo-se de verdadeira comunhão parcial.

Desta feita, aquele que se insere em alguma das hipóteses do art. 1.641 do Código Civil e casou-se, incidindo, nestes casos, por força de lei, o regime de separação de bens, terá direito à comunicação dos bens adquiridos na constância do matrimônio. É o teor da súmula em comento.

A modificação de regime de bens no plano fático é tão nítida que Maria Berenice (2008, p. 156) chega a afirmar: “Ainda bem que Súmula do STF alterou este perverso regime para o da comunhão parcial (...).”

Finalmente, exprime a parte final do art. 1.829, I do Código Civil de 2002 que não concorrerá na herança com os descendentes o cônjuge que foi casado com o *de cujus* em regime de comunhão parcial de bens se não houver bens particulares.

A justificativa principal que respalda a não concorrência em tais casos diz respeito, assim como na hipótese de comunhão universal, à meação. Afinal, inexistindo bens particulares, “todos os bens do falecido são comuns, e o cônjuge sobrevivente já possui a meação (...).” (CARVALHO; CARVALHO, 2009, p. 55).

3.1.2 Posicionamento da doutrina majoritária

Mediante uma interpretação literal da letra da lei, os doutrinadores da corrente que predominante apontam que haverá concorrência com os descendentes, ocupando o cônjuge supérstite a condição de herdeiro, em todas as hipóteses não mencionadas de maneira clara pelo inciso I do art. 1.829.

Destarte – diz a doutrina dominante – o consorte sobrevivente concorrerá com os descendentes se houver casado sob os seguintes regimes patrimoniais: I) participação final nos aqüestos; II) comunhão parcial de bens, se o *de cujus* tiver deixado bens particulares e III) separação convencional de bens (GOMES, 2007, p. 56).

⁴ A referida súmula estabelece que: “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

Maria Berenice Dias (2008, p. 154), compartilha do posicionamento majoritário, mas, peculiarmente, afirma que as hipóteses de afastamento do direito à concorrência hereditária com descendentes, contidas no art. 1.829, I, constituem rol *numerus clausus*, isto é, taxativo, que inadmitte qualquer interpretação extensiva. Aduz a autora:

A não-concorrência é a exceção. De modo expreso, são apontados os regimes de bens em que o cônjuge sobrevivente não concorre. Como a lei indica as hipóteses em que há a exclusão do direito, é de se ter nominata como taxativa. É o que se chama de *numerus clausus*, a impedir interpretação extensiva. Assim, quando não expressamente excluído, prevalece o direito de concorrência. Como são referidos somente os regimes de comunhão universal, separação obrigatória de bens e uma modalidade da comunhão parcial (a depender da existência ou não de bens particulares do *de cuius*), outra não pode ser a conclusão: nos demais regimes o cônjuge sobrevivente concorre com os herdeiros. Portanto, prevalece o direito do cônjuge: na separação convencional de bens, no regime de participação final de aqüestos e em uma modalidade do regime da comunhão parcial.

O regime matrimonial que transparece como ponto central deste estudo, portanto, é tido pela doutrina majoritária como hipótese de concorrência hereditária do consorte sobrevivente com os descendentes. Essa é a posição defendida por Caio Mário da Silva Pereira (2007, p. 159), Inácio de Carvalho Neto (2007, p. 129-130) Orlando Gomes (2007, p. 56), Maria Helena Diniz (2008, p. 121-122), Maria Berenice Dias (2008, p. 154), Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim (2009, p. 96), Maria Nailde Pinheiro Nogueira (2007, p. 50), Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Francisco José Cahali (2007, p. 170), dentre outros.

Refiro-me à separação de bens firmada por meio de pacto antenupcial, convencionalizada por livre estipulação dos nubentes. A posição defendida claramente pela doutrina dominante que se debruça sobre a temática é no sentido de que a “separação obrigatória” aludida no inciso I do art. 1.829 é a separação legal de que trata o art. 1.641 do Códex.

Nesse diapasão, haja vista que a separação convencional de bens não foi nitidamente objeto de exclusão da concorrência com os herdeiros, ao cônjuge que casou sob a regência do regime *sub oculi* assistiria o direito de concorrência, na condição de herdeiro do falecido.

O fundamento para que se chegue a tal conclusão reside não somente no que preconiza a letra da lei civil, mas também no fato de que, pelo regime de separação convencionalizada, o cônjuge sobrevivo não faz *jus* à meação.

Desta sorte, o fundamento é a “premissa geral de que quem é meeiro não deve ser herdeiro.” (CARVALHO; CARVALHO, 2009, p. 60).

Já que a adoção pelo regime de separação convencional de bens não produz direito à meação, a premissa geral é no sentido de que se implique – segundo a esmagadora maioria da doutrina – na condição de herdeiro do cônjuge.

Maria Nailde Pinheiro Nogueira (2007, p. 54), exatamente nesses termos, revela entender ser possível e justo que o consorte casado sob o regime de separação acordada dos bens (art. 1.687) venha a herdar em concorrência com os descendentes do falecido. A justiça da concorrência reside, para a mencionada autora, puramente no fato de inexistir meação em tais casos, já que os bens anteriores e posteriores ao casamento não devem se comunicar.

A maior expressão da jurisprudência pátria acompanha o posicionamento defendido pela doutrina majoritária, de sorte que inúmeros julgados de nossos tribunais demonstram a possibilidade de concorrência do cônjuge supérstite que fora casado no regime de separação convencional de bens com os descendentes.

Nessa esteira, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu:

AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO ORDINÁRIA DE DECLARAÇÃO DA CONDIÇÃO DE NÃO HERDEIRA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE CASADA COM O FALECIDO SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS, MEDIANTE PACTO. CONCORRÊNCIA COM AS DESCENDENTES. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI NO ACORDÃO. ART. 1.829, I, CC/02. IMPROCEDÊNCIA. TEMPESTIVIDADE DA AÇÃO. Observado o prazo previsto no art. 495 do CPC na propositura da ação rescisória, impõe-se admiti-la como tempestiva. Rejeitada a preliminar de intempestividade deduzida na contestação. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Há possibilidade jurídica no pedido rescisório, cujo objeto visa desconstituir coisa julgada formal na própria decisão rescindenda, ao alegar que o julgador, na decisão inquinada, teria manifestado interpretação violando literalmente disposição de lei. Preliminar rejeitada, por maioria. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Descabe ser rescindido o acórdão que não desconsidera ou não afronta dispositivos legais, mas apenas dá interpretação razoável, embora literal, à matéria controvertida. O acórdão rescindendo, ao deliberar que o cônjuge sobrevivente, casado pelo regime de separação convencional de bens, por pacto antenupcial, concorre à herança com as descendentes do falecido, deu interpretação literal ao precitado art. 1.829, I, CC/02, não violando qualquer dispositivo legal. Aplicação da Súmula 343 do STF. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE REJEITADA, POR UNANIMIDADE, E PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, AFASTADA, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR. NO MÉRITO, AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE, POR UNANIMIDADE. (SEGredo DE JUSTIÇA). (Ação Rescisória nº 70038425567, Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, julgado em 10/06/2011).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PARTILHA. REGIME DE BENS. INEXISTÊNCIA DE MEAÇÃO SOBRE BEM CLAUSULADO. REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. HERANÇA. CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE VIVO COM OS DESCENDENTES DO FALECIDO SOBRE OS BENS PARTICULARES DEIXADOS. No casamento realizado pelo regime da separação total de bens, com pacto antenupcial, há a incomunicabilidade total dos bens anteriores e posteriores ao matrimônio. O bem doado com cláusula de incomunicabilidade não integra a meação do cônjuge, seja qual for o regime de bens. Ademais, o gravame que incide sobre o bem o torna bem particular, afastando-o da meação, *admitindo-se, contudo, que sobre ele concorra na sucessão o cônjuge sobrevivente com os herdeiros descendentes, na esteira do que dispõe o artigo 1.829 inc. I do Código Civil*. Agravo desprovido. (Agravo de Instrumento nº

70021504923, Relator: Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, Oitava Câmara Cível, julgado em 11/12/2007, sem grifo no original).

Em sentido semelhante, os seguintes julgados advindos do Tribunal de Justiça de São Paulo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Inventário - Decisão que declarou que o cônjuge supérstite não é herdeiro nem meeiro - Viúva que foi casada com o autor da herança pelo regime da separação convencional - Decisão que contraria a lei, em especial os artigos 1.845 e 1829 do Código Civil - Decisão reformada - Agravo provido. (Agravo de Instrumento nº 0007645-96.2011.8.26.0000, Relator: Desembargador José Carlos Ferreira Alves, 2ª Câmara de Direito Privado, julgado em 04/10/2011).

Direito Hereditário - Cônjuge sobrevivente casada sob o regime da separação convencional de bens - Qualidade de herdeira legítima concorrendo com os descendentes - Inteligência do artigo 1.829, I, do Código Civil/2002 - Vedação que somente ocorre entre outras causas, se o regime de casamento for o de separação universal de bens - Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 0337815-12.2010.8.26.0000, Relator: Desembargador Octavio Helene, 10ª Câmara de Direito Privado, julgado em 24/05/2011).

3.2 Corrente minoritária

3.2.1 Admissão de divergências doutrinárias

A despeito de o entendimento segundo o qual o consorte sobrevivente casado sob o regime de separação de bens convencional é herdeiro concorrente dos descendentes do *de cuius* figurar nos manuais de Direito das Sucessões como majoritário, tal corrente está longe de ser pacífica.

A própria doutrina majoritária reconhece que seu posicionamento é passível de discussões.

Cahali e Hironaka (2007, p. 167), em nota de rodapé de sua obra, concordam que, de fato, se apura divergência quanto à possibilidade de o cônjuge viúvo casado pelo regime de separação convencional ocupar a posição de herdeiro, embora considerem claro o texto legal.

Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim (2009, p. 97) admitem que:

(...) o tema suscita interpretações divergentes, como observado em comentários da doutrina. Assim, ao douto Miguel Reale, em artigo publicado na imprensa, pareceu que, não havendo concorrência na herança para o casado no regime de separação obrigatória, também não poderia haver esse concurso no regime de separação convencional.

Maria Berenice Dias (2008, p. 156-157) lembra: “Miguel Reale afirma que a lei disse menos do que deveria e sustenta a exclusão do direito de concorrência no regime da separação convencional de bens por analogia.”

Todavia, a festejada autora afirma que “esta orientação não vingou. Vem prevalecendo na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que, quando do falecimento de um, o outro concorre com os herdeiros antecedentes, por não ter direito à meação.”

Maria Helena Diniz (2008, p. 120-121) também reconhece a posição minoritária preconizada por Miguel Reale, com a qual não concorda.

Pelo que expõem os supracitados autores, nota-se que o principal autor partidário da concepção minoritária concernente à concorrência do cônjuge casado sob o regime de separação convencional é o eminente jurista Miguel Reale.

3.2.2 O entendimento de Miguel Reale

Miguel Reale apresenta-se não só como o grande defensor da não-concorrência do cônjuge que foi casado sob o regime de separação convencional de bens, mas como quem introduziu a divergência no direito brasileiro.

Já em 12 de abril de 2003, em artigo publicado no jornal O Estado de São Paulo, o renomado autor entendeu que o cônjuge supérstite casado sob o regime objeto deste estudo não poderia concorrer com os descendentes.

Tem-se, assim, que decorridos apenas três meses da vigência da Lei nº 10.406/2002, que introduziu o novo Código Civil, Miguel Reale já apresentava opinião formada e otimamente fundamentada acerca da concorrência ou não do cônjuge casado pelo regime de separação convencional de bens.

Não custa recordar que, enquanto o Código Civil de 1916 é, até os dias atuais, chamado de Código Beviláqua, por ter sido Clóvis o grande idealizador e “pai” daquele Diploma Civil, Reale figura como “pai” do Diploma Civil de 2002.

O Código Civil de 2002 é chamado de Código Reale, haja vista que foi Miguel Reale o coordenador⁵ da reforma incidente sobre o Código Civil brasileiro, “sob o cargo de

⁵ A colunista do portal “Migalhas”, Roberta Resende (2010), comenta, ainda, que: “Na exposição de motivos do Código Civil, Miguel Reale explica a toda a sociedade que era necessidade imperiosa atualizar o Código então vigente não só para superar os “pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração, mas também para dotá-lo de institutos novos, reclamados pela sociedade atual”. Expõe, ainda, que as demandas por uma nova Lei Civil advieram “das profundas alterações havidas no plano dos fatos e das idéias, tanto em razão do progresso tecnológico como em virtude da nova dimensão adquirida pelos valores da solidariedade social.”

“Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil” que, instalada em 1969, apresentou em 1975 o anteprojeto que depois de muito discutido pela sociedade viria a ser sancionado pelo Presidente da República pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.” (RESENDE, 2010).

Vê-se, com uma clareza solar, que o jurista em apreço está mais do que autorizado a falar da *mens legislatoris*, isto é, da vontade do legislador de 2002. A própria doutrina majoritária reconhece tal fato, como é o caso de Inácio de Carvalho Neto (2007, p. 130), embora entenda que não assiste razão ao insigne mestre.

No artigo “O cônjuge no novo Código Civil”, Miguel Reale (2003) procura interpretar o conteúdo do art. 1.829, I do Códex, de modo a concluir como inaceitável a concorrência do consorte supérstite com os descendentes do falecido, se o casamento houver sido realizado sob a regência do regime de separação convencional de bens.

3.2.3 Ministra Nancy Andrighi e o Recurso Especial nº 992.749/MS

A mudança de paradigma, no plano do Poder Judiciário, surgiu, sem sombra de dúvidas, ao final do ano de 2009, com a apreciação do Recurso Especial nº 992.749/MS pelo Superior Tribunal de Justiça.

A relatora do Recurso Especial, Ministra Nancy Andrighi, realizou um respeitável trabalho em prol da adequada e correta interpretação do Código Civil. São os dizeres do Ministro Massami Uyeda (2009) em voto apresentado no mesmo recurso.

O relatório e o voto emanados pela Ministra apresentam uma análise pormenorizada e nunca antes realizada, no âmbito de nossos Tribunais, acerca do real sentido do art. 1.829, I do Códex. A riqueza de elementos que dão fundamento à decisão recursal ao final proferida é evidente.

Em seu voto, a Ministra Nancy Andrighi filia-se à linha de pensamento de Miguel Reale e nega o direito de concorrência hereditária com os descendentes do autor da herança, haja vista que o casamento, *in casu*, havia sido realizado pelo regime de separação convencional de bens.

O respaldo jurídico e hermenêutico de tal conclusão comporta um número elevado de argumentos, todos demonstrados com profundidade pela Ministra. Assim, a Terceira Turma, por unanimidade, acompanhou o voto da Ministra Relatora e deu provimento ao recurso em tela.

Por tão inovador, o julgado em apreço foi alvo de severas críticas por parte de alguns doutrinadores, dentre eles Flávio Tartuce (2011, p. 1225-1226). O referido autor afirma que a decisão se refere a uma situação peculiar, de modo que suas conclusões devem permanecer isoladas, acrescentando, ainda, que o acórdão criou incertezas jurídicas, gerando sérios problemas no ordenamento. São as palavras do doutrinador:

Na verdade, o julgado se refere a uma situação peculiar, de um homem viúvo, com 51 anos de idade e graves problemas de saúde, que se casou com uma mulher de 21 anos de idade pelo regime da separação convencional de bens. Pela evidência, no caso de um suposto *golpe do baú*, houve-se por bem desenvolver a tese exposta, a fim de afastar o direito sucessório da esposa. O julgado merece críticas como já fez parte da doutrina, caso de José Fernando Simão e Zeno Veloso. A principal crítica se refere ao fato de o julgado ignorar preceito legal, bem como todo o tratamento doutrinário referente às categorias da separação legal e da separação convencional de bens. Ademais, some-se a constatação pela qual o acórdão supostamente solucionou um caso concreto, mas criou problemas outros tantos, pela incerteza categórica que gerou. Em suma, como Zeno Veloso, espera-se que tal forma de conclusão permaneça sozinha e isolada.

3.2.4 Posicionamento da doutrina minoritária

De modo a colidir frontalmente com os conceitos expostos pela doutrina dominante no Direito Civil brasileiro, a corrente minoritária defende que o cônjuge viúvo casado sob o regime de separação convencional dos bens *não* herda em concorrência com os descendentes *do de cujus*.

Restou claro que, em um primeiro momento, o afastamento da concorrência com os descendentes somente ocorreria – na leitura do art. 1.829, I – nas hipóteses de matrimônio realizado sob o regime de comunhão universal, separação legal (art. 1.641) e comunhão parcial se não houver o falecido deixado bens particulares.

Conforme Miguel Reale (2003), a letra da lei conduz, pois, à conclusão de que o cônjuge seria herdeiro necessário se houver casado no regime de separação convencional de bens (art. 1.687). Afinal, o art. 1.829, I traz a locução “separação obrigatória”.

Na verdade, tal expressão deve comportar duas espécies: a separação legal de bens, objeto do art. 1.641 e a separação convencional de bens, abordada pelo art. 1.687 do CC.

Assevera Reale (2003), nestes termos, que “a obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão “separação obrigatória” aplicável somente nos casos relacionados no artigo 1.641.”

Destarte, em ambos os casos de separação dos bens, o consorte não pode ocupar a categoria de herdeiro necessário. É nessa esteira o entendimento da Ministra Nancy Andrighi (2009).

Tal conclusão decorre de uma interpretação sistemática da lei, aduz a Ministra (2009), de tal sorte que o art. 1.829, I deve ser interpretado “em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma.”

3.2.4.1 Interpretação adequada ao art. 1.829, I

A simples interpretação literal, isto é, gramatical, realizada pela doutrina civilista majoritária, que resulta por atribuir ao cônjuge casado sob o regime de separação convencional dos bens a concorrência com os descendentes do falecido, deveria servir tão somente como ponto de partida interpretativo.

Emprestar ao enunciado do art. 1.829, I um sentido respaldado em uma concepção puramente positivista da norma jurídica não parece ser inteiramente adequado.

O hermeneuta não pode simplesmente se furtar da utilização de outros métodos clássicos de interpretação, como o lógico-sistemático e o histórico-teleológico para privilegiar somente a interpretação literal.

Correto seria se perquirir a real razão de ser do dispositivo, de maneira a cotejar os objetivos de sua existência no ordenamento jurídico.

Nessa linha, parece óbvio que a compreensão do art. 1.829, I do Diploma Civil só pode fazer sentido se inserta no sistema que a lei civil, como um todo, resguarda.

O relatório da Ministra Nancy Andrichi (2009) menciona, nesta moldura, que a análise do art. 1.829, I deve, necessariamente, ser contextualizada ao sistema jurídico do Código Civil, mormente na livre manifestação da vontade dos nubentes, na autonomia privada e na conseqüente autorresponsabilidade, assim como no princípio da eticidade, da confiança entre as partes e na boa-fé objetiva.

De fato, existem certos princípios jurídicos que devem nortear o intérprete da lei e demandam uma visão sistemática do Código Civil.

3.2.4.2 Princípios que devem incidir sobre a separação convencional de bens

A natureza jurídica contratual do pacto antenupcial – necessário à adoção do regime de separação convencional – impõe a incidência dos princípios de Direito Contratual.

A autonomia da vontade, por exemplo, oriunda da liberdade de escolha que assiste aos nubentes no que toca à opção pelos regimes de bens, e o consensualismo são fundamentais ao efeito da aplicação fática obrigatória da separação dos bens.

Ora, os nubentes optam, de modo consensual, pelo regime de separação convencional, orientados por suas próprias conveniências, por livre e espontânea vontade, como se diz popularmente.

Recorda-se que a escolha pelo regime de separação acordada desemboca, inclusive, em despesas cartorárias, haja vista que requer o perfazimento da competente escritura pública para que produza efeitos perante terceiros, nos termos do art. 1.657 do Código Civil. Percebe-se, pois, que nem todos os brasileiros podem ter acesso a essa opção.

Se os nubentes elegeram o regime de separação convencional dos bens para reger seu casamento, é porque optaram pela incomunicabilidade dos bens adquiridos antes, durante e após a união conjugal, conforme se extrai do próprio conceito de separação convencional, contido no art. 1.687 do Códex. Por esse dispositivo, fica certo que, estipulada a separação dos bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada consorte.

Nesse sentido, a Ministra Nancy Andrichi (2009) recorda que, muito provavelmente, as partes que pactuaram a separação de bens não desejariam que o cônjuge sobrevivente ocupasse a posição de herdeiro necessário em concorrência com descendentes.

Se pelo princípio da autonomia da vontade ninguém é obrigado a contratar, os que o fizerem, diz Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 28), sendo o contrato válido e eficaz, devem cumpri-lo, não podendo se forrar às suas conseqüências. Essa idéia é plenamente aplicável ao pacto antenupcial.

Neste diapasão, o pacto antenupcial é regido pelo princípio da força obrigatória do contrato ou *Pacta Sunt Servanda*.

Pela máxima do *Pacta Sunt Servanda*, “o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito (...)” (DINIZ, 2007, p. 29).

Se os nubentes estabeleceram, mediante um contrato pré-nupcial, a incomunicabilidade dos bens, de maneira a permanecer na propriedade e posse de cada um, não se pode afastar a real incidência de tais disposições, que passam a constituir verdadeira lei entre as partes.

Pela posição de contrato solene ocupada pelo pacto antenupcial no Direito Civil brasileiro, sabe-se que deve ser regido, ainda, pela boa-fé objetiva, que guarda íntima relação

com os princípios da confiança e da segurança jurídica e diz respeito à ética, à probidade, à honestidade e a lealdade que devem nortear as condutas dos contratantes.

Partindo de tal noção, a Ministra Nancy Andrighi (2009) ressalta 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.”

Evidentemente, se ambos os cônjuges declinaram ao direito de qualquer participação nos bens do outro, constituindo os bens de cada um acervos distintos, é certo que declinaram, também, à concorrência sucessória com os descendentes.

Desta sorte, se o cônjuge supérstite ocupa indevidamente a posição de herdeiro do *de cuius*, como preconiza a doutrina majoritária, permite-se que se esquive da vontade manifestada quando do perfazimento do pacto antenupcial. Fere-se, então, o princípio da boa-fé e caem por terra os valores éticos e concernentes à honestidade e lealdade das partes contratantes.

Resta claro, portanto, que permitir a concorrência do consorte sobrevivente com os descendentes, na forma do art. 1.829, I do Diploma Civil, representa a aniquilação dos princípios da segurança jurídica e da confiança recíproca.

3.2.4.3 “Separação obrigatória”

A polêmica expressão “separação obrigatória” trazida pelo art. 1.829, I CC, também deve ser alvo de ponderações. Afinal, o afastamento da concorrência nos casos de “separação obrigatória” somente englobaria a separação de bens imposta pela lei.

Pela posição defendida pela doutrina dominante, apenas a separação de bens de que trata o art. 1.641 é tida como obrigatória. Esse entendimento, decorrente de uma interpretação apressada, simplista e isolada, leva a consequências sérias, e conduz à idéia de que a separação convencional dos bens simplesmente não obriga as partes.

Cair no equívoco de afirmar que um contrato livremente estipulado, ou seja, o pacto antenupcial, não obriga as partes é, de forma nítida, ignorar os princípios gerais de Direito Contratual do ordenamento jurídico brasileiro, dentre eles o princípio da força obrigatória dos contratos.

Por essa razão, correto é o posicionamento para o qual a separação de bens é obrigatória e absoluta em ambos os casos. Na hipótese de separação legal é oriunda da força

da lei, enquanto na hipótese da separação convencional decorre do pacto antenupcial lavrado por escritura pública.⁶

3.2.4.4 Razão de ser do art. 1.687 do Código Civil

A própria existência do art. 1.687 da Lei Civil finda ameaçada com a interpretação da doutrina majoritária, que atribui ao cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens a posição de herdeiro do falecido.

O regime separação pactuado resta despido de razão de ser, se, na prática, inexistente a almejada incomunicabilidade total dos bens adquiridos pelos consortes.

Ora, literalmente no fim das contas, isto é, com a morte de um dos consortes, assevera Maria Berenice Dias (2008, p. 156), acaba o cônjuge sobrevivente brindado com parte dos bens do falecido, ainda que não tenha sido este o desejo do casal. Isso porque entre as exceções ao direito de concorrência, a lei simplesmente esqueceu de citar o regime de separação convencional.

Essa realidade conduz o regime de separação convencional à total inocuidade.

A partir dessa constatação, o aplaudido Miguel Reale (2003) pontua que:

Entre uma interpretação que esvazia o artigo 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, a qual, ademais, atende à interpretação sistemática, essencial à exegese jurídica.

Em artigo publicado no portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, Celina Sampaio Góes (2007) acrescenta que se admitir a condição de herdeiro necessário ao cônjuge sobrevivente casado no regime da separação convencional, implicaria em revogação tácita do art. 1.687 do Código Civil.

3.2.4.5 Interferência do Direito das Sucessões sobre o Direito de Família

⁶ Miguel Reale (2003) leciona exatamente que “duas são as hipóteses de separação obrigatória: uma delas é a prevista no parágrafo único do artigo 1.641, abrangendo vários casos; a outra resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens.”

Crucial ressaltar que em tendo os consortes ajustado em vida a incomunicabilidade, não há falar em alteração *post mortem* de tal ajuste.

Não se pode permitir tamanha ingerência do direito sucessório no âmbito do direito familiar.

Neste quadro, cabe recordar que a possibilidade de modificação dos efeitos a serem produzidos por um determinado regime de bens somente existirá, como bem observa Paulo Nader (2008, p. 375), mediante a averbação do pacto antenupcial, sob pena de o pacto anterior prevalecer perante terceiros.

Ademais, aponta Celina Sampaio Góes (2007), o regime de bens não é irrevogável, conforme prescrevia o art. 230 do Código Beviláqua, de tal maneira que os consortes, nos termos do art. 1.639, § 2º, gozam da faculdade de alteração do regime de bens no curso do casamento, mediante autorização judicial fundada em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

O Código Civil não alberga nenhum outro tipo de alteração de regime de bens, senão o disposto pelo art. 1.639, § 2º.

Ocorre que aferir ao cônjuge supérstite casado pela separação convencional de bens a condição de herdeiro significa exatamente alterar – no plano *post mortem* – o regime de bens que deveria reger o patrimônio dos consortes.

Com uma clareza solar, portanto, pode-se afirmar que, na vigência da interpretação que a doutrina majoritária empresta ao art. 1.829, I, concretamente, o Direito das Sucessões acaba alterando substancialmente o que estabelece o Direito de Família. Desta feita, Nancy Andrighi (2009) revela, de maneira salutar, que o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações ao ato de liberdade conjuntamente exercido que diz respeito à escolha do regime de bens.

3.2.4.6 Separação de bens como matéria de ordem pública

Vale mencionar a lição do respeitado jurista Washington de Barros Monteiro (1999, p. 158), que enuncia: “Toda a matéria sucessória é de ordem pública, insuscetível, pois, de modificação, ou derrogação pelas partes.”

Ora, se toda a matéria sucessória é considerada de ordem pública, os efeitos sucessórios produzidos pelo regime de separação convencional de bens no âmbito do direito sucessório também deveriam ser tidos, no plano concreto, como de ordem pública.

Destarte, a efetiva separação dos bens deveria ser considerada inderrogável, de modo que não merece prevalecer uma interpretação, ainda que majoritária, que afaste a real separação dos bens desejada pelo casal, após o óbito de um do par.⁷

3.2.4.7 Insubsistência das justificativas da doutrina majoritária para a exclusão da concorrência

A justificativa exposta pela doutrina dominante que procura fundamentar o sentido do art. 1.829, I do CC na “premissa geral de que quem é meeiro não deve ser herdeiro” (CARVALHO; CARVALHO, 2009, p. 60) é falha e simplesmente não capta a intenção do legislador de 2002.

Maria Berenice Dias (2008, p. 157) aponta ser tarefa realmente difícil identificar o fundamento ou a razão de ser do teor do art. 1.829, I e acrescenta que “a tentativa de ver uma lógica na norma legal não pode ser o raciocínio simplista de que o direito à meação exclui o direito de concorrência.”

A renomada autora remete ao fato de que no regime de participação final nos aquestos, há concorrência e há meação, “o que põe por terra a assertiva tão em voga: quando há meação não há concorrência e quando há concorrência não há meação.”

Já no que tange ao regime de separação legal, inexistente meação ou direito à concorrência. Nesses casos, porém a justificativa apresentada pela doutrina é outra: “o intuito de se evitar a burla ou fraude à teleologia do regime de separação compulsória.” (NADER, 2008, p. 143).

Ora, mas permitir a concorrência do cônjuge casado sob o regime de separação convencional de bens não implicaria em clara transgressão à separação dos bens pactuada em escritura pública? Içar o cônjuge supérstite, em tais hipóteses, ao *status* indevido de herdeiro necessário não representaria exatamente a burla ou fraude à teleologia do regime de separação pactuada mediante livre acordo de vontades?

3.2.4.8 Incomunicabilidade dos bens

⁷ A interpretação do art. 1.829, I que desconsidera o cônjuge casado sob o regime de separação convencional como herdeiro não afronta – cabe marcar – a condição de ordem pública da ordem de vocação hereditária, haja vista que apenas empresta efetividade ao teor do art. 1.687 do Códex.

A incomunicabilidade dos bens adquiridos antes, na constância e findo o casamento, é regra no que diz respeito à separação convencional de bens.

Tal regra, entretanto, pode ser abrandada por atitudes provenientes dos próprios cônjuges.

Afinal, podem os consortes proceder com doações, bem como dispor livremente da parte disponível de seu acervo de bens em disposição última de vontade, de modo a agraciar o supérstite.

Portanto, aduz Celina Sampaio Góes (2007):

Não precisa a lei impor o cônjuge casado pelo regime da separação de bens (legal ou pactuada) como herdeiro necessário para a sua proteção, posto que sempre poderão os cônjuges, querendo, deixar legado ou mesmo instituir herdeiro por testamento, deixando o disponível (ou parte dele) ao outro cônjuge.

A jurisprudência brasileira também já firmou entendimento nessa esteira. É o que fixa o seguinte julgado advindo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

SEPARACAO JUDICIAL. PARTILHA DE BENS. REGIME DA SEPARACAO CONVENCIONAL. TENDO O CASAL CONVENCIONADO QUE SUA RELACAO PATRIMONIAL SERIA REGIDA PELO REGIME DA SEPARACAO, PERTENCE A CADA CONJUGE OS BENS QUE ESTIVEREM REGISTRADOS NO RESPECTIVO NOME, POUCO IMPORTANDO A COLABORACAO QUE POSSA TER HAVIDO, JA QUE NADA OBSTA FACAM ELES EMPRESTIMOS OU DOACOES. O IMOVEL REGISTRADO NO ALBUM IMOBILIARIO EM NOME DO VARAO, SOMENTE A ELE PERTANCE. O VEICULO REGISTRADO EM NOME DO CONJEGO VIRAGO E EM CUJA POSSE SEMPRE ESTEVE, E DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DESTA. O IMOVEL CUJA PROPRIEDADE E OBJETO DE ACAO PROPRIA DEVE SER RELEGADO A SOBRE-PARTILHA. EMBARGOS ACOLHIDOS EM PARTE. (Embargos Infringentes nº 599259322, Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, julgado em 13/08/1999).

3.2.4.9 Jurisprudência

Afora o já comentado REsp nº 992.749/MS apreciado pela Ministra Nancy Andrighi no Superior Tribunal de Justiça, poucos são os julgados de nossos Tribunais fundados no entendimento de Miguel Reale.

Relevantes exemplos de julgados no sentido de que o cônjuge sobrevivente casado pela separação convencional de bens não pode concorrer com descendentes são os seguintes, oriundos do Tribunal de Justiça do Paraná e de São Paulo, respectivamente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - INSURGÊNCIA CONTRA A DECISÃO QUE INCLUIU A CÔNJUGE SOBREVIVENTE COMO HERDEIRA NECESSÁRIA DO DE CUJUS - REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS - ART. 1.829, I DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DE TEXTOS E PRINCÍPIOS JURÍDICOS - ABRANGÊNCIA DOS ARTS. 1.513, 1.639, 1.641 E INCISOS, 1.647 E 1.687, DO MESMO

CÓDIGO CIVIL, E ARTS. 1º E 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - EFEITOS E RELEVÂNCIA DA VONTADE MANIFESTADA PELOS CÔNJUGES QUANDO DO CASAMENTO - EXERCÍCIO DA LIBERDADE LHE ASSEGURADA PELA LEGISLAÇÃO CIVIL E PELA CARTA MAGNA - PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E ISONOMIA - RECURSO PROVIDO. Ainda que o objetivo vetor das alterações introduzidas pelo Novo Código Civil de 2002 (Art. 1.829, I) possa ter sido o de proteger o cônjuge sobrevivente, por certo, não há que se interpretar esse dispositivo legal, de forma isolada e a qualquer custo e em todos os casos, senão de forma sistemática. Não existe, pois, justificativa plausível para aquilhoar àquele que por vontade própria se submeteu a um determinado regime que, quando obrigatório, exclui a participação na herança deixada pelo cônjuge pré-morto. Interpretação diversa viria em confronto aos princípios da boa-fé e da isonomia dos próprios cônjuges e das suas proles, posto que se privilegiaria sempre, de conseqüência, o cônjuge sobrevivente e sua prole, e estaria em desarmonia com diversos dispositivos legais e constitucionais, inclusive negaria os efeitos do exercício do primado da liberdade "alma da democracia" na anotação de Aristóteles (Cf. Política, IV, 4, 1292a), irmã genuína e inseparável da dignidade da pessoa humana (CF. arts. 1º, III e 5º Caput). Quando determinado dispositivo legal confronta-se com o ordenamento jurídico, sua compreensão há de se fazer pela sua hermenêutica (sistemática), eis que "o meio sistemático, que implica não só pressuposto da racionalidade do legislador como também no pressuposto de que a vontade do legislador seja unitária e coerente. Com base em tal pressuposto, podemos procurar esclarecer o conteúdo de uma norma, considerando-a em relação a todas as outras". (Norberto Bobbio, in O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito, S. Paulo, Ícone, 1995, pág. 214). "Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerência do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidade ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade." (Carlos Maximiliano, in "Hermenêutica e Aplicação do Direito", Forense, 10ª edição, 1988, pág. 166). Tal caminho interpretativo mais se impõe ao caso em exame, quando se verifica que os próprios elaboradores do vigente Código Civil insurgem-se contra a literalidade do disposto no seu art. 1829, inc. I. Texto que, ademais, encontra o repúdio das maiores eminências do pensamento jurídico nacional e da sociedade em geral, a indicar a sua indigência de legitimidade de origem, que deve ser sempre a expectativa geral dos seus destinatários. (Agravo de Instrumento nº 316.946-4, Relator: Desembargador Cunha Ribas, 11ª Câmara Cível, julgado em 14/02/2007).

Sucessão - Tendo o autor apelante casado com a "de cujus" pelo regime da separação convencional de bens, *incide na hipótese o inciso I, do artigo 1.829 do Código Civil/2002, equiparada a separação convencional à obrigatória, a impedir que o cônjuge sobrevivente ostente a qualidade de herdeiro* - Artigos 1.829, I, 1.640, 1.641, I, II e III, todos do Código Civil de 2002 - Ação improcedente - Recurso improvido. (Apelação com Revisão nº 9222341-39.2007.8.26.0000, Relator: Desembargador Beretta da Silveira, 3ª Câmara de Direito Privado, julgado em 27/11/2007, sem grifo no original).

Impende ressaltar que se a decisão a qual se filie a corrente minoritária, nos termos supracitados, provier de juízo de primeiro grau, é possível que se seja considerada, em grau recursal, infelizmente, como uma afronta à lei.

Afinal, a exclusão o cônjuge casado sob separação de bens pactuada da concorrência não é albergada pela doutrina dominante e, conseqüentemente, pela jurisprudência dominante oriunda de nossos Tribunais. Nessa linha, o seguinte acórdão do TJ/SP:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Inventário - Decisão que declarou que o cônjuge supérstite não é herdeiro nem meeiro - Viúva que foi casada com o autor da herança pelo regime da separação convencional - Decisão que contraria a lei, em especial os artigos 1.845 e 1829 do Código Civil - Decisão reformada - Agravo provido. (Agravo de Instrumento nº 0007645-96.2011.8.26.0000, Relator: Desembargador José Carlos Ferreira Alves, 2ª Câmara de Direito Privado, julgado em 04/10/2011).

3.3 Um consenso doutrinário

As diversas divergências doutrinárias que um só dispositivo da lei civil comporta, conduzem a uma unanimidade entre os autores que se debruçam sobre o Direito das Sucessões: o art. 1.829, I do Código Civil necessita de nova apreciação legislativa.

Miguel Reale (2003) considera a emenda do art. 1.829, I como remédio às divergências interpretativas, de modo a eliminar o adjetivo "obrigatória". A partir dessa supressão, continua Reale, o cônjuge sobrevivente não teria a qualidade de herdeiro, "se casado com o falecido no regime de comunhão universal, ou no de separação de bens", de maneira que "aproveitar-se-ia, outrossim, a oportunidade para eliminar a errônea remissão ao parágrafo único do artigo 1.640."

Cahali e Hironaka (2007, p. 169) concordam que a única unanimidade que diz respeito ao tema da concorrência do cônjuge com descendentes consubstancia-se na necessidade de reforma da lei, diante de sua indisfarçável falha a comportar mais de uma interpretação em vários aspectos.

Maria Berenice (2008, p. 157, 160) critica construção gramatical e a "difícil redação" do malsinado dispositivo. Venosa (2005, p. 143), por sua vez, é enfático ao afirmar:

Em matéria de direito hereditário do cônjuge e também do companheiro, o Código Civil brasileiro de 2002 representa verdadeira tragédia, um desprestígio e um desrespeito para nosso meio jurídico e para a sociedade, tamanhas são as impropriedades que desembocam em perplexidades interpretativas. Melhor seria que fosse, nesse aspecto, totalmente reescrito e que se apagasse o que foi feito, como uma mancha na cultura jurídica nacional. É incrível que pessoas presumivelmente cultas como os legisladores pudessem praticar tamanhas falhas estruturais no texto legal. Mas o mal está feito e a lei está vigente. Que a apliquem de forma mais justa possível nossos tribunais!

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A temática dos efeitos produzidos pela separação convencional de bens e, mais precisamente, da possibilidade de concorrência do cônjuge sobrevivente, que fora casado por tal regime matrimonial, com os descendentes do *de cuius* enseja discussões doutrinárias desde abril de 2003.

Decorridos apenas três meses da vigência da Lei nº 10.406/2002, consubstanciada no Código Civil atual, Miguel Reale emprestou ao art. 1.829, I uma interpretação extensiva e sistemática, a qual preconizava que o consorte casado sob o regime de separação total de bens pactuada não poderia figurar como herdeiro necessário do autor da sucessão.

Tal concepção apresentava-se, desde então, totalmente diversa do que lecionava a doutrina dominante que aprecia a questão sucessória.

2. Desde que o Código Civil de 2002 entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, a esmagadora maioria dos doutrinadores civilistas interpreta literalmente o disposto no art. 1.829, I e conclui que o afastamento ao direito de concorrência somente deve se dar nos casos de matrimônios regidos pela comunhão universal, pela separação legal (art. 1.641, CC) e pela comunhão parcial de bens, se o falecido não houver deixado bens particulares.

Nessa toada, o cônjuge supérstite possui – diz a doutrina majoritária – direito à concorrência com os descendentes se o regime de bens adotado pelo casal houver sido o da participação final nos aqüestos, da comunhão parcial, em havendo bens particulares do autor da herança, e, finalmente, da separação convencional de bens (art. 1.687, CC).

Essa interpretação apressada, simplista e literal do art. 1.829, I do Diploma Civil não se afigura como a mais adequada e conduz a uma série incongruências jurídicas.

3. Deve-se optar, pois, por uma explicação da realidade que conjugue o art. 1.829, I ao ordenamento jurídico pátrio e às demais disposições do Código Reale. Desse modo, não se pode vislumbrar que o consorte sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens seja erigido à posição de herdeiro necessário do *de cujus*, como pretende a doutrina majoritária.

Entender que ao cônjuge casado sob a regência do regime patrimonial objeto deste estudo assiste o direito de concorrência, na condição de herdeiro, com os descendentes do sucedido é, por razões claríssimas, inaceitável.

4. Desta feita, objetivou-se demonstrar, sob uma perspectiva sistemática, que o consorte que fora casado pelo regime de separação acordada dos bens não possui qualquer direito hereditário sobre o acervo de bens deixado pelo autor da herança, de tal sorte que lhe caberá tão somente o direito real de habitação a que se refere o art. 1.831⁸ do Códex.

⁸ O art. 1.831 atribui ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. Tal direito independe do regime de bens adotado pelo par.

6. Afinal, a separação total dos bens foi estipulada de comum acordo pelos nubentes, no momento da feitura do pacto antenupcial lavrado em escritura pública, que, na condição de contrato solene, vincula as partes, com fundamento na máxima do *Pacta Sunt Servanda*.

7. Inexoravelmente, a liberdade de escolha garantida aos noivos que elegem, por vontade livre e espontânea, a separação de bens implicará em uma série de conseqüências de ordem prática.

Tais conseqüências consistem exatamente na incomunicabilidade absoluta dos bens adquiridos antes, durante e após o enlace conjugal, já que, na exegese do art. 1.687, CC, estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges.

8. Se os nubentes estabeleceram, em vida, respaldados no princípio da autonomia da vontade, e orientados pela boa-fé objetiva, a incomunicabilidade dos bens, não há falar em alteração *post mortem* de tal opção. Dessa forma, não se pode permitir a gritante alteração do Direito de Família pelo Direito das Sucessões.

9. Melhor seria entender que a expressão “separação obrigatória” contida no texto do art. 1.829, I, CC não se restringe à separação legal de bens (art. 1.641, CC), como ensina a doutrina dominante.

Ora, a separação de bens, legal ou pactuada, deve obrigar os consortes. Na hipótese de separação legal a obrigatoriedade é oriunda da força da lei, enquanto na hipótese da separação convencional decorre do pacto antenupcial lavrado em escritura pública.

10. A admissão de partilha hereditária entre o cônjuge e os descendentes, *in casu*, malferia a própria existência do art. 1.687 e conduz à total inocuidade do regime de separação convencional. De que adianta o desejo do casal no sentido da incomunicabilidade dos bens se, por ocasião da morte de um do par, o supérstite acaba agraciado com parte dos bens do falecido?

11. No intuito de se evitar a transgressão – que a própria doutrina majoritária, ainda que indiretamente, apregoa – ao regime de separação dos bens, devidamente estabelecido por livre manifestação da vontade em contrato pré-nupcial, deve o intérprete, pois, preferir por uma interpretação sistemática da lei civil, a qual conjuga o disposto no art. 1.829, I e o contido no art. 1.687, de forma a permitir a existência pacífica da separação de bens convencional em nosso ordenamento jurídico.

12. A Promotora de Justiça Celina Sampaio Góes (2007), em artigo publicado no portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família, de maneira precisa, pontua que tal concepção é a “melhor interpretação e a mais justa solução para aqueles que se casam pelo

regime da separação total pactuada, já que, se as partes pactuaram a separação de bens, muito provavelmente não gostariam que o cônjuge supérstite fosse seu herdeiro em concorrência com os descendentes (...).” Ademais, se às partes interessar a concorrência, poderão fazer doação em vida ou testamento deixando o disponível para o cônjuge sobrevivente.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1982;

BRASIL. Código Civil. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 992.749 – MS (2007/0229597-9). Relator: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Gustavo Alves de Souza e outros. Advogados: Paulo Benedito Neto Costa Junior e outros e Osmar Tognolo. Recorrido: Paula Rosa de Souza. Advogado: Jorge Augusto Bertin e outros. Brasília, 1º de dezembro de 2009;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 154.896 – RJ (1997/00811247-2). Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Recorrente: Ivo Sigelmann e outro. Advogado: André Sigelmann. Recorrido: Inês Sigelmann. Advogado: Paulo Pereira Maia. Recorrido: Oscar Bloch Sigelmann – Espólio. Advogado: Paulo Manoel Lopes de Amaral. Brasília, 20 de novembro de 2003;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Apelação cível nº 676-75.2009.8.06.0167/1. Relator: Desembargador Francisco Suenon Bastos Mota. Apelantes: Carmélio Ferreira dos Santos e Maria de Lourdes Mendes Gomes. Defensor Público: Pedro Aurélio Ferreira Aragão. Fortaleza, 14 de julho de 2011;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Apelação cível nº 2085-40.2009.8.06.0053/1. Relator: Desembargadora Sérgia Maria Mendonça Miranda. Apelantes: Edílson Veras Coelho e Liduína Lima Brito Coelho. Advogados: Carlos Alessandro Santos de Almeida, Zenilson Brito Veras Coelho e José Maurício Sobrinho Coêlho. Fortaleza, 13 de abril de 2011;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 316.946-4. Relator: Desembargador Cunha Ribas. Agravantes: Espólio de Enrico Bucci Júnior e Marco Enrico Bucci, Cristina Bucci, Enrico Luiz Schultz Bucci e Angélica Amanda Aurélio Campisteguy Cocuzza Schultz Bucci. Agravada: Maria Virgínia Borges. Curitiba, 14 de fevereiro de 2007;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70011174737. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 1º de junho de 2005;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70037985017. Relator: Desembargadora Angela Maria Silveira. Porto Alegre, 28 de dezembro de 2010;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70033376880. Relator: Desembargadora Maria José Schmitt Sant Anna. Porto Alegre, 20 de julho de 2010;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Rescisória nº 70038425567, Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 10 de junho de 2011;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70021504923. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade. Porto Alegre, 11 de dezembro de 2007;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível nº 9100290-31.2004.8.26.0000. Relator: Desembargador Theodureto Camargo. Apelantes: Francisco Antônio Trevisan Duran e Francisco Duran Gualhardo. Apelado: Maria Elisabeth Trevisan Pereira. São Paulo, 08 de setembro de 2011;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0007645-96.2011.8.26.0000. Relator: Desembargador José Carlos Ferreira Alves. Agravantes: Silvia Maria Aranha Matarazzo (inventariante) e outro. Agravada: Flavia Matarazzo. São Paulo, 04 de outubro de 2011;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0337815-12.2010.8.26.0000. Relator: Desembargador Octavio Helene. Agravante: Jussara Neptune Herrmann. Agravados: João Herrmann Neto e outros. São Paulo, 24 de maio de 2011;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão nº 9222341-39.2007.8.26.0000. Relator: Desembargador Beretta da Silveira. Apelante: Expedito José Vanucci. Apelado: Jaime Ferreira Coelho. São Paulo, 27 de novembro de 2007;

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

CARVALHO, Dimas Messias de; CARVALHO, Dimas Daniel de. **Direito das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009;

CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007;

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;

____. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2008;

GÓES, Celina de Sampaio. Sucessão: Cônjuge Casado no Regime da Separação de Bens não concorre com os descendentes. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**, 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=313>>. Acesso em 19 fev. 2010;

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987;

____. **Sucessões**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**, São Paulo: Saraiva, 2008;

____. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008;

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999;

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, v. 5: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2008;

____. **Curso de direito civil**, v. 6: direito das sucessões. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008;

NOGUEIRA, Maria Nailde Pinheiro. **O direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. Fortaleza: Premium, 2007;

OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática**. 22 ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2009;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, volume V. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

_____. **Instituições de Direito Civil**, volume VI. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

REALE, Miguel. O Cônjuge no novo Código Civil. **Migalhas**, 2003. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=1612>. Acesso em 19 fev. 2010;

RESENDE, Roberta. As heranças filosóficas e concretas de Miguel Reale. **Migalhas**, 2010. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI120543,81042-As+herancas+filosoficas+e+concretas+de+Miguel+Reale>>. Acesso em 17 out. 2011;

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família: Lei nº10.406 de 10.01.2002**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

_____. **Direito das Sucessões: Lei nº 10.406 de 10.01.2002**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006;

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: volume 6. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002;

ROQUE, Sebastião José. **Direito de Família**. 2 ed. São Paulo: Ícone, 2004;

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2011;

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.