

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**VANESSA SANTOS NOGUEIRA**

**ANÁLISE DAS DIVERGÊNCIAS DOS JULGADOS DOS  
TRIBUNAIS SOBRE O DIREITO OU NÃO DE CONCORRÊNCIA DO  
CÔNJUGE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO NO REGIME  
CONVENCIONAL DE SEPARAÇÃO DE BENS**

**VITÓRIA**

**2022**

VANESSA SANTOS NOGUEIRA

**ANÁLISE DAS DIVERGÊNCIAS DOS JULGADOS DOS  
TRIBUNAIS SOBRE O DIREITO OU NÃO DE CONCORRÊNCIA DO  
CÔNJUGE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO NO REGIME  
CONVENCIONAL DE SEPARAÇÃO DE BENS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientador: Professor Dr. Me. Thiago Simões Vargas.

VITÓRIA

2022

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>3</b>
<b>1 O REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS E A POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE FRENTE A EXISTÊNCIA DE DESCENDENTES .....</b>	<b>5</b>
<b>2 AS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS EXISTENTES SOBRE A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES NO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS .....</b>	<b>11</b>
<b>3 ANÁLISE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS FRENTE A DIVERGÊNCIA SOBRE A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE NO REGIME CONVENCIONAL DE BENS.....</b>	<b>16</b>
3.1 JULGADO DO RESP Nº 992.749 - MS (2007/0229597-9) .....	17
3.2 JULGADO DO RESP Nº 1.382.170/SP .....	22
3.3 JULGADO DO AGRG NO RESP Nº 187515/RS 2012/0117207-4.....	31
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>37</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>39</b>

## INTRODUÇÃO

O direito de família vive em constante preocupação com as relações atuais, estando cada vez mais repetidas e menos duradouras e dada essa perspectiva nota-se atenção para o regime matrimonial que está sendo escolhido pelos cônjuges. Essas relações relâmpago buscam um regime matrimonial que possa cada indivíduo dentro de seu matrimônio possar resguardar seu patrimônio de modo que se houver um divórcio no futuro, este não seja prejudicado, optando então pela incomunicabilidade dos bens.

O regime de separação convencional de bens é aquele que decorre de autonomia da vontade por meio do *pacto antenupcial* onde os cônjuges optam pela própria exclusividade de administração de seus bens e por consequência a sua preservação enquanto perdurar o casamento e na dissolução por divórcio cada um segue sua vida em seu próprio patrimônio intacto.

Entretanto, fica a dúvida do ocorre com a incomunicabilidade dos bens no regime convencional de bens quando ocorre a morte de um dos cônjuges, já que a redação do art. 1829, inciso I do Código Civil diz que o cônjuge herda em concorrência com os descendentes e exclui o regime da exceção de não concorrência, gerando divergência sob a interpretação desse artigo e críticas também tanto doutrinárias como jurisprudenciais.

Nesse contexto, busca analisar se as divergências decorrente dessa redação do artigo citado gera uma insegurança jurídica acerca da temática, visto que, a doutrina e jurisprudência não chegam na resposta entendimento é correto, e para a análise utiliza-se o método dialético que busca já que a tese parte de um por meio composto por constantes contradições, para que seja haja o diálogo entre os posicionamentos e sua justificativa.

Nesta pesquisa, será abordado o conceito dos regimes de bens, suas consequências dentro do Direito de Família e no Direito Sucessório e fazendo uma comparação entre eles, será exposto todas as divergências doutrinárias que permeia a temática, e por

fim, por meio das análises jurisprudenciais será o caminho que levou as decisões favoráveis ou não conforme interpretação do art. 1829, inciso I do Código Civil relativo à possibilidade do cônjuge concorrer ou não com os descendentes no regime convencional e sua figura como herdeiro necessário.

# **1 O REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS E A POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE FRENTE A EXISTÊNCIA DE DESCENDENTES**

O Código Civil Brasileiro reconhece a existência de quatro regimes de bens que podem ser adotados pelas pessoas que decidem se casar no âmbito cível. Os regimes são: o de comunhão parcial de bens, de comunhão universal de bens, de separação de bens e de participação final nos aquestos. Aqui cabe uma rápida explicação acerca dos regimes.

O regime de comunhão parcial está previsto pelos arts. 1.658 a 1.666 sendo “aquele que, basicamente, exclui da comunhão os bens que os consortes possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, e que inclui na comunhão os bens adquiridos posteriormente.” (DINIZ, 2022, p. 71), e comunicam-se os bens adquiridos pelos cônjuges com o matrimônio ou a união estável. Os bens incomunicáveis estão previstos no art. 1.659 do Código Civil.

Já no regime universal bens é aquele que “por sua estrutura comunicam-se entre os cônjuges todos os seus bens presentes e futuros, além de suas dívidas.” (MADALENO, 2020, p. 1363). Os bens excluídos por este regime estão presentes no art. 1668, e seus incisos do Código Civil.

E por fim, o regime de participação final nos aquestos se assemelha ao regime de comunhão parcial de bens, todavia, garante mais liberdade aos cônjuges e autonomia na administração de seus bens, e também garante a responsabilidade pelas obrigações contraídas durante o casamento. Na dissolução do matrimônio, os aquestos serão divididos em partes iguais entre os consortes, conforme acontece no regime de comunhão parcial:

Como durante a união o regime incidente é de completa separação de bens, todos são próprios do seu titular, a qualquer título, quer advenham de aquisição onerosa, quer seja ela graciosa, exercendo sobre eles a livre administração. Mas há de qualquer modo uma proteção legal limitando o poder de disposição dos bens imóveis, cuja transferência unilateral é vetada, salvo convenção pactícia em contrário, na qual tratam os nubentes de ajustar expressamente a livre disposição também sobre os imóveis particulares (CC,

art. 1.656) (MADALENO, 2020, p.1397).

Dessa forma, o regime de participação final nos aquestos tem uma característica na qual dá ao cônjuge o direito da total titularidade sob seu bem adquirido, contudo, limita a disposição dos bens imóveis, ou seja, nem tudo poderá ser transferido a outrem.

Após esta breve exposição sobre os tipos de regimes de bens existentes, o qual não será aprofundado dado o maior interesse no estudo e pesquisa sobre o regime de separação de bens, haverá melhor compreensão e profundidade acerca deste regime pois, trata-se do foco principal da problemática discutida nesta pesquisa.

O regime de separação de bens está elencado pelo art. 1687 do Código Civil na qual determina que os bens permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que poderá livremente alienar ou gravar ônus real. Maria Helena Diniz (ed. 36, pg. 78, DIGITAL) entende que o regime “vem ser aquele em que cada consorte conserva, com exclusividade o domínio, posse e administração de seus bens presentes e futuros e a responsabilidade pelos débitos anteriores e posteriores ao matrimônio, e por tanto, existe dois patrimônios perfeitamente separados e distintos: o do marido e o da mulher”.

Dessa forma, a principal característica desse regime é a incomunicabilidade já que os bens adquiridos anteriormente, durante e depois do matrimônio e este não será de direito dos cônjuges como um casal, mas sim de forma individual: cada cônjuge é exclusivamente dono do bem que adquiriu não importando o momento da aquisição do bem. Tal forma de regime divide-se em duas modalidades: separação obrigatória de bens e a separação convencional de bens.

O regime de separação obrigatória de bens é adotado por aqueles que a lei impõe para aqueles que estão nas condições previstas conforme o Código Civil em seu art. 1641 nos incisos I, II e III, na qual dispõe a obrigatoriedade da adoção do regime de separação aqueles que possuem causa de suspensão na celebração do casamento, da pessoa maior de 70 anos e de todos aqueles que dependem de suprimento judicial para casar.

Pela leitura do artigo mencionado entende-se que o legislador retirou a liberdade de escolha de um pacto matrimonial para os indivíduos que se encaixam na descrição prevista pelo artigo, só podendo celebrar o matrimônio se adotarem o regime de separação de bens:

Diante do exposto, podemos concluir que o regime da separação obrigatória de bens é imposto pela lei com plúrimas finalidades, como a proteção de terceiros, seja no caso da realização de novas núpcias sem a referida partilha de bens do casamento anterior, seja no caso de casamento realizado em face da idade dos nubentes. (MAL, 2021, p.458)

Embora a lei tenha instituído o regime de separação obrigatória conforme já exposto acima, também há a modalidade do regime na forma de separação convencional de bens, na qual, não se trata de mera imposição do ordenamento jurídico, sendo um acordo entre as partes de forma bilateral de não comunicabilidade de seus bens adquiridos anteriormente, durante e posteriormente ao matrimônio.

O regime legal se estabelece como uma forma de expressão de liberdade e autonomia da vontade das partes ao adotar perante pacto antenupcial a exclusividade de cada um de seus bens. Esta exclusividade de cada cônjuge perante seus bens está prevista no art.1.687 do Código Civil.

Diante a exposição das principais características do regime de separação e suas modalidades, é necessário apresentar as principais consequências de sua adoção no âmbito de direito de família e no direito sucessório.

Sabe-se que para o Direito de família, uma das formas de se constituir família é através do casamento, na qual, com este vínculo matrimonial formado o homem e a mulher assumem responsabilidades para um com o outro e também perante a lei. Entretanto, o vínculo matrimonial pode ser dissolvido a qualquer momento (sendo esta a vontade de ambas as partes) através do divórcio, sendo este, o único meio para se obter os efeitos dos regimes de bens.

O fim da sociedade conjugal na qual está presente no art. 1571 do Código Civil, onde estabelece as causas que determinam este fim, sendo por meio da morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação e também pela separação judicial, e é neste momento que ocorre a análise do regime de bens que foi estabelecido entre as partes

no pacto antenupcial.

No regime de separação convencional de bens não há o que se discutir relacionado à eventual partilha dos bens entre os cônjuges haja vista seu conceito ser pautado na liberdade de escolha na incomunicabilidade dos bens, cada cônjuge administra seus bens de forma exclusiva, não tendo o direito sobre o bem do outro.

Entretanto, se tratando do regime de separação legal há uma ressalva que está presente na Súmula 377 do STF na qual entende que na adoção da separação legal comunica-se os bens adquiridos na constância do casamento, abrindo a possibilidade de partilha dos bens que foram obtidos durante o matrimônio no caso de um eventual divórcio por parte dos cônjuges, pois pela interpretação do artigo, apenas esses bens se comunicam.

Seguindo essa linha de raciocínio, a interpretação da citada Súmula do STF não se estende ao regime de separação convencional, pois, entende-se que a adoção de tal regime é decorrente de um acordo entre os cônjuges, ou seja, é seria uma expressão da autonomia da vontade e da liberdade de acordar, não devendo a interpretação dessa Súmula se estender a modalidade do regime na sua forma convencional. Sendo assim, no caso da dissolução matrimonial e separação judicial cada bem é devidamente e exclusivamente do homem e da mulher que o adquiriu, mesmo na constância do casamento.

Já no âmbito do direito sucessório, a causa *mortis* abre a sucessão, sendo importante averiguar qual foi o regime de bens adotado na constância do casamento ou no pacto antenupcial, uma vez que a mediante escolha do regime há a determinação de direito ou não do cônjuge sobrevivente de concorrência para herdar os bens a título de herança do *de cujus* atendendo aos direitos herdeiros devendo-se observar e seguir conforme as regras do regime de bens para partilha.

Além disso, o direito de concorrência e a partilha da herança para o ex-companheiro(a) sobrevivente vai depender de quais linhagens de parentesco *de cujus* deixou após sua morte: descendentes ou antecedentes.

Para o estudo dessa pesquisa, é tão somente importante analisar as consequências do regime de separação de bens frente ao cenário do *de cuius* ter deixado cônjuge e descendentes. Dessa forma, primeiramente, para melhor compreensão do que está sendo discutido, cabe dissertar sobre o art. 1.829 do Código Civil que apresenta a ordem de vocação hereditária que é definido pela doutrina de Luiz Paulo Vieira de Carvalho como:

“Chama-se ordem da sucessão, ou ordem em que é feita a vocação hereditária da lei, a distribuição dos sucessíveis em classes das quais umas preferem as outras na adição da herança. A organização dessas classes depende das relações familiares, como toda a sucessão legítima, feita exceção para o direito hereditário do Estado.” (CARVALHO, 2019, p. 348, DIGITAL)

Dessa forma, a ordem sucessória a ser obedecida é a que prevalece no Código Civil, o art. 1829 e seus incisos estabelece que a sucessão legítima deve seguir a ordem: I - aos descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou companheiro sobrevivente, II - aos antecedentes também na concorrência com o cônjuge sobrevivente, III - ao cônjuge sobrevivente, IV - aos colaterais até 4º grau. Além da ordem da sucessão, o artigo traz importância da do regime de bens para a concorrência prevista por ele no direito sucessório.

Mediante leitura do artigo citado observa-se os efeitos do regime de separação legal de bens no direito sucessório, visto que, o inciso I traz uma ressalva sobre a concorrência do cônjuge sobrevivente com os demais descendentes, retirando esse direito daqueles que estabeleceram em matrimônio o regime de comunhão de bens ou o regime da separação obrigatória.

Logo, não há o que discutir acerca do recebimento de herança para o cônjuge sobrevivente nesse caso, visto que, a imposição da lei para a adoção desse regime visava a proteção do indivíduo que possui as condições elencadas pelo art. 1641, deixando seus bens incomunicáveis e não disponíveis para partilhar em herança uma vez que os bens deixados são exclusivamente do *de cuius* cabendo apenas aos filhos recebê-los.

Aqui percebe-se o comportamento totalmente contrário ao que é estabelecido no Direito de família, pois, no caso de dissolução do matrimônio, o cônjuge tem apenas

direito àquilo que foi adquirido na constância do casamento. Entretanto, com a morte *do cuius*, o cônjuge não tem direito a herança nenhuma.

Porém quando se observa o regime de separação convencional há divergências tanto no âmbito doutrinário quanto no âmbito jurisprudencial, visto que seus efeitos podem ser completamente diferentes a depender do entendimento adotado.

Quando se trata da concorrência com os descendentes dispostos pelo o art. 1829, inciso I, não há qualquer expressão ou mera citação do regime de separação convencional como ressalva dos regimes que são impedidos de concorrer com os descendentes, assim, de forma a considerar esse artigo omissos quando a possibilidade de concorrência ou não gerando interpretações doutrinárias e jurisprudenciais nos dois sentidos.

Dessa forma, no regime convencional de bens, percebe-se uma enorme diferença por sua consequência no direito de família e no direito sucessório, em virtude de a discussão no direito de família nos casos de dissolução matrimonial, o cônjuge não tem direito aos bens e nem aqueles adquiridos na constância do casamento. Já para a sucessão, pode-se interpretar a adoção desse regime como uma polêmica, visto que, para eventual direito à herança permeia a interpretação da norma.

A partir disso, resta dúvidas se o legislador realmente teve a intenção de ser omissos no texto da norma do artigo 1829, inciso I e se essa omissão realmente abre a interpretação para o direito do cônjuge sob a herança do *de cuius* ou essa omissão é realmente uma certeza do direito não concorrência. visto que, o artigo apresenta a ressalva que o cônjuge não concorre com os descendentes no caso do regime de separação obrigatória de bens abrindo a possibilidade de extensão a essa ressalva ao regime convencional de bens.

## 2 AS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS EXISTENTES SOBRE A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES NO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

Conforme brevemente exposto no capítulo anterior, o art. 1829, I do Código Civil dispõe sobre a ordem de vocação na sucessão estabelecendo quais são os regimes que não dão direito ao cônjuge de concorrer com os descendentes e o exclui do direito de herança. Esses regimes são os de separação obrigatória de bens, de comunhão parcial e o de comunhão universal.

Dito isso, o regime de comunhão parcial de bens não é possível a concorrência em casos em que o falecido não tenha deixado bens particulares. Já aqueles contemplados pela comunhão universal de bens, a concorrência não ocorre pois o cônjuge sobrevivente tem a condição de meeiro dos bens do *de cuius*.

Para aqueles contemplados pelo regime da comunhão universal, o meeiro é aquele indivíduo contemplado pelo instituto da meação que se permeia como um tipo de proteção na qual “o atual código civil traz para, caso ocorra o falecimento de um dos cônjuges, o outro, dependendo do regime de bens, terá direito a 50%, adquirido na constância do casamento.” (RIBAS, 2021, p. 6). Dessa forma, entende-se que “o cônjuge é afastado da sucessão quando em virtude do regime de bens já tem proteção patrimonial por força da meação” (TEPEDINO, 2020, p. 97).

Por outro lado, a exclusão do direito de concorrência no regime de separação obrigatória de bens tem embasamento na imposição da obrigatoriedade de sua adoção, já que o legislador protege aqueles dispostos pelo art. 1641 não comunicando seus bens em caso de divórcio, sendo o mais correto a não comunicabilidade também na herança:

*In fine*, em se tratando de regime de separação obrigatória de bens (CC, art: 1.641), priva-se o cônjuge do direito à sucessão do falecido por conta da diáspora patrimonial pretendida pelo legislador. Considerando que a intenção desse regime é apartar os patrimônios, sob a alegação de suposta proteção de terceiros impede-se o acesso à herança do defunto (CHAVES; ROSENVALD, 2017. p. 314).

Entretanto, a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal mitigou o entendimento que

no regime de separação obrigatória comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento (aquestos), garantindo ao cônjuge a meação sobre eles, desse modo os bens “se comunicam pelo simples fato de que o esforço comum do casal é presumido, sob pena de perpetuar violação à proibição do enriquecimento sem causa (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 214).

Contudo, quando se trata do regime de separação convencional de bens, o art. 1829, inciso I não o prevê como exceção. E tal ausência no texto normativo gera discussões doutrinárias quanto ao direito de concorrência do cônjuge junto aos descendentes e sua posição como herdeiro necessário.

Conforme ensinamentos de Mário Luiz Delgado (2018):

O herdeiro necessário é um privilegiadíssimo personagem do Direito das Sucessões, cuja existência impede o autor da herança de dispor integralmente do seu patrimônio, reduzindo ou retirando a quota a que faz jus esse herdeiro privilegiado.

Dessa forma, a figura do herdeiro necessário apresentada pelo Direito Sucessório decorre daquele que “caso o falecido não tenha deixado testamento (ou se este for declarado inválido), serão chamados a herdar segundo ordem estabelecida em lei (artigo 1.829 CC).” (UGOCCIONI, 2018). São estes os descendentes, ascendentes e o cônjuge conforme estabelecido pelo art. 1845, CC e para eles é reservada metade da herança constituindo a legítima, mesmo que já exista um testamento.

Dito isso, importante mencionar que, conforme ensinamentos de Madaleno, a legítima seria:

A legítima representa no direito sucessório uma porção dos direitos hereditários, à qual a lei atribui especial reserva, como ordena o art. 1.846 do Código Civil, porquanto certa porção dos bens pertence aos herdeiros necessários do defunto, sendo deles a metade dos bens da herança, constituindo-se a legítima em uma expectativa dos herdeiros necessários (MADALENO, 2020, p.266).

Dessa forma, o cônjuge apresenta uma condição personalíssima que demanda maior atenção e proteção no Direito Civil, tendo maior ênfase no Direito Sucessório. Nesse sentido, Delgado (2018) diz:

Somente a lei pode retirar esse título privilegiado dos descendentes, dos ascendentes e do cônjuge sobrevivente. Não pode o autor da herança, ainda que proprietário em vida de todo o seu patrimônio, excluir nenhum desses herdeiros de sua sucessão, salvo nas estreitas hipóteses que autorizam a deserdação (Delgado, 2018).

Portanto, por esse pensamento, entende-se que a condição do cônjuge como herdeiro necessário o protege da exclusão na sucessão e apenas a lei pode retirar o seu título de herdeiro e o direito de concorrer à herança. Por outro lado, destaque-se Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007, p. 103) que ressalta que:

"Ao regime convencional de separação de bens, não existem ressalvas impostas pelo legislador, que, ao se calar, parece ter permitido a concorrência." (HIRONAKA, 2007,p. 103).

Para a autora, o art. 1829, I não apresenta o regime convencional de bens como uma exceção e dessa forma não existe justificativa para que não seja permitido a concorrência do cônjuge com os descendentes.

Já para Maria Berenice Dias (2013, p.169) o legislador foi omissivo ao citar o regime de separação convencional como exceção ao direito de concorrer, e desse modo, o cônjuge sobrevivente estaria blindado podendo receber parte dos bens do falecido, ainda que não seja o desejo dos cônjuges.

Nesse mesmo entendimento, coaduna Gonçalves:

Já foi dito que a regra estabelecida no art. 1.829 do Código Civil de 2002 a respeito da ordem de vocação hereditária é a da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes, optando o dispositivo por enumerar as exceções. Ora, o regime da separação convencional de bens não foi excepcionado ou ressalvado, sendo lícito ao intérprete concluir que, nessa hipótese, haverá a aludida concorrência, ocorrendo o mesmo no que respeita ao regime da participação final dos aquestos. (GONÇALVES, 2021, p. 69)

Já para Zeno Veloso (2010. p.74), o regime de separação de bens convencional possui a característica de incomunicabilidade dos bens para o matrimônio e no caso de dissolução por separação judicial, entretanto isso difere-se do evento *causa mortis*, portanto quando o art. 1829, I do Código Civil não estabelece o regime como exceção há um respeito na diferença desses eventos:

A separação convencional de bens faz com que os bens não se comuniquem durante o casamento, estando vivos os cônjuges, o que não significa que a mesma solução seja mantida no caso de morte de um deles, quando as regras aplicáveis são de direito sucessório, com outra ótica e ideologia, diferentes razão e ponto de vista. (VELOSO, 2010. p. 74)

Em outro entendimento, Paulo Lôbo (2021, p. 66), defende que, o art. 1829, I quando não cita o regime de separação convencional de bens está defendendo a autodeterminação do casal de escolher um regime que se permeia na incomunicabilidade de seus bens, trazendo esta consequência para o evento divórcio e estendendo seus efeitos para a *causa mortis*:

Ao não incluir nas ressalvas da sucessão concorrente a separação consensual de bens, pode levar à interpretação literal de que o que não entrou em comunhão, em vida, entrará após a morte. Essa interpretação, todavia, colide com a disposição do art. 1.639, fundado no princípio da autodeterminação do casal, o qual pode livremente escolher o regime de bens que lhe convier, mediante pacto antenupcial ou alteração posterior de regime diverso. Tampouco se pode isolar uma norma legal de outra, mas sim buscar a inteligência que resulte da harmonização dela. (LOBO, 2022, p. 66)

O entendimento citado acima defende a soberania da autonomia da vontade e liberdade na escolha do regime que o casal estabeleceu para seu matrimônio:

Quando os nubentes escolhem livremente o regime de bens, mediante pacto antenupcial, ou aceitam (o que é também expressão da liberdade e da autodeterminação) o regime legal supletivo (comunhão parcial de bens), têm como um dos objetivos principais, exatamente, os efeitos na sucessão por morte. A interpretação que postula a extinção de efeito essencial do regime de separação convencional de bens (incomunicabilidade), quando morto for o cônjuge, esvazia de sentido lógico suas finalidades e nega respeito à liberdade de escolha e, conseqüentemente, ao princípio constitucional da liberdade (art. 5º da Constituição), que é expressão do macroprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), pois não há dignidade se a pessoa não pode organizar livremente seu projeto de vida privada e familiar. (LOBO, 2021. p. 66)

Alinhando este entendimento à uma perspectiva constitucional, Daury (2007) ressalta que "dignidade da pessoa humana se expressa, nessa perspectiva, em dimensões difusas, na medida em que se demandará o respeito com os diferentes modos de pensar, sentir e agir", dessa forma, entende-se a interpretação favorável a concorrência do cônjuge extraída da lacuna do art. 1829, I do Código Civil fere os modos de pensamento, sentimento e ações do *de cujus* em vida.

Além disso, decorre de grave violação à liberdade e dignidade da pessoa humana já

que esses se direitos fundamentais, na qual em seu conceito são “direitos inerentes aos seres humanos, independentemente da época ou do lugar, ou podem ser vistos como os direitos mais importantes em um determinado ordenamento constitucional”. (Pedra, 2018). Nesse mesmo sentido, caminha Adriano Pedra onde sustenta que estes direitos são “prerrogativas das pessoas necessárias para assegurar uma vida digna”.

Dessa forma, a interpretação do Direito sempre deve ser permeada de maneira em que busque a proteção desses princípios constitucionais, na qual, é a preocupação proposta Lobo, pois, a redação infeliz do art. 1829, inciso I, revoga a liberdade e a autonomia da vontade.

Ainda que Paulo Lôbo defenda a impossibilidade da concorrência sucessória do cônjuge no regime convencional, esse diz que o cônjuge não é impedido à sucessão legítima, ou seja, este pode herdar quando não houver ascendentes e descendentes:

A impossibilidade jurídica da concorrência sucessória, no regime de separação convencional, não impede que o cônjuge sobrevivente, sob esse regime, tenha assegurado o direito à sucessão legítima, integralmente, quando não haja descendentes e ascendentes, em virtude de ser o terceiro na ordem de vocação hereditária (CC, art. 1.829, III). O direito à herança, conferido ao cônjuge sobrevivente, independente do regime de bens, quando não concorre com descendentes e ascendentes (2021, p. 67).

Nessa linha de raciocínio, Miguel Reale acarreta a ideia de que a impossibilidade de concorrência do cônjuge é obrigatória, in verbis:

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 (REALE, 2003, p. 61).

Já para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald os cônjuges que estabeleceram o regime de separação convencional de bens, no âmbito do direito sucessório, não desejam relacionar seu afeto do matrimônio com o seu patrimônio de bens:

A intenção dos cônjuges que escolhem, livre e reciprocamente, o regime de separação absoluta é de clareza solar: estabelecer uma relação afetiva sem interseções patrimoniais, apenas afetivas e amorosas. O que é de um deles não se mistura com outro, sendo comum somente o afeto (2017, p. 317).

Conforme esse entendimento, os autores buscam defender que tanto no Direito Sucessório quanto no Civil, deve-se respeitar a vontade do *de cuius* em vida lutando

para prevalecer a mínima intervenção do Estado de forma a garantir o melhor exercício da liberdade dos indivíduos:

Contudo, apesar de conceder aos cônjuges a liberdade de escolha do regime de separação absoluta com a mão direita, o Código Civil, com a mão esquerda, parece estar a retirar deles a eficácia prática do aludido regime, em caso de falecimento. Com efeito, o inciso I do art. 1.829 do Codex, em análise perfunctória, parece permitir a concorrência sucessória do cônjuge casado sob o regime de separação convencional de bens com os descendentes do finado. A hipótese é assustadora: ignora o legislador, por completo, o regime de bens eleito pelo casal, afrontando a autonomia privada, para contemplar o consorte sobrevivente com a herança do falecido, retirando-a dos seus descendentes. No ponto, não se pode esquecer que os descendentes do falecido podem não ser filhos ou netos do cônjuge sobrevivente! (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 317).

Por fim, a lacuna deixada pela redação do art. 1829, inciso I traz muitas discussões sobre o regime convencional de bens pois “toda essa divergência anterior demonstra novamente a confusão instaurada pela concorrência sucessória do cônjuge” (TARTUCE, 2021, p. 225), já que no texto normativo não deixa explícito se sua adoção em matrimônio possui a mesma consequência no direito sucessório.

Além do mais, esta omissão deixada legislação deixa dúvidas de qual entendimento é o correto, estendendo-se a divergência acerca da temática, para os Tribunais, e portanto, cabe uma análise das jurisprudências a fim de se verificar qual posicionamento é o defendido e por fim averiguar se há existência de insegurança jurídica ou não sob a matéria.

### **3 ANÁLISE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS FRENTE A DIVERGÊNCIA SOBRE A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE NO REGIME CONVENCIONAL DE BENS**

Como já foi demonstrado pelo capítulo anterior, inúmeras são as divergências doutrinárias sobre o direito de concorrência ou não do cônjuge no regime de separação convencional de bens, isto porque o art. 1829, I do Código Civil é o principal causador das inúmeras interpretações legislativas que causam entendimentos conflitantes sobre a intenção do legislador ao não citar o regime convencional como exceção.

Portanto, alguns autores defendem que permitir essa concorrência viola a liberdade dos cônjuges que acordam com o regime que separa o patrimônio e também não respeita o desejo do *de cuius* em vida de compartilhar sua herança. Além disso, explicam que no regime convencional de bens há imposição na obrigatoriedade da separação do patrimônio.

Por outro lado, outros autores entendem que o art. 1829, I do Código Civil não menciona o regime convencional como exceção é que não há imposição para concorrência do cônjuge. E ainda, reforça que os efeitos para o regime de separação obrigatória e convencional não são os mesmos quando há divórcio e morte do cônjuge.

Contudo, a doutrina não chega em um consenso de qual seria a interpretação mais correta dentre essas que foram abordadas em um caso concreto, e acaba abrindo espaço para discussão dessas no âmbito jurisprudencial. Portanto, cabe neste capítulo, expor através de análises das divergências qual entendimento é o mais utilizado, devendo também descobrir se realmente os inúmeros posicionamentos distintos sob esta temática ocasionam a insegurança jurídica ou não dentro do Direito Sucessório.

### 3.1 JULGADO DO RESP Nº 992.749 - MS (2007/0229597-9)

O primeiro julgado a ser analisado é o Resp nº 992.749 - MS (2007/0229597-9) cujo a ministra relatora Nancy Andrichi, em sua perspectiva, entendeu o cônjuge não apresenta a figura de herdeiro necessário em frente o regime convencional de bens e por consequência não tem direito de concorrer com os descendentes do falecido, tal decisão se apresenta com a seguinte 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. (...) 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. (...) 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. (...) Recurso especial provido. Pedido cautelar incidental julgado prejudicado. () (REsp nº 992.749/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 5/2/2010)

A ministra-relatora debruça seu voto através da expectativa contrária mesmo com a doutrina predominante determinando a possibilidade de concorrência:

No tocante à separação de bens, muito embora a doutrina predominante, por meio das três correntes especificadas, posicione-se no sentido de que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação convencional de bens ostenta a condição de herdeiro concorrente, há entendimento em sentido contrário, que tem à testa o saudoso Prof. MIGUEL REALE (in Estudos Preliminares do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 61/64), que assevera serem “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.” 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. (REsp nº 992.749/MS, Rel. Min Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 5/2/2010, página 18)

Nesse trecho, observa-se que a ministra utiliza-se de Miguel Reale para abordar o entendimento contrário ao cônjuge, já que o doutrinador defende que o regime de separação convencional de bens é obrigatório o cônjuge não ser herdeiro necessário *do de cujus*.

Essa perspectiva contrária ao cônjuge sobrevivente decorre do caso concreto que se trata um casamento celebrado que durou meses e a viúva era mais nova que o *de cujus*, além disso, a união matrimonial não gerou filhos conforme exposto pelo relatório:

Informam que “o autor da herança, foi casado, pela primeira vez com F. A. de S., falecida tragicamente em um acidente automobilístico no carnaval de 1999, sendo os Agravantes filhos desta primeira união (fls. 07/09). Veio ele, posteriormente, mais exatamente em 5 de março de 2005 a contrair novas núpcias com a Agravada, 31 (trinta e um) anos mais jovem, no regime da separação convencional de bens, inclusive dos aquestos, tal como está declarado expressamente na escritura do pacto antenupcial (fl.0010 do anexo). Quando do segundo casamento o falecido contava com 51 anos e a Agravada com 21 (vinte e um). Dessa segunda união não advieram filhos, até porque o quadro de poliartrite de que sofria o autor da herança, e cujos primeiros sinais surgiram nos idos de 1974, evoluía grave e seriamente, exigindo, inclusivamente, no ano de 2004 delicada intervenção cirúrgica para fixação da coluna cervical, somando-se a isso tudo a psoríase de difícil controle (fl. 0015 e 0115 verso)” (fls. 5/6 – grifos conforme o original). (REsp nº 992.749/MS, Rel. Min Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 5/2/2010, página 10)

Como também bem expõe Flávio Tartuce:

Na verdade, a situação fática que envolveu o julgado referia-se 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 (2017, p 218).

Dessa forma, os filhos do *de cuius* inconformados com a decisão originária que institui a mulher em sua condição de herdeira concorrente, interpuseram recurso e alegaram violação ao próprio regime de separação de bens já que este rege a situação patrimonial do casal não apenas durante o matrimônio mas também em sua dissolução sendo por meio do divórcio ou falecimento.

Decorrente disso, a ministra trás uma reflexão sobre a humanidade e sua busca pelo amor líquido e a produção Direito de Família, já que este deve se voltar para as relações que constituem afeto e instituição de família, fazendo uma crítica aos relacionamentos relâmpagos e sua incompatibilidade com os princípios de formação de uma família:

Ao volver os olhos para o processo em análise, imprescindível auscultar a situação fática vivenciada pelo casal – declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal: (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.(REsp nº 992.749/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 5/2/2010,

página. 23)

Nesse sentido, Cristiano Chaves e Rosenvald explicam que o regime convencional de bens veio para recepcionar novos tempos, onde os indivíduos envolvidos na relação tem renda própria e se sustentam igualmente, querendo então, a incomunicabilidade de seu patrimônio tanto no âmbito matrimonial quanto a título de herança:

O regime de separação convencional vem sendo utilizado, nos dias atuais, por casais que já possuem patrimônio ou quando um deles exerce profissão que comporta riscos financeiros, permitindo uma maior liberdade de atuação do titular sobre os seus bens. É preciso, aliás, deixar de ser visto com olhos críticos (de uma cultura que não mais condiz com a realidade), insinuando que a adoção da separação de bens implicaria em menos afeto e amor recíproco entre o casal. Não há, enfim, no regime de separação de bens uma dissociação espiritual entre os cônjuges. Ao revés, a sua adoção parece consubstanciar, com exatidão, um grande desprendimento e evidenciar a falta de interesse material no casamento (2017, p. 316).

Sendo assim, os autores demonstram a clara noção que a adoção do regime de separação convencional de bens nos dias atuais pela eventual mudança no cenário da concepção de família.

A ministra relatora estabelece que os casais que se estabelecem pelo regime de separação convencional buscam por conservar integral administração e fruição de seus bens conferindo maior independência dos cônjuges na disposição e administração desses bens:

Assim, a regra que confere o direito hereditário de concorrência ao cônjuge sobrevivente não alcança nem pode alcançar os que têm e decidiram ter patrimônios totalmente distintos, sob pena de clara violação ao art. 1.687 do CC/02, notadamente quando a incomunicabilidade resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento. Sob a ótica da força normativa do pacto antenupcial, é fundamental o respeito à vontade lícita e livremente manifestada pelos nubentes. Dotado de publicidade e eficácia de oponibilidade perante terceiros, a expressão de autonomia das partes por meio do pacto antenupcial, não pode ser aviltada, sob pena de termos um direito muito volátil. Ressalte-se que o pacto antenupcial é contrato solene, devendo ser lavrado por escritura pública, é dispendioso, poucas são as pessoas que têm informação a respeito e menor ainda é o número de casais que por ele opta, pois o pacto antenupcial pode ser até uma quebra dos próprios sentimentos das pessoas envolvidas afetivamente. (REsp nº 992.749/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 5/2/2010, página 25)

Desse modo, defende aqueles que as partes possuam autonomia para constituir o

regime que desejam e qual será o futuro de seus bens tanto da dissolução do matrimônio, quanto no evento *mortis*, dessa aponta que “deve, portanto, ser respeitada a vontade das partes, que ao estipularem o regime de bens sabem exatamente o que estão fazendo.” além de demonstrar a insatisfação que pode gerar caso se interprete o art. 1829 de forma que sua omissão abre espaço para direito do cônjuge concorrer com os demais descendentes:

De curial importância o fato de que, se os nubentes pactuaram a separação de bens, muito provavelmente não gostariam que o cônjuge sobrevivente fosse alçado à condição de herdeiro em concorrência com os descendentes. Entendimento em sentido diverso redundará em uma gama de problemas para aqueles que somente podem constituir família mediante pacto antenupcial, consideradas as situações peculiares em que se encontram. (REsp nº 992.749/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 5/2/2010, página 26)

Além disso, a ministra continua:

(...) se o casamento foi celebrado pelo regime da separação convencional, significa que o casal escolheu – conjuntamente – a separação do patrimônio. Não há como violentar a vontade do cônjuge – o mais grave – após sua morte, concedendo a herança ao sobrevivente com quem ele nunca quis dividir nada, nem em vida. (REsp nº 992.749/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 5/2/2010, página 26)

Nesse ponto, entende-se que a instituição do regime pelo casal deve ser respeitada e que considerar o cônjuge sobrevivente herdeiro nesses casos viola a vontade do de cujus em vida. E aborda, ainda, o princípio da exclusividade como pilar da relação dos cônjuges com a liberdade dos cônjuges de acordar seu próprio regime de casamento:

O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente 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 licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guiada pela eticidade. (REsp nº 992.749/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 5/2/2010, página 27)

Dessa forma, Nancy conclui seu voto dando provimento ao recurso para declarar que a viúva em questão não poderia ser considerada herdeira necessária e muito menos concorrer no direito da herança:

Em conclusão, o regime de separação de bens fixado por livre convenção entre a recorrida e o falecido, como se vê, está contemplado nas restrições previstas no art. 1.829, I, do CC/02, em interpretação conjugada com o art. 1.687 do mesmo código, o que retira da recorrida a condição de herdeira necessária do autor da herança, em concorrência com os recorrentes, descendentes daquele. (REsp nº 992.749/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 5/2/2010, página 27)

Segundo Flávio Tartuce (2021, p. 219) “é uma decisão surpreendente” já que o julgado estabelece que o cônjuge não é herdeiro, também não há direito à meação e nem a concorrência com os descendentes tanto para os bens comuns como particulares. Ainda Tartuce (2017, p 219) comenta que “o julgado considerou a separação convencional de bens como obrigatória, pelo fato de vincular os cônjuges, em sentido diverso do que geralmente se desenvolveu na doutrina nacional, seja clássica ou contemporânea”.

De fato, destaca-se que a decisão apresenta de forma clara a problemática existente acerca da interpretação que permeia o art. 1829, I, já que por um lado, a ministra relatora defende a livre autonomia dos cônjuges e acredita que desconsiderar tal forma de liberdade é violar um direito constitucional e por outro lado acaba por deixar o figura do cônjuge totalmente desamparado sem o direito de herdar a legítima e muito menos concorrer com os descendentes para receber os bens sejam eles particulares ou não que o *de cuius* deixou.

### 3.2 JULGADO DO RESP Nº 1.382.170/SP

Já em outra perspectiva, o REsp nº 1.382.170/SP do ano de 2015 tem seu entendimento se mostra totalmente contrário a decisão estabelecida no julgado do Resp nº 992.749 - MS (2007/0229597-9), cuja a ementa se apresenta por:

CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC. 1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil). 2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil. 3. Recurso especial desprovido.

(REsp 1.382.170-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/4/2015, DJe 26/5/2015)

No qual o ministro relator João Otávio de Noronha reconheceu o entendimento a favor da cônjuge viúva para herdar os bens de seu falecido esposo no qual era casada sob o regime de separação convencional de bens. Em resumo, trata-se de um caso em que a recorrente, filha do *de cujus*, moveu recurso contra a decisão que reconheceu a recorrida como herdeira necessária e permitiu sua concorrência com os descendentes.

Em primeira instância, a viúva interpôs recurso no processo de origem na qual se trata de um inventário já que não foi reconhecida sua posição de herdeira e nem meeira de seu falecido esposo:

A recorrida, casada sob o regime da separação convencional total de bens, interpôs na origem agravo de instrumento contra decisão proferida nos autos do inventário de FRANCISCO MATARAZZO, seu marido, porque não foi reconhecida a sua condição de meeira e nem sequer de herdeira necessária. O Tribunal local proveu o recurso porque a viúva não foi casada com o autor da herança pelo regime da separação obrigatória, assim não se aplica a ela a exceção legal que impede certas pessoas de sucederem na condição de herdeiro necessário (e-STJ, fl. 353). Acrescentou que essa era a vontade do falecido, que inclusive a beneficiou no testamento que deixou (e-STJ, fls. 355/356) (REsp 1.382.170-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/4/2015, DJe 26/5/2015, página 5)

A recorrente interpôs o recurso especial que chegou ao Tribunal para que fosse analisada a ofensa ao art. 1829, I, já que o cônjuge casado pelo regime convencional de separação de bens não deve concorrer com os demais descendentes e nem ter sua posição de herdeiro necessário.

Nesse sentido, o voto vencido do Ministro Moura Ribeiro demonstra o posicionamento a favor do desejo *de cujus* em vida de não querer partilhar seus bens com o seu cônjuge sobrevivente visto que instituiu-se o regime de separação convencional de bens.

Para o Ministro (2015, Resp. 1.382.170/SP, página 6) “foge de sua compreensão jurídica que o regime da separação de bens não produza efeitos após a morte de um de seus cônjuges:”. E ainda, defende a interpretação extensiva dos efeitos *post*

*mortem* no regime de separação obrigatória de bens para modalidade convencional de bens:

Portanto, a melhor exegese é aquela que entende não ser possível a alteração dos efeitos jurídicos do regime matrimonial post mortem na separação convencional de bens, devendo ser mantida a coerência ante a vontade manifestada pelos cônjuges durante a vida em comum. (REsp 1.382.170-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/4/2015, DJe 26/5/2015, página 6)

E nesse sentido, discorda Zeno Veloso (2010, p.74) já que no regime convencional de bens a incomunicabilidade é presente apenas durante o casamento no caso de dissolução matrimonial pelo divórcio e quando trata-se de morte se extingue o regime não podendo continuar a característica de não comunicabilidade, pois trata-se de dois eventos distintos.

O Ministro continua seu voto e argumenta que a herança não deve ser vista como um prêmio concedido ao cônjuge, pouco importando o seu tempo de casamento com o *de cujus*, devendo ser vislumbrada como um direito resguardado pelo regime de bens que fora escolhido baseado na proteção que cada um quis dar à sua prole.

Outro elemento de discussão presente no voto do Ministro é referente ao poder do Estado, já que este não deve afrontar a liberdade e o princípio da exclusividade sendo que estes impedem a interferência de terceiros sob as decisões em aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar:

A liberdade prevista no art. 5º, caput, da CF, é sintetizada na autonomia da vontade no âmbito do Direito privado, desde que ele não o vede. O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e impede a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas lícitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, corrobora a interpretação conjunta dos arts. 1.829, I, e 1.687 do CC/02. Não há que se confundir regime de bens e direito sucessório, mas há que se interpretar, de forma sistemática, os dispositivos legais que permitam a preservação dos fins da livre manifestação de vontade admitida pela lei, já que aquele deita efeitos sobre este (REsp 1.382.170-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/4/2015, DJe 26/5/2015, página 6)

Tal argumentação pode ser compreendida através do posicionamento dos autores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2017, p. 317), já que entendem que o posicionamento a favor do cônjuge concorrente no regime convencional de bens

representa ideia incompatível com o que se conceitua o regime:

Sendo corriqueira no mundo em que vivemos a ocorrência da reconstituição familiar (famílias ensambladas), preocupa-nos, a mais não poder, a violação da autonomia privada de quem casou no regime de separação absoluta para nada comunicar com o consorte, porque tencionou deixar o patrimônio para os filhos (que não são . descendentes do consorte), e, posteriormente ao óbito, tem a sua vontade ignorada pelo sistema, por conta de uma atávica necessidade de distribuir patrimônio para quem casou. Como se o casamento tivesse de produzir efeitos patrimoniais.

Dessa forma, o ministro e os autores entendem ser preocupantes a ideia de atropelar a vontade das partes que estipularem em vida e em seu planejamento familiar não comunicar seus bens, já que considerando o cônjuge herdeiro após a morte do *de cuius*, nesse caso estaria ferindo a vontade do casal em vida.

O ministro segue sua linha argumentativa citando o art. 1.687 do Código Civil (2015, Resp 1.382.170 - SP, página 6) e nele estipula que na separação de bens estes permanecerão sob administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que poderá livremente alienar ou gravar ônus real, por isso, desconsiderar a vontade do *de cuius* em vida e considerar o cônjuge sobrevivente como herdeiro representa uma violação do princípio da liberdade e exclusividade, já que o regime convencional tem como premissa a liberdade pactual de escolha do próprio regime.

Aqui também decorre a defesa do princípio da liberdade e do da autonomia da vontade, já que bem como explicam novamente os doutrinadores Cristianos Chaves e Nelson Rosenvald, 2017, p. 316) o regime de separação convencional de bens decorre de “absoluta manifestação da autonomia privada do casal, que pretende dividir sentimentos, sem qualquer mistura patrimonial”, devendo a intenção do casal ser levado em consideração.

O ministro também fundamenta sua posição compatível com o que expressa o doutrinador Miguel Reale, já que este também é totalmente contra a concorrência do cônjuge:

Interpretação diversa esvaziaria o art. 1.687 do CC/02 e, por consequência, a livre manifestação da vontade no momento crucial da morte de um dos cônjuges. Esse é o posicionamento de MIGUEL REALE: Se o cônjuge casado no regime de separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do

autor da herança, estaríamos ferindo substancialmente o disposto no art. 1.687, sem o qual desapareceria todo o regime da separação de bens, em razão do conflito inadmissível entre esse artigo e o art. 1.829, I, fato que jamais poderá ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática. Entre uma interpretação que esvazia o art. 1.687 no momento crucial da morte de um dos cônjuges e uma outra que interpreta de maneira complementar os dois citados artigos, não se pode deixar de dar preferência à segunda solução, a qual, ademais, atende à interpretação sistemática, essencial à exegese jurídica. Se, no entanto, apesar da argumentação por mim aqui desenvolvida, ainda persistir a dúvida sobre o inc. I do art. 1.829, o remédio será emendá-lo, eliminado o adjetivo "obrigatória". Com essa supressão 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'. (REsp 1.382.170-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/4/2015, DJe 26/5/2015, página 7)

Nesse sentido, este pensamento também pode ser observado através do doutrinador Paulo Lôbo (2021. p. 67) citando Miguel Reale:

O próprio coordenador da comissão elaboradora do anteprojeto do Código Civil reconheceu que a "redação infeliz" do inciso I do art. 1.829 tem dado lugar a controvérsias, mas que a única interpretação razoável é excluir a separação de bens da concorrência do cônjuge, pois "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" (Reale, 2003, p. 61).

Nesse sentido, a redação infeliz do inciso I do art. 1829 ao mesmo tempo que "conceder aos cônjuges a liberdade de escolha do regime de separação absoluta com a mão direita, o Código Civil, com a mão esquerda, parece estar a retirar deles a eficácia prática do aludido regime, em caso de falecimento" também "parece permitir a concorrência sucessória do cônjuge casado sob o regime de separação convencional de bens com os descendentes do finado" (Cristiano Chaves e Nelson Rosendal, 2017, p. 317), visto como uma problemática ao Direito Sucessório.

Ademais, o ministro afirma que a lei é clara e que enquanto não houver sua alteração é impossível considerar o cônjuge como concorrente no regime de separação convencional de bens:

Por isso, enquanto não houver a alteração legislativa, a melhor solução será interpretar o texto legal de acordo com o sistema jurídico estabelecido na Constituição Federal e no Código Civil. (REsp 1.382.170-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/4/2015, DJe 26/5/2015, página 14)

E ainda estabelece qual seria a melhor interpretação para matéria:

Feitas tais considerações, a melhor interpretação do art. 1.829, I, do CC/2002, é a que está em consonância com o disposto no art. 1.687 do mesmo diploma, valorizando a autonomia da vontade dos cônjuges na escolha do regime de bens, mantendo os seus efeitos jurídicos intactos após a morte de um deles. (REsp 1.382.170-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/4/2015, DJe 26/5/2015, página 17)

A consideração é para que o art. 1829, inciso I do Código Civil seja interpretado com o que dispõe o art. 1687 também do Código Civil, pois ele afirma a ideia de administração exclusiva de cada cônjuge sob seu patrimônio, o que concorda novamente os autores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, (2017, p. 323) já que estes, conforme já debruçados em outras oportunidades neste capítulo e no anterior, são defensores dos princípios constitucionais da liberdade e autonomia conforme já abordado durante este capítulo:

Entendemos, firmemente, que as pessoas casadas no regime de separação convencional de bens não podem herdar, em concorrência com os descendentes, sob pena de afronta direta à autonomia privada e a todos os princípios garantidores da liberdade de autodeterminação, máxime quando se tratar de bem recebido pelo titular da herança com cláusula de incomunicabilidade.

Percebe-se que o entendimento do Ministro segue uma linha de raciocínio bem compatível com a maioria dos doutrinadores existentes sobre esta matéria, já que seu posicionamento se assemelha com o que pensa Paulo Lobo, Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald, pois entendem que assegurar ao cônjuge a posição de herdeiro necessário e permitir sua concorrência é atropelar a liberdade e autonomia do casal que escolheu o regime de separação convencional.

Sobre este entendimento, comentário na duplicação desta pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM, 2015):

O entendimento está equivocado, de acordo com Mário Luiz Delgado, pois parte de premissa falsa de que, ao atribuir direito sucessório ao cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens, teria o legislador invadido a autonomia privada e abalado um dos pilares do regime de separação, por permitir a comunicação post mortem do patrimônio. "Ora, o cônjuge, mesmo casado sob tal regime, na vigência do Código anterior, já

herdava a totalidade da herança, bastando que não houvesse descendentes ou ascendentes. Esta regra foi mantida. A novidade foi apenas a possibilidade de concorrência do cônjuge com os descendentes e ascendentes. Não se trata de comunicação de patrimônio, não se podendo confundir regime de bens com direito sucessório. Com a morte, extinguiu-se o regime, e o que está em discussão é o direito do cônjuge a uma pequena parte da herança, que, inclusive, pode ser bastante reduzida, bastando que o de cujus tivesse vários filhos e houvesse disposto em testamento toda a metade disponível”.

Dessa forma, para o Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM) o entendimento é errôneo, pois, deve-se distinguir o regime de bens com o direito sucessório já que um decorre do evento divórcio e o outro é ligado a morte do outro cônjuge, além do mais, tal pensamento coaduna com o autor Zeno Veloso (2010, p. 74) de acordo com o que já foi exposto mais acima.

Já o voto vencedor do Ministro Relator João Otávio de Noronha veio para estabelecer o precedente julgado como entendimento majoritário conforme Tartuce (2021, p. 224 ) quando diz “em 2015, a Segunda Seção do Tribunal da Cidadania acabou por consolidar o seu entendimento pela presença da concorrência sucessória no regime da separação convencional de bens, estabilizando também essa divergência, que foi pacificada.”

O ministro-relator começa argumentando pela “a metodologia do Direito que surge da interpretação sistemática, onde ao caso se permeia sob uma perspectiva diferente no sistema consistindo em partilha de bens em vida e partilha de bens causa mortis” (2015, Resp 1.382.170 - SP, página 20):

Se a mulher se separa, se divorcia e o marido morre, ela não herda. Esse é o sistema de partilha em vida. Contudo, se ele vier a morrer durante a união, ela herda porque o Código a elevou à categoria de herdeira. São coisas diferentes. (REsp 1.382.170-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/4/2015, DJe 26/5/2015, página 20)

Assim, Delgado (IBDFAM, 2015) explica e concorda:

(...) não se pode confundir regime de bens com herança. Segundo ele, o regime de bens é eleito para vigorar durante o casamento. Dissolvido o vínculo matrimonial pelo divórcio ou pela morte, far-se-á a partilha dos bens comuns, com apuração da meação, nos regimes de comunicação de bens. “Nos regimes de separação, nada haverá a partilhar. O direito hereditário do cônjuge nada tem a ver com o regime de bens. Qualquer

que seja o regime, o cônjuge será sempre herdeiro necessário, a teor do artigo 1.845. Qualquer que seja o regime, o cônjuge sempre concorrerá com os ascendentes do autor da herança. O regime de bens só vai influir na concorrência do cônjuge com os descendentes, e isso por uma opção do legislador. Nada mais do que isso. Uma coisa é uma coisa (regime de bens), outra coisa é outra coisa (herança)”.

Dessa forma, o que explica Delgado alinha-se com o posicionamento do ministro que segue trazendo a ideia de determinação da ordem de vocação criada pelo legislador e argumenta que foi escolhido dois caminhos diferentes para o regime de separação convencional formado pela partilha de bens no divórcio e no evento morte:

Quem determina a ordem da vocação hereditária é o legislador. Ele pode construir um sistema para a separação em vida diverso do da separação por morte. E ele o fez. Ele estabeleceu um sistema para a partilha dos bens por causa mortis e outro sistema para a separação em vida decorrente do divórcio. O legislador distinguiu. Então, a interpretação aqui é sistemática sim, mas dentro dos respectivos sistemas. Não posso pegar um princípio daqui e outro princípio dali, fazer uma miscelânea e criar uma norma diferente daquela que está no Código (REsp 1.382.170-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/4/2015, DJe 26/5/2015, página 20)

Conforme a leitura desse trecho, o ministro demonstra que o regime de separação obrigatória e convencional de bens não se confunde e tal interpretação diversa “viola diretamente preceito legal (CC, art. 1.829, I)” e que “a separação obrigatória (cogente) não se confunde com a separação convencional, que decorreu da livre manifestação de vontade dos interessados” (2015, REsp 1.382.170-SP, página 23)

Ressalta Gonçalves (2021, p. 69):

Trata-se, em realidade, de direito sucessório, e não propriamente de comunicação de patrimônio. Com a morte extinguiu-se o regime, subsistindo, todavia, o direito do cônjuge a uma parte da herança. Poderá esta, entretanto, ser bastante reduzida, bastando que o de cujus tivesse vários filhos e houvesse disposto em testamento toda a metade disponível.

Nesse sentido, o autor defende que a morte e a separação judicial trata-se de duas finalidades diferentes e que o regime de separação convencional de bens se extingue com a morte e nesses casos o cônjuge tem direito a herança.

Por fim, o ministro rebate os principais argumentos presentes no julgado Resp nº 992.749 - MS (2007/0229597-9) da relatora Nancy Andrichi, já que, esta fundamenta

e defende a posição de não concorrência do cônjuge com os descendentes e o tira a figura de proteção como herdeiro necessário:

A separação obrigatória não é gênero e não congrega duas espécies. Trata-se de equívoco conceitual. A separação de bens é que constitui gênero que congrega duas espécies: (a) separação convencional (que decorre de pacto antenupcial) e (b) separação obrigatória ou legal (regra restritiva prevista no art. 1.641). Assim, o primeiro fundamento não é suficiente para afastar a concorrência sucessória das pessoas casadas pelo regime da separação obrigatória.

O segundo fundamento é igualmente frágil ('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'). Ora, afirmar que o regime de bens obriga as partes depois de sua morte revela teratologia. Obrigação, como se sabe é o vínculo jurídico entre o credor e o devedor. Na realidade, o que afirma o julgado, utilizando-se inadequadamente a palavra obriga, é que o regime de bens produz efeitos depois da morte dos cônjuges e, portanto, após findo o casamento. Isso porque a morte põe fim ao casamento, permitindo, inclusive, que o supérstite se case novamente. A morte põe fim à sociedade conjugal por força expressa do art. 1.571, I, do Código Civil e, sendo assim, o regime de bens também se extingue com a morte.

Em terceiro e último lugar, é de se repisar o atual Código ter visado à proteção muito mais ampla do que a do sistema anterior ao cônjuge sobrevivente. Procurou, ainda, deferir-lhe cota hereditária, em concorrência com os descendentes, nos bens particulares, para que não fique desprotegido na viuvez. A concorrência na separação convencional está afinada com esses princípios. Seria incoerente assegurar ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que sejam os únicos deixados pelo de cujus, e não conferir o mesmo direito ao casado pela separação convencional. (REsp 1.382.170-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/4/2015, DJe 26/5/2015, página 24)

Em síntese, o ministro explicou que existe um equívoco conceitual quando se considera a separação de bens como um gênero que abarca duas espécies e as duas não se confundem já que a convencional decorre de um acordo antenupcial, ou seja, as partes escolhem o regime e a obrigatória é imposta pela lei para aqueles indivíduos descritos conforme art. 1641 do Código Civil.

O ministro segue sua explicação para rebater o segundo argumento dizendo que o regime de bens se extingue com a morte, não devendo a separação dos bens ser uma obrigação nesses casos, já que a expressão obriga usa-se para o vínculo de um credor e devedor. E por último, assegura que no terceiro argumento, a concorrência no regime de separação de bens está fundada no princípio de maior proteção ao cônjuge.

Por fim, o ministro relator negou provimento ao recurso especial, pois, por seu entendimento, estava comprovado o direito da viúva de concorrer com os filhos do *de cuius* mesmo que seu regime tenha sido o de separação convencional.

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosendal, a decisão é preocupante porque viola a vontade do casal quando escolheu o regime justamente para incomunicar seu patrimônio:

O entendimento nos preocupa sobremaneira por ignorar, por completo, o regime de bens escolhido voluntariamente pelo casal, por ambos, afrontando a autonomia privada. Com essa perspectiva, para contemplar o .consorte sobrevivente (casado em regime de separação absoluta) com a herança do falecido, retira-se dos seus descendentes. No ponto, não se pode esquecer que os descendentes do falecido podem não ser filhos ou netos do cônjuge sobrevivente! (2017, p. 321).

Em contrapartida, Mário Luiz Delgado dispõe sobre a decisão em comentário publicado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM, 2015) que sob a perspectiva demonstra como assertiva, já que espanta a insegurança jurídica sob a temática :

(...) a decisão é importante porque consolida o entendimento do STJ sobre o tema, “ao mesmo tempo em que espanta a insegurança jurídica instaurada a partir de alguns precedentes isolados do próprio STJ que, no passado, afastaram da sucessão o cônjuge casado sob o regime de separação convencional”. Segundo ele, a insegurança jurídica era grande, porque, de um lado o Código Civil estabelecia, “com clareza solar”, uma determinação; de outro, o STJ decidia em sentido diametralmente oposto, enquanto que os Tribunais estaduais ora decidiam de um jeito, ora de outro. “A doutrina assistia a tudo isso atônita. E os advogados não sabiam mais como orientar os seus clientes em temas de planejamento sucessório”, reflete.

A partir desse pressuposto, entende-se que a decisão consolida o entendimento favorável a concorrência do cônjuge e também assegura o afastamento acerca da insegurança jurídica a qual era revestida pela indeterminação do futuro do cônjuge no caso do regime de separação convencional de bens.

### 3.3 JULGADO DO AGRG NO RESP Nº 187515/RS 2012/0117207-4

Por fim, a última análise decorre do julgado AgRg no ARESP 187515 / RS 2012/0117207-4 com a presente ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. HERDEIRO NECESSÁRIO. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES. POSSIBILIDADE. 1. A Segunda Seção desta Corte firmou o entendimento segundo o qual, no regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente possui a qualidade de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido. A concorrência somente fica obstada quando se tratar de regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. 2. Agravo regimental não provido. (Agrg no REsp nº 187515/RS 2012/0117207-4, Rel.Min Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19/09/2017)

O entendimento presente neste julgado também é favorável à concorrência do cônjuge com os demais descendentes e sua eventual posição como herdeiro necessário. Sua linha argumentativa baseia-se no julgado Recurso Especial nº 1.382.170 - SP (2013/0131197-7) o qual já foi analisado anteriormente neste capítulo, isso demonstra a grande importância dessa decisão no âmbito do Direito Sucessório.

O caso em questão trata de uma demanda ajuizada por três autoras, filhas do primeiro casamento do *de cujus* ajuizaram com uma ação rescisória contra a viúva do segundo matrimônio de seu falecido pai para fins de rescindir o acórdão proferido pelo Tribunal de origem que julgou improcedente a demanda. O objetivo era o reconhecimento do status da viúva de não herdeira do segundo casamento:

No pedido rescisório, as autoras, herdeiras necessárias, alegam que está em tramitação o processo de inventário de seu pai, falecido em 29/9/2005, e que, tendo a viúva contraído matrimônio em 7/4/2004 pelo regime da separação total de bens instituído em pacto antenupcial, não pode ser reconhecida a sua condição de herdeira, em concorrência com as filhas do primeiro casamento do falecido. (Agrg no REsp nº 187515/RS 2012/0117207-4, Rel.Min Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19/09/2017, página 15)

Foi interposto recurso especial fundamentados pela alíneas “a”, “b” e “c” conforme a Constituição e as autoras da ação rescisória alegaram violação dos artigos 485, V, e 535, II, do Código de Processo Civil de 1973; 1.829, I, 1.639, 1.640, caput e parágrafo único, e 1.687 do Código Civil, bem como divergência jurisprudencial:

Sustentam, preliminarmente, negativa de prestação jurisdicional, e, no mérito, aduzem, em síntese, que o acórdão recorrido violou literalmente os artigos 1.829, I, 1.639, 1.640, caput e parágrafo único, e 1.687 do Código Civil, ao atribuir ao cônjuge sobrevivente a condição de herdeira necessária em concorrência com os descendentes do falecido, embora se tenha casado sob o regime da separação voluntária total de bens, nos termos de pacto antenupcial. O recurso especial foi inadmitido na origem, tendo sido apresentado agravo. (Agrg no REsp nº 187515/RS 2012/0117207-4, Rel.Min

Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19/09/2017, página 16)

O voto do ministro-relator Ricardo Villas Bôas Cueva negou seguimento ao agravo, e em sua argumentação indicou que o atual entendimento da turma sobre o pedido da ação rescisória era favorável ao cônjuge, inclusive, cita o julgado REsp 1.382.170/SP que tem como Ministro Relator João Otávio de Noronha como sua base argumentativa:

(...) O atual entendimento da Segunda Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.382.170/SP, relator para o acórdão o Ministro João Otávio de Noronha, segundo o qual, no regime de separação convencional de bens, como na hipótese dos autos, o cônjuge sobrevivente possui a qualidade de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido. A concorrência somente fica obstada quando se tratar de regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. (Agr no REsp nº 187515/RS 2012/0117207-4, Rel.Min Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19/09/2017, página 3)

Por esse julgado citado no voto, se extrai que o cônjuge deve concorrer com os descendentes e possui a qualidade de herdeiro necessário. E ainda, o Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM (2015) comenta que “a decisão está correta e confirma o entendimento já adotado pelo STJ em precedentes anteriores, da segunda metade de 2014, reconciliando a jurisprudência com a doutrina majoritária sobre a matéria”, estabelecendo - a como entendimento majoritário na perspectiva da temática.

Dessa forma, entendeu que o recurso não deveria ser provido e a condição da viúva como herdeira necessária deveria ser mantida e dessa forma a cônjuge sobrevivente deve concorrer com as filhas na partilha da herança.

Já o voto - vista sustentado por Nancy Andrighi se mostra totalmente contrária ao cônjuge como herdeiro necessário e sua concorrência com os descendentes, já que esta foi a ministra relatora que julgou procedente o para afastar a concorrência do cônjuge sobrevivente que foi casado sob o regime de separação convencional de bens.

A ministra segue duas linhas argumentativas, em primeiro ponto, defende que o Direito Sucessório não é totalmente independente, devendo-se valer de um sistema híbrido

que necessita dos princípios elencados pelo Direito de Família:

Nessa senda, por mais que se queira dar autonomia plena ao Direito das Sucessões, a tradição jurídica nacional que submete a sucessão hereditária a um sistema híbrido, que mescla a ideia de divisão necessária com a liberdade testamentária, remete o intérprete das normas relativas à sucessão, tanto para as normas e princípios que regem o Direito de Família como para os limites da autonomia privada. Então, embora concorde com a ideia de que a definição da ordem da vocação hereditária é matéria precipuamente atinente ao legislador, e sua análise está adstrita ao Direito das Sucessões, não posso estender esse raciocínio a ponto de inviabilizar a utilização de uma interpretação sistemática envolvendo Direito de Família e o de Sucessões. (Agrg no REsp nº 187515/RS 2012/0117207-4, Rel.Min Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19/09/2017, página 8)

Nessa perspectiva, entende que a matéria de Direito de Família é composta por princípios basilares na qual o Direito Sucessório não pode atropelar, devendo ele obedecer ao que estabelece dentro da matéria de família.

Outro ponto abordado em sua argumentação foi a interpretação do art. 1829 do Código Civil que conforme já exposto, em seu texto legal estabelece regra de concorrência do cônjuge com os descendentes na sucessão legítima, contudo, ressalva que não haverá a concorrência nos casos dos cônjuges casados em regime de comunhão universal, de separação obrigatória no de comunhão parcial de bens caso o autor da herança estiver bens particulares:

(...) a interpretação desse dispositivo, isoladamente, pode levar a uma conclusão errônea sobre seu alcance, razão pela qual deve se fazer uma análise sistemática sobre as regras pertinentes à questão que está sendo examinada. Assim, da leitura do dispositivo legal, a ressalva, no que releva para o deslinde deste recurso, aponta categoricamente para o regime de separação de bens – art. 1.687 do Código Civil – que é o gênero das subespécies separação de bens convencional e separação de bens legal. Note-se, no particular que na verdade, tanto a separação convencional quanto a separação legal enquadram-se no conceito de separação obrigatória de bens consignada no art. 1.829, I, do CC., variando apenas a razão de ser dessa separação obrigatória: uma decorrendo da imposição legal, e a outra, da livre manifestação dos nubentes (*pacta sunt servanda*). Nessa linha de pensamento, a interpretação de que a ressalva atinge apenas aqueles que adotaram o regime de separação bens, por força de lei, além de contrariar a própria essência do dispositivo - cria consequências diversas para o mesmo regime de bens. Cria-se, sob esse foco, a incôgrua situação de que aqueles cônjuges, que em vida, livremente optaram por deixar o patrimônio separado, terão a certeza de que, vindo a óbito, a vontade que manifestaram em vida, de não fundir os patrimônios, será ignorada com a inclusão do cônjuge supérstite na categoria de herdeiro necessário de primeira classe – concorrendo com os descendentes. Poder-se-ia dizer, quanto ao ponto, que essa foi a opção legislativa: ignorar a manifestação de vontade dos então nubentes de não comunicarem seus respectivos

patrimônios para impor, em caso de morte, essa mesma comunicação, negada em vida. (Agrg no REsp nº 187515/RS 2012/0117207-4, Rel.Min Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19/09/2017, página 10)

A ministra diz que a interpretação do artigo leva ao entendimento errôneo que o cônjuge deve concorrer com os descendentes, e que no regime de separação de bens existem duas espécies: a obrigatória e convencional e que estes não se confundem. Entretanto, a ministra defende que o regime de separação convencional também se enquadra no conceito de separação obrigatória.

O pensamento da ministra relatora coaduna novamente com o autores Cristiano Chaves e Rosenvald (2017, p. 318), já que retira o direito de uma pessoa a não partilhar o seus bens mesmo após sua morte:

Para que seja sentida a gravidade do problema, vale a pena imaginar uma dramática situação: retira-se o direito de casar de uma pessoa, que já possui patrimônio e filhos, e pretende casar novamente, mas sem causar qualquer prejuízo patrimonial à sua prole, deixando todos os seus bens, em caso de óbito, para os descendentes, e não para o seu novo cônjuge. Nessa hipótese, vindo a casar, mesmo no regime de separação total, com o seu óbito, parcela dos seus bens seguem para a viúva. Imaginando que a viúva também já tinha sido casada e possui filhos de relacionamento anterior, o patrimônio será transmitido com o seu passamento para os seus próprios e exclusivos filhos - privando os filhos do titular do patrimônio!!!

Nesse ponto, os autores fazem uma reflexão acerca da problemática aqueles que defendem a figura do cônjuge como herdeiro necessário e concorrente com os descendentes dentro do regime convencional de bens, pois, para eles nesse caso tira o direito de uma pessoa que já foi casada de se casar novamente sem causar prejuízo em seu patrimônio.

Sendo assim, a ministra concluiu seu voto dando provimento ao recurso com a intenção de excluir a viúva da herança. Contudo, a situação se decidiu pelo voto de desempate, e o ministro Raul Araújo acompanhou o entendimento fundamentado pelo voto do ministro relator Ricardo Villas Bôas Cueva:

Posto o debate nesses termos, peço vênias à divergência para acompanhar o voto do em. Ministro relator. Quando do julgamento do REsp. 1.382.170/SP (DJe de 26/05/2015, Relator para o acórdão o em. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA), tratando de questão idêntica à destes autos, proferi voto-vista, cujos fundamentos adoto também para a solução da controvérsia posta nestes autos. (Agrg no REsp nº 187515/RS 2012/0117207-4, Rel.Min Ricardo

Villas Bôas Cueva, julgado em 19/09/2017, página 17)

Vale ressaltar que o posicionamento favorável ao cônjuge vai encontro ao que pensa Gonçalves (2021, p. 69) já que para ele, o art. 1829, inciso I do Código Civil não excepcionou o regime convencional de bens:

Ora, o regime da separação convencional de bens não foi excepcionado ou ressalvado, sendo lícito ao intérprete concluir que, nessa hipótese, haverá a aludida concorrência, ocorrendo o mesmo no que respeita ao regime da participação final dos aquestos. (...) Observe-se que essa regra é aplicável às uniões ocorridas antes da entrada em vigor do atual Código Civil, no regime da separação convencional, mediante pacto antenupcial, tendo a abertura da sucessão se verificado, porém, posteriormente.

Ou seja, pelo seu entendimento o cônjuge tem o direito de concorrer com os descendentes, pois, pelo texto normativo, o art. 1829, I, ao não mencionar o regime convencional de bens possibilita ao cônjuge herdar os bens do falecido.

Dessa forma, ficou decidido o pelo direito do cônjuge de herdar em concordância com os descendentes e reconhecida seu status de herdeiro necessário em face ao regime de separação convencional de bens.

Por fim, extrai-se que a principal divergência sob o direito do cônjuge como herdeiro necessário dentro dos três julgados apresentados advém de inúmeras interpretações derivadas do art. 1829, inciso I, na qual omitindo o regime de separação de bens da exceção prevista como um regime não concorrente, abre espaço para diversos posicionamentos acerca da possibilidade de concorrência ou não.

Ademais, observa-se que a decisão favorável ao cônjuge pode ignorar o conceito do regime pautado na liberdade e autonomia do casal que o escolheu em matrimônio ou fazer justiça ao cônjuge já que o regime de matrimônio não se confunde com o evento *mortis*. Já a decisão desfavorável a ele é capaz de desamparar ao retirar sua figura de herdeiro necessário e o deixar desprotegido.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme todo exposto, a presente monografia tem como objetivo responder a partir das análises das jurisprudências dos Tribunais acerca do direito ou não do cônjuge como herdeiro necessário no regime convencional de bens traz insegurança jurídica para a matéria dentro do direito sucessório, já que o cônjuge trata-se de uma figura necessária dentro da sucessão pois trata-se de um herdeiro necessário.

A partir disso, para responder a pergunta presente nessa monografia, foi introduzido, no primeiro capítulo, a apresentação dos conceitos de todos regimes de bens existentes dentro do Código Civil, dando mais destaque ao regime de separação obrigatória e convencional de bens, ditando suas características e suas consequências para quem os adota dentro do Direito de Família em caso de dissolução de matrimônio por divórcio.

Ainda no primeiro capítulo, adentrando mais na matéria de sucessões, foi abordado a ordem de sucessão prevista pelo art. 1829, inciso I do Código Civil, que diz que o cônjuge vai concorrer com os descendentes, entretanto, não permite que isso ocorra que em alguns regimes, como o regime de separação obrigatória, entretanto, não cita o regime convencional de bens restando dúvidas se quando os cônjuges estabelecem esse regime haverá a concorrência, e essas dúvidas instauraram as divergência doutrinárias sobre a temática.

As divergências doutrinárias trazidas pela redação confusa do art. 1829, inciso I do Código Civil são aprofundadas no segundo capítulo, podendo ser observado as inúmeras interpretações por vários autores decorrentes dessa incerteza que paira sobre o cônjuge ser uma figura que concorre com os descendentes ou não, também foi observado que as divergência doutrinárias não chegam ao consenso de qual é o entendimento na perspectiva do cônjuge ser considerado herdeiro ou não no regime de separação convencional abrindo a discussão para o âmbito jurisprudencial.

Nesse aspecto, o último capítulo buscou analisar essas divergências nos julgados dos Tribunais a partir da perspectiva de todos os autores utilizados no segundo capítulo a

fim de sustentar qual foi o posicionamento era o mais utilizado para a defesa da impossibilidade ou não do cônjuge de concorrer com os descendentes.

Nessa perspectiva, no último utilizou de três julgados na quais dois eram favoráveis à postura do cônjuge como herdeiro necessário e também defendiam sua concorrência com os descendentes e em contrapartida o outro obtinha a decisão desfavorável ao cônjuge e defendia a impossibilidade de sua concorrência com os descendentes no regime convencional de bens.

Os argumentos mais utilizados pelos ministros no julgamento do caso que defendia a impossibilidade era a defesa da liberdade e da autonomia para que os cônjuges pudessem incomunicar seus patrimônios já que essa era uma vontade deles. Por outro lado, outros ministros nos julgados que eram a favor da concorrência se debruçaram pela redação do art. 1829, inciso I já que se ela não estabelece o regime convencional de bens, não há a imposição de não concorrência nesses casos.

Por fim, entende-se que o cônjuge é uma figura amparada pela possibilidade de concorrer com os descendentes, visto que, a jurisprudência pacificou esse entendimento em 2015 conforme julgado analisado pelo capítulo três e a possibilidade do Tribunal divergir depende do caso concreto onde se comprove casos excepcionais como casais com diferença de idade, casamentos que duraram pouco, ou casais muito novos, dito isso, a insegurança jurídica não se comporta nesse casos, porque a maioria da jurisprudência se decide em favor ao cônjuge.

## REFERÊNCIAS

**BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)> Acesso em: 10. set. 2022

**BRASIL.** Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 187.515 - RS (2012/0117207-4).** Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 19 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1584000&tipo=0&nreg=201201172074&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20171005&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 17 set. 2022

**BRASIL.** Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.382.170-SP.** Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, DF, 22 de abril de 2015. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1382593&tipo=0&nreg=201301311977&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150526&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em: 13 set. 2022

**BRASIL.** Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 992.749-MS.** Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 05 fev. 2010. Disponível em: <[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP\\_992749\\_MS\\_1270896957930.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1671122429&Signature=hEqhtNI1EEerQeJnccFNMIlbNjA%3D](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_992749_MS_1270896957930.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1671122429&Signature=hEqhtNI1EEerQeJnccFNMIlbNjA%3D)> Acesso em 13 set. 2022

**CARVALHO,** Luiz Paulo Vieira D. **Direito das Sucessões.** ed. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788597017328. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597017328/>. Acesso em: 10 set. 2022.

**CHAVES,** Cristiano; **ROSENVALD,** Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões. Vol 7.** 3 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

**DELGADO,** Mário Luiz. **Chegou a hora de visitar a legítima dos descendentes e ascendentes.** Disponível em: <<http://cnbba.org.br/noticias/artigo-chegou-hora-de-visitar-legitimados-descendentes-e-ascendentes-por-mario-luiz-delgado>>. Acesso em: 13 out 2022

**DIAS,** Maria Berenice. **Manual das Sucessões** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

**DINIZ, M. H. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. v.5.** 36. ed. São Paulo Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598681.  
Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598681/>.  
Acesso em: 09 Sep 2022

**FABRIZ, D. C. Direitos e garantias fundamentais no século 21: os desafios no plano da efetividade.** Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 3, p. 9-10, 20 set. 2007.  
Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/49/46>.  
Acesso em: 12 out. 2022

**GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. Novo curso de direito civil - direito de família.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book

**HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; NOVAES, Rodrigo Pereira da Cunha. DIREITO DAS SUCESSÕES.** 2 ed. Belo Horizonte: Editora DelRey. 2007.

**INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Supremo decide pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 e põe em igualdade cônjuge e companheiro:** O STF decidiu, nesta quarta-feira (10), pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, o qual sustenta diferenciação entre cônjuge e companheiro, no que tange à sucessão hereditária. Data de Publicação: 10/05/2017. Disponível em:  
<<https://ibdfam.org.br/noticias/6280/Supremo+decide+pela+inconstitucionalidade+do+artigo+1.790+e+p%C3%B5e+em+igualdade+c%C3%B4njuge+e+companheiro>>  
Acesso em: 14. dez. 2022

**LÔBO, Paulo Luiz N. Direito Civil: Sucessões: Vol 6.** São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book.  
Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593686/>.  
Acesso em: 12 out. 2022.

**MAL, A. C. D. R. F. D.; MALUF, C. A. D. Curso de direito de família.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

**MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima.** 2. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020. E-book.  
Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990558/>.  
Acesso em: 17 out. 2022.

**MADALENO, Rolf. Manual de Direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.

**PEDRA, A. S. As diversas perspectivas dos direitos fundamentais.** Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 18, n. 2, p. 9-12, 9 fev. 2018. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1227>. Acesso em: 12 out. 2022

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

**RIBAS, D. S. Meação: uma violação à autonomia privada sobre disposição da herança.** Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior, [S. l.], v. 13, n. 2, p. 17, 2021. Disponível em: <https://jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/843>. Acesso em: 12 out. 2022.

**TARTUCE, Flávio. Direito Civil - Direito das Sucessões - Vol. 6.** São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993788/>. Acesso em: 13 out. 2022.

**TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do Direito Civil - Direito das Sucessões - Vol. 7.** Rio de Janeiro, Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530992484. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992484/>. Acesso em: 12 out. 2022.

**UGOCCIONI, MARTA. O cônjuge casado no regime da separação convencional de bens: questões divergentes no âmbito do direito sucessório.** 2018. Tese (Graduação em Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina. Documento eletrônico.

Disponível em:

<<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/6832/1/O%20C%C3%94NJUGE%20CASADO%20NO%20REGIME%20DA%20SEPARA%C3%87%C3%83O%20CONVENCIONAL%20DE%20BENS%20-%20MARTA%20UGOCCIONI.pdf>>

Acesso em: 12 out. 2022

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