



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
COORDENAÇÃO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MANUELA SALES SANTOS

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

FORTALEZA  
2011

MANUELA SALES SANTOS

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

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à  
Coordenação do Curso de Direito, da  
Universidade Federal do Ceará, como requisito  
parcial para obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Área de concentração: Direito Civil

Orientador: Prof.<sup>a</sup> Dra. Maria Vital da Rocha

FORTALEZA  
2011

MANUELA SALES SANTOS

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

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Coordenação do Curso de Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovado em \_\_\_/\_\_\_/2011

BANCA EXAMINADORA

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Maria Vital da Rocha (Orientadora)  
Universidade Federal do Ceará – UFC

---

Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias  
Universidade Federal do Ceará – UFC

---

Prof. Dr. Francisco Luciano Lima Rodrigues  
Universidade Federal do Ceará – UFC

## AGRADECIMENTOS

À Deus, onipresente.

Ao meu amado pai, Crisanto Gomes dos Santos, não apenas pela dedicação diária ao meu bem-estar ou pelo investimento na minha educação ao longo destes vinte e dois anos, mas por representar o grande ícone de minha vida.

À minha mãe, Jane Maria Sales Santos, pelo amor incondicional e por não medir esforços para ver minha felicidade.

À minha tia, Rosália Gomes dos Santos, pela confiança em meu sucesso e pelo apoio importantíssimo que destinou à realização deste trabalho.

Aos meus irmãos, Matheus e Marcela Sales Santos, sempre tão prestativos e compreensivos.

Ao meu namorado e melhor amigo, João Paulo Pierre Vieira, meu porto seguro, por comigo compartilhar planos e sonhos, pelo amor indubitável e pela companhia em momentos bons e ruins deste caminho.

Aos meus colegas de curso, especialmente Marina Leite Soares, Vitoria Albuquerque Peres, Rossana Paz Bezerra, Gabriel Vale Bedê, Paulo Victor Pinheiro de Santana, Soraya Fonteneles de Menezes, Lídia Rocha Mesquita Nóbrega, Lucas Leite Alves, Seledon Dantas de Oliveira Jr. e Mário André Machado Cabral, verdadeiros amigos que levarei para a vida inteira, pela cumplicidade imensurável.

À minha amiga, Jamile Andrade Guimarães, pela ajuda e presença constante durante o período desafiador de redação desta pesquisa.

Aos professores João Luis Nogueira Matias e Francisco Luciano Lima Rodrigues, por se prontificarem a fazer parte deste momento único em minha vida acadêmica.

À minha orientadora, Maria Vital da Rocha, que, tão gentil e atenciosamente, se dispôs a me guiar na confecção deste trabalho.

“A meu ver, casamento não é meio de aquisição de propriedade.”

(Silvio Rodrigues)

“Aprenda com o ontem, viva o hoje, tenha esperança no amanhã. O importante é não parar de questionar.”

(Albert Einstein)

## RESUMO

Intenta-se, neste trabalho, 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 três capítulos fundamentais à conclusão ao final exposta, abordando-se aspectos concernentes, respectivamente, ao Direito de Família, Direito dos Contratos e Direito das Sucessões. Verifica-se, por fim, com fundamento em uma corrente minoritária da doutrina e em recente 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 a posição de meeiro ou de herdeiro do falecido.

**Palavras-chave:** Código Civil. Separação convencional de bens. Efeitos. Cônjuge sobrevivente. Concorrência. Impossibilidade.

## ABSTRACT

This paper 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 three main chapters to the conclusion at the end exposed, approaching aspects related respectively to the Family Law, Contract Law and Succession Law. It is verified, finally, based on a minority current of doctrine and a recent decision coming from the Superior Court of Justice, the impossibility of competing with descendants of the author of succession, so that the surviving spouse can not occupy the position of sharecropper or heir of the deceased.

**Keywords:** Civil Code. Conventional separation of goods. Effects. Surviving spouse. Competition. Impossibility.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS .....</b>	<b>12</b>
2.1 Regimes de bens no Código Civil de 2002 .....	12
2.2 Conceito de separação convencional de bens .....	14
2.3 Evolução histórica .....	16
2.4 Separação convencional x Separação legal.....	18
2.5 A polêmica Súmula 377 do STF.....	21
<b>3 PACTO ANTENUPCIAL.....</b>	<b>25</b>
3.1 Conceito.....	25
3.2 Regime jurídico .....	26
3.3 Disciplina legal .....	29
3.4 Necessidade de registro em cartório .....	33
3.5 Princípios regedores.....	34
3.5.1 Autonomia da vontade.....	35
3.5.2 Consensualismo .....	36
3.5.3 Relatividade dos efeitos do contrato .....	36
3.5.4 <i>Pacta Sunt Servanda</i> .....	37
3.5.5 Boa-fé .....	38
<b>4 EFEITOS DO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS .....</b>	<b>41</b>
4.1 Corrente majoritária.....	41
4.1.1 Interpretação do art. 1.829, I do Código Civil de 2002.....	41
4.1.2 Posicionamento da doutrina majoritária .....	49
4.2 Corrente minoritária.....	54
4.2.1 Admissão de divergências doutrinárias .....	54
4.2.2 O entendimento de Miguel Reale.....	55
4.2.3 Ministra Nancy Andrighi e o Recurso Especial nº 992.749/MS.....	56
4.2.4 Posicionamento da doutrina minoritária .....	59
4.2.5 Aplicação fática obrigatória da separação dos bens.....	60
4.2.5.1 Interpretação adequada ao art. 1.829, I.....	60
4.2.5.2 Princípios que devem incidir sobre a separação convencional de bens .....	61
4.2.5.3 “Separação obrigatória” .....	63
4.2.5.4 Razão de ser do art. 1.687 do Código Civil .....	65
4.2.5.5 Interferência do Direito das Sucessões sobre o Direito de Família .....	65
4.2.5.6 Separação de bens como matéria de ordem pública.....	66
4.2.5.7 Insubsistência das justificativas da doutrina majoritária para a exclusão da concorrência .....	67
4.2.5.8 Incomunicabilidade dos bens .....	68
4.2.5.9 Jurisprudência .....	69
4.3 Um consenso doutrinário .....	70

**5 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 72**

**REFERÊNCIAS..... 75**

## 1 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.

A Lei Civil brasileira permite aos consortes que optem, orientados por sua própria conveniência, por um destes regimes de bens. O direito fundamental à liberdade, inserto no art. 5º, *caput*, da Carta Magna de 1988, é assegurado pelo Código Civil no que concerne à escolha do regime que regerá o casamento.

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.

Diante da relevância prática que adquiriram – principalmente após a incorporação do Novo Código Civil ao ordenamento jurídico brasileiro – o Direito de Família e o Direito das Sucessões, é indubitável o fato de que as Varas especializadas em tais áreas, tendo se multiplicado e se subdividido, – no Ceará não mais existem Varas de Família e Sucessões – possuem nos dias atuais elevadíssima demanda e milhares de processos.

Nesse contexto, é certo que os diferentes magistrados da Justiça Comum, que detém a competência para julgar matéria de direito familiar e sucessório, não aplicarão a Lei Civil de maneira uníssona, de tal sorte que adotarão diferentes entendimentos, tanto em primeira quanto em segunda instância.

Por vezes, o hermeneuta, ao procurar atribuir as conseqüências da opção por um determinado regime de bens no caso concreto, encontra distintas interpretações da letra lei. Assim, depara-se com dificuldades no propósito de estabelecer que direitos assistirão ao cônjuge divorciado ou ao cônjuge supérstite, uma vez dissolvido o casamento.

Papel importante ocupa, assim, a doutrina que versa sobre a temática dos regimes de bens, haja vista que norteia, em grande parte, os diversos posicionamentos do intérprete da lei.

Do mesmo modo, os doutrinadores de renome no âmbito de nosso Direito Civil divergem no que tange aos efeitos ocasionados pelos quatro regimes de bens a que se refere o Códex de 2002.

Por óbvio, os entendimentos preconizados pela chamada “doutrina majoritária” são os mais aceitos pelos estudiosos do Direito, o que não significa que sejam os que mais se coadunam à vontade do legislador de 2002, ou mesmo que sejam os mais corretos.

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

O marco para o desenvolvimento da presente pesquisa afigura-se na recente 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 pelo regime de separação convencional de bens.

Toma-se por base o posicionamento dominante da doutrina civilista que se debruça sobre a temática, segundo o qual o cônjuge supérstite que fora casado sob a regência do regime de separação de bens convencionalizada não deve ser excluído do direito de concorrência com os descendentes, nos termos do art. 1.829, I do Código Civil vigente.

Nessa linha, seria o cônjuge sobrevivente içado à condição de herdeiro necessário do *de cuius*, ainda que não tenha sido este o desejo do casal. Afinal, os nubentes que elegem o regime de separação convencional de bens estipulam, consensualmente, a separação dos bens adquiridos antes, na vigência e findo o enlace conjugal, mediante pacto antenupcial lavrado em escritura pública, cuja natureza jurídica é, indubitavelmente, contratual.

Fundando-se em uma compreensão divergente, preceituada por Miguel Reale (2003) e condensada no acórdão do STJ citado alhures, há de se concluir que a doutrina majoritária não empresta ao art. 1.829, I do Códex a interpretação mais adequada.

Em assim sendo, a explicação da realidade pertinente ao direito de concorrência entre o cônjuge supérstite que fora casado sob o regime de separação convencional e os descendentes, contido no dispositivo em apreço, mostra-se diversa.

Desta feita, em decorrência de uma interpretação sistemática do art. 1.829, I, escoreita aos parâmetros fixados pelo Diploma Civil como um todo, deve-se entender que a separação convencional de bens, assim como a separação legal, de que trata o art. 1.641, possui aplicação fática obrigatória, inexistindo, sem óbices, o direito à concorrência com os descendentes.

A pedra angular deste estudo, é, portanto, a análise do regime matrimonial de separação convencional de bens sob uma perspectiva sistemática, a qual levará em consideração o Código Civil de 2002 e todo o ordenamento jurídico nacional vigente.

Procura-se, em um primeiro momento, conceituar, inclusive sob uma visão histórica, o regime de separação total pactuada, no contexto do Direito de Família. Compara-se aos demais regimes matrimoniais insertos no Código Civil de 2002, de maneira a comentar polêmicas que enfeixam o tema da separação de bens, a exemplo da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, sob a ótica do Direito Contratual, empreende-se uma análise pormenorizada do instrumento do contrato antenupcial, indispensável à adoção pelo regime de bens em epígrafe.

Por derradeiro, 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 da doutrina minoritária como contraponto ao entendimento dominante que atribui ao consorte sobrevivente a posição de herdeiro do autor da herança.

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

## 2 SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

### 2.1 Regimes de bens no Código Civil de 2002

Em consonância ao princípio da autonomia da vontade e da liberdade de escolha resguardados pelo Diploma Civil de 2002, pode-se afirmar que consistem os regimes de bens em “modelos pré-fabricados criados pelo legislador e disponibilizados aos nubentes” (DIAS, 2010, p. 220), para eleição.

Fala-se em eleição em vista do fato de que o direito fundamental à liberdade, de que trata a Carta Maior de 1988 em seu art. 5º, *caput*, é – ainda que não plenamente pelo que dispõe o art. 1.641 do CC/02 – assegurado pelo Códex no que tange ao regime de bens, de modo que aos cônjuges é facultado, segundo suas conveniências pessoais, eleger um dos regimes elencados na lei.

“Regimes de bens vem a ser, portanto, o complexo das normas que disciplinam as relações econômicas entre marido e mulher, durante o matrimônio.” (MONTEIRO, 1999, p. 149). Ou, nas palavras de Orlando Gomes, “o conjunto de regras aplicáveis à sociedade conjugal considerada sob o aspecto dos seus interesses patrimoniais.” (GOMES, 1987, p. 165).

A autonomia da vontade é assegurada aos noivos por força de lei, de tal sorte que o art. 1.639 do Códex de 2002 reza ser lícita, em momento prévio à celebração do casamento, a estipulação quanto aos bens dos consortes da maneira que lhes aprouver, sendo-lhes dada, inclusive, a faculdade de se adotar um regime peculiar, que conjugue elementos de mais de um regime de bens, em seus próprios termos, a ser estabelecido mediante pacto antenupcial.

Frise-se que a relevância prática da escolha efetuada pelos noivos quanto ao regime patrimonial somente será demonstrada após a dissolução do casamento, por morte, ou por ocasião do divórcio do par, casos em que será procedida a partilha dos bens.

São quatro os modelos de regimes de bens entre os cônjuges mencionados pelo legislador de 2002, conforme os arts. 1.639 a 1.688 do Código Civil Brasileiro.

O primeiro deles, o chamado regime legal, fixado entre os arts. 1.658 a 1.666, apresenta-se como a comunhão parcial de bens. Tal regime é aquele a ser observado quando silentes os noivos quanto à escolha do regime de bens, não tendo sido celebrada convenção antenupcial.

Exatamente por ocupar a posição de regime legal, figura a comunhão parcial como o regime “mais difundido no Brasil” (RODRIGUES, 2002, p. 196), de modo que se caracteriza por conter comunicação tão somente dos bens adquiridos na constância do casamento, sendo particulares os bens adquiridos pelos consortes antes do matrimônio, bem como aqueles adquiridos por causa “alheia ao casamento, como as doações e sucessões.” (RODRIGUES, 2002, p. 206).

A comunhão parcial implica, inclusive, em presunção de que os bens adquiridos na vigência do enlace conjugal tenham sido adquiridos por esforço comum. Esse é o entendimento uníssono apregoado pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Em contrapartida, o regime de comunhão universal de bens foi o vigente como regime legal em tempos idos, tendo a situação mudado de figura a partir da incorporação da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) ao ordenamento jurídico nacional, que previu ser o regime de comunhão parcial o prevalecente, na ausência de pacto antenupcial.

A comunhão universal, de acordo com os arts. 1.667 a 1.671 do CC, conforme Maria Berenice Dias (2010, p. 239), é o regime matrimonial que constitui uma universalidade singular, envolvendo a comunicação de todos os bens presentes e futuros adquiridos pelos consortes, seja a título oneroso, seja a título de doação ou herança. Em tal regime comunicam-se, por conseguinte, até mesmo as dívidas passivas.

Pouco adotado e difundido, o regime de participação final nos aquestos, abordado entre o art. 1.672 e 1.686 do Códex, é de difícil compreensão. Entretanto, pode-se afirmar, em linhas gerais, que por esse regime os consortes podem adquirir, durante o casamento, bens exclusivos de cada um, de modo que com o fim do matrimônio tocará a cada cônjuge seus bens particulares – adquiridos antes ou na constância do casamento – bem como metade dos bens amealhados em nome de ambos.

No que diz respeito à separação de bens, sabe-se que esta comporta duas espécies: a separação convencional e a separação legal. Uma vez que a separação de bens, em sua

modalidade convencional, constitui objeto maior e cerne do presente estudo, premente uma análise pormenorizada de tal instituto do direito civil.

## **2.2 Conceito de 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.”

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

Acrescente-se que apesar da regra geral de incomunicabilidade dos bens como consequência lógica do regime *sub examine*, o Códex dá fundamento legal à evidente convenção da sociedade contemporânea segundo a qual marido e mulher têm a obrigação de contribuir com as despesas do núcleo familiar, salvo convenção diversa no pacto antenupcial. É o teor do art. 1.688 daquele diploma, senão vejamos:

Art. 1.688. Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

Convém destacar, ainda, que, independentemente do regime de bens que venha a ser eleito pelo casal, as dívidas contraídas no concernente às necessidades da economia doméstica obrigam ambos os cônjuges, nos termos do art. 1.644<sup>1</sup> do Códex.

---

<sup>1</sup> Art. 1.644. As dívidas contraídas para os fins do artigo antecedente obrigam solidariamente ambos os cônjuges.

### 2.3 Evolução histórica

Já em 1916, quando o único vínculo familiar albergado pela lei era o casamento<sup>2</sup>, considerado indissolúvel e cujo regime concernente ao patrimônio era tido como imutável, o regime de separação convencional de bens existia no ordenamento jurídico pátrio.

O antigo Código Beviláqua condensava o referido regime matrimonial no art. 276, ao determinar:

Art. 276. Quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele, que os poderá livremente alienar, se forem móveis.

À época, o regime de separação convencional posicionava-se em nosso Direito Civil em um grupo no qual também figurava a comunhão universal, a qual se apresentava como o regime legal – até 1977, quando a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) definiu que não havendo pacto antenupcial, o regime seria o da comunhão parcial – da comunhão parcial, da separação legal e do regime dotal, consubstanciado no extinto dote<sup>3</sup>.

Como nos moldes atuais, o regime em comento caracterizava-se pela incomunicabilidade dos bens dos cônjuges, de modo que, para Orlando Gomes (1987, p. 193), os patrimônios deveriam permanecer separados quanto à propriedade, administração e até mesmo quanto ao gozo.

A separação de bens apresentava subdivisão, ainda, em pura e limitada. A primeira, absoluta, caracterizava-se por conduzir à incomunicabilidade dos bens de modo indistinto, englobando todo o acervo patrimonial dos consortes.

Em contrapartida, na separação limitada – que na prática apresentava-se como verdadeira comunhão parcial de bens – havia comunicação dos bens adquiridos na constância do enlace matrimonial.

<sup>2</sup> “O Código Civil de 1916, com o propósito de proteger a família constituída pelos *sagrados* laços do matrimônio, omitiu-se em regular as relações extramatrimoniais.” (DIAS, 2010, p. 167, grifo da autora).

<sup>3</sup> “Porção de bens que a mulher, ou alguém por ela, transfere ao marido, quando casa, para contribuição e concurso às despesas do casal.” (GOMES, 1987, p. 195). Cabe mencionar que o regime dotal foi suprimido de nosso Direito Privado com o Novo Código Civil, haja vista que “não alcançou, entre nós, a menor difusão.” (RODRIGUES, 2002, p. 196).

Ressaltava Washington de Barros Monteiro (1999, p. 182), contudo, que para que prevalecesse a separação pura, era absolutamente necessário que as partes se revelassem desejo explícito de afastar qualquer comunicação dos adquiridos na constância do matrimônio.

Afinal, consoante ao disposto no art. 259 do CC/16, ainda que o regime não fosse o de comunhão de bens, deveria prevalecer, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento.

Destaque-se, também, que, conforme se apura da literalidade da parte final do art. 276 supramencionado, os nubentes que optavam pelo regime de separação convencional de bens somente podiam alienar livremente seus bens móveis.

Mostrava-se necessária, destarte, a outorga conjugal para que fossem alienados ou gravados de ônus os bens imóveis.

Tal condição foi superada diante do disposto no art. 1.687 do Código Civil vigente, consolidado na Lei nº 10.406/02, o qual, em sua parte final, autoriza a disposição de bens – móveis ou imóveis – sem necessidade de outorga conjugal.

A regra do atual art. 1.688, a qual determina que ambos os cônjuges devem contribuir para as despesas do casal, na proporção de seus bens, por sua vez, origina-se do teor do art. 277 do CC/16, que rezava ser a mulher obrigada a contribuir para as despesas do casal com os rendimentos de seus bens, na proporção de seu valor, relativamente aos bens do marido, salvo estipulação em contrário no contrato antenupcial.

Sublinhe-se que a distinção entre as obrigações do homem e da mulher, na seara matrimonial, contida no referido dispositivo e em tantos outros do Código revogado, caiu por terra em face do importante § 5º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal devem ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

## 2.4 Separação convencional x 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.

Claramente, pode-se notar que tal dispositivo legal encontra-se totalmente desagregado dos demais que versam sobre os outros regimes de bens (comunhão universal, comunhão parcial, participação final nos aqüestos e separação convencional de bens), aos quais foram conferidos capítulos próprios no Código de 2002.

Nesta esteira, 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 anos<sup>4</sup> e III – para todos que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

---

<sup>4</sup> 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.

No concernente às causas suspensivas, tratadas no art. 1.523<sup>5</sup> do Códex, pode o magistrado afastar sua incidência a pedido dos noivos, nos contornos do parágrafo único do mesmo art. 1.523.

A vontade do legislador de 2002 provém da intenção do legislador de 1916 contida do art. 258, parágrafo único do Código Civil anterior, o qual preceituava ser obrigatório o regime da separação de bens do casamento: I – das pessoas que o celebrarem com infração ao art. 183, IX a XVI; II – do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos; III – do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, nos termos do art. 183, XI, com o consentimento do tutor e IV – de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, XI, 384, III, 426, I e 453).

Desde 1916, tem-se, assim, 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.

Muito se questiona quanto à constitucionalidade do dispositivo do CC/02 supracitado, mormente no que tange à imposição da separação legal para os maiores de setenta anos.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

<sup>6</sup> Nesse sentido, entende Maria Berenice que “para todas as outras previsões legais que impõem a mesma sanção, ao menos existem justificativas de ordem patrimonial. (...) Mas, com relação aos idosos, há presunção *jure et*

Ora, o inciso II do art. 1.641 cerceia, indubitavelmente, o direito fundamental à liberdade a que se refere o art. 5º, *caput*, da Carta Maior de 1988, ao não permitir a livre escolha concernente ao regime de bens a ser adotado quando do casamento por parte dos maiores de setenta anos. Por tal razão, conclui-se, inclusive, que resta ferido também o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se pode olvidar, todavia, que a intenção legislativa é das melhores. Parece nítido que o legislador de 2002 intentou tão somente dar guarida e proteção ao patrimônio daqueles que devem, por imposição legal, casar-se sob regência do regime de separação de bens.

Com fundamento nos acontecimentos do cotidiano atual, é certo que a limitação legislativa à liberdade de escolha quanto ao regime de bens, *in casu*, resta por inibir a prática dos não incomuns golpes e ações similares praticados por indivíduos de má-fé, que visem, por meio do casamento, a apropriação indevida e a dilapidação do patrimônio das pessoas elencadas nos incisos do art. 1.641, inclusive do maior de setenta anos.

Impende destacar, finalmente, que “a possibilidade de alteração do regime de bens entre os cônjuges, positivada no art. 1.639, §2º do CC, somente pode se dar quando as partes efetivamente puderem optar por um dos regimes existentes.” (Apelação cível nº 676-75.2009.8.06.0167/1-CE, Relator: Desembargador Suenon Bastos Mota, julgado em 14/07/2011).

Assim sendo, as múltiplas demandas judiciais cujo pedido é a alteração do regime de separação legal devem ser julgadas, em regra, improcedentes. É nessa esteira a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará:

DIREITO CIVIL. CASAMENTO. REGIME DE BENS. ALTERAÇÃO. CÔNJUGE VARÃO IDOSO. NÚPCIAS CONTRAÍDAS COM MAIS DE 70 ANOS DE IDADE. OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. MODIFICAÇÃO. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 1.641, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. SÚMULA 377 DO STF. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. REMESSA OFICIAL E APELO CONHECIDOS E IMPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. UNANIMIDADE (Apelação cível nº 2085-40.2009.8.06.0053/1, Relator: Desembargadora SÉrgia Maria Mendonça Miranda, julgado em 13/04/2011).

---

*jure* de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém (...) para (...) subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento.” (DIAS, 2010, p. 247).

## 2.5 A polêmica Súmula 377 do STF

Notoriamente polêmico é o conteúdo da súmula 377 do Excelso Supremo Tribunal Federal, a qual prescreve, sem maiores delongas, que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

Tal súmula, inexoravelmente, tem gerado significativas controvérsias não só nos tribunais, mas também entre os doutrinadores que se debruçam sobre o direito sucessório, entre os advogados que atuam na área e, obviamente, na academia jurídica.

As controvérsias – vale frisar – não surgiram em momento recente, ou mesmo posterior à Lei nº 10.406/02, consubstanciada no Código Civil em vigor. Em verdade, remetem-se ao momento em que a referida súmula fora incorporada ao ordenamento jurídico nacional, ou seja, ao longínquo ano de 1964.

A súmula 377, como é sabido, foi editada pelo STF em correspondência ao já revogado art. 259 do Código Civil de 1916, “embora a sua jurisprudência não fosse firme, nem constante.”<sup>7</sup> (RODRIGUES, 2002, p. 189).

O art. 259 do Diploma Civil revogado assim prescrevia:

Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.

Da inteligência do dispositivo em apreço, depreende-se que ainda que o regime adotado fosse o da separação de bens, deveria prevalecer a comunicação dos bens amealhados durante o enlace matrimonial. Nota-se, também, com embasamento na expressão “no silêncio do contrato”, que a produção dos efeitos da mencionada regra somente incidiria sobre o regime de separação pactuado entre os noivos, ou seja, o convencional. Era neste sentido a interpretação da melhor doutrina civilista.

O art. 259, à época do CC de 1916, já se apresentava como objeto de críticas doutrinárias. É o entendimento esposado por Silvio Rodrigues (2002, p. 186), que afirma:

<sup>7</sup> Silvio Rodrigues aduz que “os acórdãos de onde se extraiu a Súmula não são veementes nem torrenciais ao acolher a tese nela constante.” (RODRIGUES, 2002, p. 189).

Ora, aplicando-se a regra do art. 259, ocorre o seguinte absurdo: embora os nubentes hajam declarado, no pacto antenupcial, que escolhem o regime da separação de bens, na realidade estarão de casando pelo regime da comunhão parcial, a menos que reiterem que também os adquiridos não se comuniquem (...).

E conclui:

Tal regra, que surge como um alçapão posto na lei para ludibriar a boa-fé dos nubentes e conduzi-los a um regime de bens não desejado, só encontra explicação na indisfarçável preferência do legislador de 1916 pelo regime de comunhão e na sua desmedida tutela de interesse particular, injustificável em assunto que não diz respeito à ordem pública. (RODRIGUES, 2002, p. 186).

Não obstante fosse o art. 259 incongruente com a própria idéia de separação de bens, tal dispositivo legal redundou na edição a súmula 377 sob análise, a qual, conforme exposto, atribuiu a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento também ao regime de separação legal.

Nesse contexto, a separação de bens *lato sensu*, abarcando tanto a legal quanto a convencional, passou a figurar, no plano fático, nos moldes de uma verdadeira comunhão parcial. Mesmo que no registro cartorário do matrimônio constasse o regime de separação, quando aquele fosse dissolvido aplicar-se-ia, concretamente, os ditames relativos à comunhão parcial de bens, com a conseqüente comunicação dos aqüestos.

Revogado o Código Beviláqua e substituído, em 2002, pelo Código Reale, o art. 259 foi exterminado da lei civil. A súmula 377, todavia, continuou a ser aplicada pelo Judiciário, somente quanto ao regime de separação legal, de que trata o atual art. 1.641.

Revela-se a aplicabilidade prática da súmula em comento ao regime de separação legal em decisões do Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme dão conta os seguintes acórdãos:

DIREITO CIVIL. REGIME LEGAL DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. AQUESTOS. SÚMULA 377. ESFORÇO COMUM. 1. A viúva foi casada com o *de cujus* por aproximadamente 40 (quarenta) anos, pelo regime da separação de bens, por imposição do art. 258, parágrafo único, I, do Código Civil de 1916. 2. Nestas circunstâncias, incide a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que, por sinal, não cogita de esforço comum, presumido neste caso, segundo entendimento pretoriano majoritário. 3. Recurso especial não conhecido (REsp 154.896/RJ, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 20/11/2003).

CASAMENTO. Regime de bens. Separação legal. Aqüestos. Comunicação. Comunicam-se os aqüestos adquiridos na vigência do regime de separação legal. Recurso não conhecido (REsp 442.165/RS, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 05/09/2002).

No regime de separação convencional, como exposto, não merece prevalecer a aplicação da mencionada súmula. É nessa linha o teor dos seguintes acórdãos de origem do Tribunal de Justiça de São Paulo:

PROTESTO CONTRA ALIENAÇÃO DE BENS - Ação de indenização ainda em curso - Indeferimento por falta de interesse - Direito preexistente, independentemente de reconhecimento por sentença condenatória - Averbação em matrícula que decorre do poder geral de cautela do juiz Precedentes do STJ - Requerido que é, no entanto, casado em regime da separação de bens - Imóvel de propriedade exclusiva da esposa dele - *Pacto antenupcial que estabelece a incomunicabilidade de bens e dívidas - Prevalência do princípio da autonomia de vontades - Inaplicabilidade da súmula 377 do STF ao regime convencional da separação de bens, incidindo apenas no obrigatório* - Ausência de interesse na medida mantido - Recurso improvido. (Apelação cível nº 0050796-20.2008.8.26.0000, Relator: Desembargador Milton Carvalho, 31ª Câmara de Direito Privado, julgado em 07/12/2010, sem grifos no original).

USUCAPIÃO - Apelação do cônjuge visando nulidade, por não ter integrado a lide - *Separação total de bens, com pacto antenupcial - Inaplicabilidade da Súmula 377 STF* - Falta de interesse do contestante - Prejudicada análise do mérito – Recurso não conhecido. (Apelação cível nº 0120387-74.2005.8.26.0000, Relator: Desembargador Silvério Ribeiro, 5ª Câmara de Direito Privado, julgado em 22/02/2006, sem grifos no original).

Sem óbices, percebe-se, no que tange à separação legal de bens, que, basicamente, a súmula do STF “alterou este (...) regime para o da comunhão parcial.” (DIAS, 2008, p. 156).

Sublinhe-se, ainda, que “nesse regime os aqüestos adquiridos na constância do matrimônio comunicam-se independentemente de prova de serem fruto do esforço comum.” (CARVALHO, 2009, p. 53). É nessa esteira o entendimento albergado pelo STJ, consoante ao primeiro acórdão supracitado.

A presunção de esforço comum na aquisição dos bens na constância marital defendida pelo STJ, porém, não é pacificamente aceita pela doutrina. Silvio Rodrigues (2002, p. 190) é um dos doutrinadores que lecionam que se deve ser:

(...) comprovado o esforço comum dos cônjuges, decorrendo daí uma sociedade de fato sobre o patrimônio incrementado em nome de apenas um dos consortes. Mas a comunhão pura e simples, por presunção de participação sobre os bens adquiridos a título oneroso, como se faz no regime legal, (...) deixa de encontrar fundamento legal.

Acrescente-se que a desnecessidade de prova de esforço comum na aquisição dos bens pode desembocar em certos casos, inclusive, no enriquecimento sem causa de um dos consortes.<sup>8</sup>

A despeito da irrefutável utilização prática da súmula 377 no Poder Judiciário, como ficou demonstrado, tal súmula mostra-se totalmente incompatível com as regras gerais do Código Civil de 2002, podendo-se afirmar, ainda, que não foi recepcionada pelo novo ordenamento civil.

Afinal, a separação dos bens imposta pelo art. 1.641 do Códex resta sem razão de ser, já que, *na práxis*, o que incide é uma real comunhão parcial, como bem reconhece a doutrina civilista. A súmula 377, portanto, promove nada mais que uma alteração silente do regime de bens que rege o matrimônio, de forma a colidir frontalmente com o que dispõe o art. 1.639, § 2º do CC/02.<sup>9</sup>

Por essa razão, não se pode admitir que um entendimento jurisprudencial sumulado, datado de 1964, em um contexto legal diverso, e embasado em um dispositivo sem correspondência no Código Civil em vigor – o art. 259 do CC/16 – seja ainda dotado de aplicabilidade no cenário jurídico nacional.

Se o legislador de 2002 determinou a separação dos bens sobre os casamentos realizados pelas pessoas elencadas no art. 1.641, não se pode permitir que uma súmula anterior ao Diploma Civil vigente altere completamente o sentido de tal determinação. Ora, para a efetiva modificação do sentido do disposto no art. 1.641, sequer houve um estudo hermenêutico com o fim de se captar o sentido específico do dispositivo, por parte dos ministros do STF.

Posicionamentos contrários – largamente adotados por nossos tribunais – representam retrocesso inaceitável, que deve ser de pronto superado, através de uma revogação clara da malsinada súmula.

---

<sup>8</sup> José Fernando Simão explica que “a Súmula 377 não evita o enriquecimento sem causa, mas contrariamente, gera o enriquecimento sem causa. Isso porque, em razão da Súmula a comunhão dos aqüestos é considerada automática, independentemente da prova de esforço comum. Assim, se um senhor de 90 anos se casa com uma moça de 18 anos, pelo regime da separação obrigatória em razão da idade, e depois de casado adquire uma casa e um carro, os bens são considerados aqüestos em decorrência da súmula e a jovem nubente terá direito automaticamente à meação.”

<sup>9</sup> Pelo art. 1.639, § 2º somente se admite a alteração do regime de bens no curso do casamento, mediante pedido motivado de ambos os cônjuges e uma conseqüente autorização judicial, ressalvados os direitos de terceiros.

### 3 PACTO ANTENUPCIAL

#### 3.1 Conceito

“Os atos, pelos quais os esposos fixam previamente o regime de bens segundo o qual querem casar-se recebem indistintamente as denominações de pactos antenupciais, convenções matrimoniais ou pactos dotais<sup>10</sup>.” (PEREIRA, 2004, p. 135).

Em outras palavras, “a escolha do regime matrimonial efetua-se ordinariamente por convenção, que se denomina pacto antenupcial.” (MONTEIRO, 1999, p. 153). Tal escolha, portanto, “é firmada pelos nubentes, que são os interessados no regime econômico de seu matrimônio.” (PEREIRA, 2004, p. 209).

Pelo exposto no primeiro capítulo deste trabalho, percebe-se a basilar importância que carrega o instrumento do pacto antenupcial, no que se refere à estipulação do regime patrimonial que regerá o casamento.

Afinal, obrigatoriamente deve-se lançar mão de uma convenção antenupcial sempre que os nubentes optarem por um regime de bens diverso do legal, que, consoante ao exposto alhures, se apresenta como a comunhão parcial de bens.

A necessidade de pacto antenupcial é incidente, pois, não só sobre o regime de separação convencional de bens, objeto deste estudo, mas também sobre o regime de participação final nos aquestos e sobre o regime de comunhão universal de bens.

Quanto ao regime de separação legal, vale recordar que é imposto por lei, de maneira que, por óbvio, não carece de estipulação antenupcial concernente aos bens. Desta

---

<sup>10</sup> Ressalte-se, mais uma vez, que o regime dotal mostra-se obsoleto nos dias atuais em virtude da revogação do Código Civil de 1916. Aliás, na vigência do Código Beviláqua, “não se tem notícia de ter sido utilizado.” (DIAS, 2010, P. 218). Entretanto, Caio Mário (2004, p. 208) ressalva que “havendo o Código abolido o regime dotal, não cabe a opção por ele, a não ser que os nubentes, no uso da liberdade de realizar o pacto, o instituíam, discriminando-o em cláusulas contratuais.”

sorte, “será ineficaz o pacto realizado pelos nubentes incursos nas hipóteses do art. 1.641.” (PEREIRA, 2004, p. 208).

Por meio do pacto, poderão os noivos optar, ainda, por um regime misto, híbrido, que contenha disposições por eles estipuladas por eles mesmos e inerentes a mais de um regime matrimonial de que trata o CC.

Caio Mário (2004, p. 212) adverte que até mesmo quando o regime adotado foi o da comunhão parcial é possível o perfazimento de pacto antenupcial. Afinal, se desejarem os noivos a preservação da incomunicabilidade de certos valores próprios trazidos para o casamento, deverão precaver-se pela via da escritura antenupcial.

A despeito da evidente relevância do instituto do pacto antenupcial, que possibilita a própria existência dos vários regimes de bens a que se refere o Código Civil, não se pode negar que o “pacto antenupcial *não* constitui prática freqüente, sendo raras as iniciativas neste sentido. (...) É que, em nenhuma hipótese, a celebração do pacto constitui um dever, apenas mera faculdade dos nubentes.” (NADER, 2008, p. 370, sem grifo no original).

Ademais, o desejo dos nubentes voltado à celebração de pacto antenupcial anterior ao casamento requer, por parte desses, o atendimento a uma série de formalidades expressas na lei, conforme veremos a seguir. Exatamente por essa razão, o regime de comunhão parcial de bens se apresenta, indubitavelmente, como o mais adotado no País.

Dispunha o art. 256 do Código Civil de 1916 ser lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouvesse. Tal regra, que se refere de maneira clara, ao pacto antenupcial, foi reproduzida plenamente no art. 1.639, *caput*, do Diploma de 2002. Atualmente, o instrumento *sub oculi* encontra-se regulado pelos arts. 1.653 a 1.657.

### **3.2 Regime jurídico**

Adverte Maria Berenice Dias (2010, p. 232), no que concerne à convenção antenupcial, que “divergências há sobre a natureza jurídica desse instituto. Boa parte da

doutrina o considera um contrato; outros, um negócio jurídico. Ainda assim é chamado de contrato matrimonial.”

Tais divergências são despidas de efetiva relevância prática, haja vista que o Direito Contratual nos esclarece satisfatoriamente que “o contrato é uma espécie de negócio jurídico que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas partes.” (GONÇALVES, 2008, p. 2). O conceito em epígrafe demonstra perfeita adequação ao instrumento do pacto antenupcial.

Acordo de vontades ou negócio jurídico bilateral de Direito de Família que é, nas palavras de Paulo Nader (2008, p. 370), pode-se afirmar que o “pacto antenupcial é o *contrato solene*, realizado antes do casamento, por meio do qual as partes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre elas, durante o matrimônio.” (RODRIGUES, 2002, p. 173, sem grifo no original).

Na mesma esteira, Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 208) aduz que “a natureza jurídica do pacto antenupcial é inequivocadamente contratual (...).”

Em sendo um contrato solene, é certo que o pacto que precede as núpcias necessita de forma especial. O art. 1.653 do CC/02 esclarece, nesse sentido, que: “É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.”

Da primeira parte do dispositivo, percebe-se que “o ato público é assim exigido *ad solemnitatem*; não é possível convencionar-se o regime matrimonial através de simples instrumento particular.” (MONTEIRO, 1999, p. 153). Ou seja, a forma expressamente exigida na lei civil é a escritura pública, de modo que “não valerá, pois, sendo estipulado por outra *forma*.” (GOMES, 1987, p. 170, grifo do autor).

A essencialidade de lavratura em escritura pública “é natural, pois o pacto antenupcial cuida normalmente de bens sujeitos a registro, como os imóveis” (ROQUE, 2004, p. 199), e leva em conta a “necessidade de dar maior firmeza e segurança a esses pactos, os quais, pela importância dos direitos que regulam, interessam profundamente à sociedade civil.” (PEREIRA, 2004, p. 137).

Alguns autores afirmam, inclusive, que o caráter contratual e, conseqüentemente, obrigacional das estipulações antenupciais não lhe esgotam o sentido. Assim, Arnaldo Rizzardo (2007, p. 627) reproduz o posicionamento de Orlando Gomes (1987, p. 169-170) e

assevera que o pacto antenupcial “revela um conteúdo institucional, ou seja, se eleva à categoria de instituição, pois submetido à regulamentação de rígidos princípios, que as partes não podem alterar.”

A atribuição de um caráter institucional e a conseqüente vedação a eventuais alterações ao pacto antenupcial, não se mostra congruente à sistemática do Códex em vigor, mais precisamente ao que dispõe o art. 1.639, § 2º.

Tal dispositivo permite, judicialmente, que se altere o regime de bens no curso do casamento, desde que com fundamento em pedido motivado de ambos os cônjuges, ressalvados os direitos de terceiros.

Ora, se o pacto em apreço se presta exatamente a estabelecer o regime de bens que regerá o futuro matrimônio, conclui-se, facilmente, que se o regime de bens pode ser modificado, o pacto antenupcial também o pode.

Mais prudente, portanto, adotar a posição majoritária, para a qual o pacto matrimonial é dotado puramente de natureza jurídica de contrato, de modo que “forma-se mediante declaração de vontade do casal, visando à produção de efeitos jurídicos de conteúdo econômico.” (NADER, 2008, p. 370).

A natureza jurídica de contrato solene inerente ao instrumento em análise<sup>11</sup> – ainda que o pacto antenupcial não figure como espécie de contrato nos diversos manuais de Direito Contratual, ao lado da compra e venda, doação, empreitada, prestação de serviços, depósito, locação, dentre tantos outros – é inegável e afirmada com firmeza pela maior parte da doutrina.

Afinal, com fundamento na autonomia da vontade nos nubentes, se encaixa a avença antenupcial em todos os conceitos<sup>12</sup> e postulados enunciados pelo Direito Contratual e, sem dúvidas, “repousa na idéia de um pressuposto de fato querido pelos contraentes e

---

<sup>11</sup> Nos Estados Unidos da América, os pactos antenupciais são bastante difundidos, até mesmo entre as classes que menos têm acesso à educação. Os *prenuptial agreements* ou simplesmente *prenups* são muito adotados para que regulem casamentos de nubentes com vasto patrimônio, a exemplo das celebridades norte-americanas, daí a enorme divulgação midiática. Para os americanos, não restam dúvidas de que o pacto em comento se trata de um acerto *contratual* que precede a união conjugal.

<sup>12</sup> A idéia de pacto antenupcial coaduna-se perfeitamente ao próprio conceito de contrato apregoado por Clóvis Beviláqua e reproduzido por diversos autores que se debruçam sobre a temática: contrato e, por conseguinte, pacto antenupcial, seria o “acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.” (1950 *apud* GONÇALVES, 2008, p. 2).

reconhecido pela norma jurídica como base do efeito jurídico perseguido.” (DINIZ, 2007, p. 14).

### 3.3 Disciplina legal

Por possuir natureza jurídica contratual, o pacto antenupcial deve obedecer não somente ao que prevê o Código Civil de 2002 entre os arts. 1.653 a 1.657. Inicialmente, há de submeter-se às condições de validade que devem se fazer presentes em todos os tipos contratuais.

O art. 104 do Códex elenca os requisitos de validade dos negócios jurídicos, perfeitamente aplicáveis aos contratos, tendo em vista que os contratos configuram espécies do gênero negócio jurídico. Claramente, tal dispositivo incide sobre a avença antenupcial, de maneira que o pacto somente produzirá seus regulares efeitos se produzido por agentes capazes, se seu objeto for lícito, possível, determinado ou determinável e se adotar forma prescrita ou não defesa em lei.

A forma pertinente ao pacto que precede o casamento e regerá o acervo patrimonial dos nubentes é, na classificação de Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 18-19), uma forma especial ou solene. A solenidade *in casu* funda-se na já comentada lavratura de escritura pública<sup>13</sup> que deve seguir o pacto antenupcial (art. 1.653).

Cumprе mencionar, ainda, que “as convenções antenupciais constituem negócio condicional, pois sua eficácia fica submetida à ocorrência do casamento (CC/1916, art. 256, parágrafo único, II; CC/2002, art. 1.653).” (RODRIGUES, 2002, p. 174). Submete-se, pois, o pacto antenupcial à condição suspensiva de que o casamento efetivamente ocorra<sup>14</sup>. Somente após o enlace matrimonial poderá a avença produzir efeitos.

---

<sup>13</sup> Maria Berenice Dias (2010, p. 232) lembra que “como é possível casamento por procuração (CC art. 1.535), nada obsta que o pacto também seja firmado por procurador com poderes especiais.”

<sup>14</sup> Afinal, como bem recorda Paulo Nader (2008, p. 370), “o casamento (...) é sempre um acontecimento futuro e incerto, pois passível de desistência.”

A doutrina é uníssona ao afirmar que inexistente para o pacto antenupcial qualquer prazo de validade. O casamento, destarte, pode ser realizado a qualquer tempo, conduzindo o pacto outrora firmado a um patamar de eficácia no plano fático. Obviamente, entretanto, “caducará, sem necessidade de qualquer pronunciamento judicial, se um dos nubentes vem a falecer, ou se se casa com outra pessoa – *si nuptiae non fuerint secutae*.” (PEREIRA, 2004, p. 208).

No que tange ao elemento subjetivo do contrato antenupcial, deve-se seguir à risca aos requisitos de validade que incidem sobre todos os tipos contratuais. Assim, carece o pacto matrimonial de: “existência de duas ou mais pessoas (...); capacidade genérica das partes contratantes para praticar os atos da vida civil (...); aptidão específica para contratar (...); e consentimento das partes contratantes (...).” (DINIZ, 2007, p. 17).

Apresenta-se como caso particular o pacto antenupcial realizado por menor. Nesta medida, o Código Civil de 2002 estabelece, de maneira peculiar, em seu art. 1.654, que a eficácia do pacto antenupcial nesses casos condiciona-se à aprovação do representante legal do menor, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens.

Nesses termos, se um ou ambos os nubentes são menores e desejam estipular o pacto, não há qualquer vedação legal. A lei ressalva apenas que um representante legal<sup>15</sup> deve aprovar o contrato pré-nupcial.

Portanto, o menor de dezoito anos pode casar-se, devendo, porém, “praticar o ato assistido pela pessoa a quem compete a autorização para o casamento.” (NADER, 2008, p. 374). Em tais casos, a incidência do regime de separação legal de bens (art. 1.641, CC) não se dará de maneira indistinta. Em verdade, somente deve-se adotar o regime da separação total imposta pela lei se o casamento dependeu de suprimento judicial, isto é, se os genitores não autorizaram a união matrimonial.

Ademais, afigura-se óbvio que “se o menor necessitar da aprovação para casar, é natural que também a precise para o pacto.” (ROQUE, 2004, p. 199).

Finalmente, o objeto do contrato antenupcial deve ser, de forma geral, conforme o supracitado art. 104 do CC, lícito, possível, determinado ou determinável. Reiterando o teor

---

<sup>15</sup> Observa Maria Berenice (2010, p. 234) que o art. 1.654 “fala somente em representante legal. Como qualquer dos pais representa o filho menor, basta a aprovação de apenas um deles para o pacto ter validade.”

de tais condições, determina o art. 1.655 do Código Civil que seja nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.

De maneira geral, assim, as cláusulas do pacto devem ser estipuladas pelos nubentes em conformidade à lei. Não podem, pois, colidir com dispositivos de direito privado e público, mormente de cunho constitucional. Sebastião José Roque (2004, p. 199) recorda que “aliás, não só o pacto antenupcial deve amoldar-se à lei, mas toda convenção entre partes privadas, donde o velho aforismo romano: *Jus publicum privatorum pactis derogare non potest* (pacto entre pessoas privadas não pode derogar lei de ordem pública).”

Ainda na vigência do Código de 1916, Lafayette Rodrigues Pereira apresentava uma idéia central das cláusulas proibidas nos pactos que antecedem o casamento. Afirmava (2004, p. 140) que “não é permitido inserir nos pactos antenupciais cláusulas e estipulações que repugnem à natureza e aos fins do casamento, ou que sejam contrárias aos bons costumes e aos princípios de direito que não podem ser alterados pela vontade das partes.”

Lafayette (2004, p. 140-141) difundia, já à sua época, que cláusulas que colidissem com a idéia geral de bons costumes e princípios gerais de direito não poderiam operar quaisquer efeitos, devendo ser “reputadas como não escritas.” E exemplificava como cláusulas proibidas “as que consagram quaisquer pactos sucessórios ou alteram de qualquer modo a ordem legal do direito de sucessão necessária, quer em relação aos cônjuges, quer em relação aos filhos que deles nascerem.”

Mais especificamente, Orlando Gomes (1987, p. 170) entendia que, por ser um negócio dispositivo, o conteúdo do pacto não comporta cláusulas que não versem sobre o patrimônio dos cônjuges, de sorte que “não se admitem estipulações a respeito de relações pessoais dos cônjuges, nem mesmo as de caráter patrimonial que não digam respeito exclusivamente ao regime de bens.”

Compartilhando do mesmo pensamento, Washington de Barros Monteiro (1999, p. 156-157) afirmou que “devem os nubentes ater-se, tão somente, às *relações econômicas*, não podendo ser objeto de qualquer estipulação os direitos conjugais, paternos e maternos.” (grifo do autor).

Em contrapartida, Maria Berenice (2010, p. 233) posiciona-se no sentido de que “nada impede que os noivos disciplinem também questões não patrimoniais. Ora, se a lei

impõe deveres e assegura direitos ao par, não há qualquer impedimento a que estipulem encargos outros, inclusive sobre questões domésticas.”

A referida autora exemplifica: “Assim, pode ficar definido, por exemplo, quem irá ao supermercado, bem como ficar consignado que é proibido fumar no quarto, deixar roupas pelo chão, etc.”

Igualmente, Caio Mário (2004, p. 211) aduz que “os nubentes podem estabelecer o que interessa ao seu regime de bens, ou matérias outras pertinentes à sua vida conjugal.”

A divergência de opiniões doutrinárias quanto à natureza puramente econômica ou não das cláusulas que compõem o pacto pré-nupcial encontra solução na natureza jurídica contratual do pacto em comento e no teor art. 104 do Diploma Civil.

Sendo assim, desde que o objeto da avença seja lícito, possível, determinado ou determinável, o negócio jurídico será válido, podendo-se vislumbrar, sim, a possibilidade de inserção de cláusulas que não digam respeito a questões exclusivamente patrimoniais.

No que tange, por sua vez, às cláusulas que visem a modificação de matérias consideradas de ordem pública, como a ordem de vocação hereditária e o regular exercício do poder familiar, entende a doutrina majoritária que não podem ser objeto de avenças antenupciais.

Afinal, são de ordem pública “as regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social, política e econômica da Nação. Não admitindo derrogação, compõem leis que proíbem ou ordenam cerceando nos seus limites a liberdade de todos.” (PEREIRA, 2003 *apud* GONÇALVES, 2008, p. 24).

Beviláqua ensinava, entretanto, que “a impossibilidade de modificação da ordem sucessória não veda (...) algumas cláusulas sobre sucessão, desde que não prejudiquem terceiros<sup>16</sup>.” (1958 *apud* NADER, 2008, p. 375).

---

<sup>16</sup> Washington de Barros Monteiro (1999, p. 158) demonstra opinião diversa, com embasamento no art. 1.089 do CC de 16, ao afirmar que “embora afirme Clóvis que nos contratos antenupciais lícito é aos cônjuges regularem a recíproca sucessão, infringe tal faculdade, inquestionavelmente, aludido preceito da lei civil. Toda a matéria sucessória é de ordem pública, insuscetível, pois, de modificação ou derrogação pelas partes.” O referido dispositivo foi reproduzido no atual Código em seu art. 426, que reza não poder ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de não permitir que avenças antenupciais alterem a ordem de vocação hereditária, com fundamento no art. 1.655 do Códex, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL - SUCESSÃO - CÔNJUGE SUPÉRSTITE - CONCORRÊNCIA COM ASCENDENTE, INDEPENDENTE O REGIME DE BENS ADOTADO NO CASAMENTO - PACTO ANTENUPCIAL - EXCLUSÃO DO SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO DO DE CUJUS - NULIDADE DA CLÁUSULA - RECURSO IMPROVIDO. (REsp 954567/PE, Relator: Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 10/05/2011).

Divergências à parte, deve-se concluir que “a liberdade de ajuste (...) não é ilimitada.” (RODRIGUES, 2002, p. 175). Como exposto, o pacto antenupcial se presta a regular questões referentes ao patrimônio dos nubentes. Há quem defenda, todavia, que podem ser objeto de convenção antenupcial questões outras, que não digam respeito especificamente ao regime de bens adotado.

O certo é que as estipulações insertas no contrato antenupcial limitam-se aos termos da lei civil, de sorte que aquelas que contravenham disposição absoluta de lei não merecem prosperar, sendo consideradas nulas. Nesse sentido, cumpre sublinhar que “a nulidade pode alcançar apenas determinada cláusula ou o pacto como um todo.” (NADER, 2008, p. 374).

### **3.4 Necessidade de registro em cartório**

O art. 1.657 do Código Civil em vigor exprime que “As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em Livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.”

É clara a lei civil ao estabelecer a regra segundo a qual os contratos pré-nupciais somente valerão perante terceiros se devidamente inscritos no Registro de Imóveis.

“Mas a ausência de inscrição não induz nulidade do ato, que subsiste em relação aos cônjuges e herdeiros. A influência resumir-se-á nas relações com terceiros.” (MONTEIRO, 1999, p. 159).

Os filhos do casal, portanto, não são tidos como terceiros, de sorte que, conforme Carvalho Santos (1953 *apud* NADER, 2008, p. 376), “os pactos produzem efeitos em relação a eles, ainda que não registrados.”

A Lei nº 6.015/73, que versa sobre os registros públicos do País, coaduna-se ao disposto na Consolidação das Leis Cíveis, na medida em que seu art. 167, I, 12, determina que no Registro de Imóveis, além da matrícula, devem ser feitos o registro das convenções antenupciais.

O art. 244 da mencionada lei reza, por sua vez, que:

Art. 244. As escrituras antenupciais serão registradas no livro nº 3 do cartório do domicílio conjugal, sem prejuízo de sua averbação obrigatória no lugar da situação dos imóveis de propriedade do casal, ou dos que forem sendo adquiridos e sujeitos a regime de bens diverso do comum, com a declaração das respectivas cláusulas, para ciência de terceiros.

Tais disposições indicam que “o ato deve ser praticado após a celebração do casamento, até porque antes disso o pacto é ineficaz.” (DIAS, 2010, p. 234).

Ademais, em consonância à lição de Paulo Nader (2008, p. 375), da leitura do art. 244 da LRP, denota-se que o registro das escrituras pré-nupciais deve ser procedido não no lugar onde os imóveis se localizam ou onde deverá ser celebrado o casamento, mas no cartório do domicílio dos cônjuges.

Concluindo, cabe lembrar que “em caso de alteração do pacto, necessariamente o ato deverá ser objeto de averbação, sob pena de o anterior prevalecer em relação a terceiros.” (NADER, 2008, p. 375).

### **3.5 Princípios regedores**

Tendo em vista que o pacto antenupcial ocupa a posição de negócio jurídico contratual em nosso ordenamento jurídico, afigura-se óbvio que tenha de obedecer, além dos requisitos de validade inerentes ao negócio jurídico (art. 104, CC) e do que dispõe o Código Civil nos art. 1.653 a 1.657, os princípios gerais de Direito Contratual.

Desse modo, os princípios fundamentais das obrigações contratuais, consubstanciados, segundo a melhor doutrina, na autonomia da vontade – limitada pela supremacia da ordem pública –; no consensualismo; na relatividade dos efeitos do contrato; na força obrigatória dos contratos e na boa-fé contratual não de incidir sobre as convenções pré-nupciais.

Observa-se que as regras específicas contidas no capítulo atinente ao pacto antenupcial do CC/02, arroladas entre os arts. 1.653 a 1.657 condensam, de maneira geral, tais princípios, de modo a imprimir-lhes um sentido ainda mais claro.

Paulo Nader (2008, p. 371) enfatiza, inclusive, que “tendo em vista a patrimonialidade de seu objeto, os pactos não exigem flexibilidade na aplicação da teoria dos negócios jurídicos<sup>17</sup>, como ocorre, em geral, nos institutos de Direito de Família.”

### 3.5.1 Autonomia da vontade

A autonomia da vontade entre as partes contratantes surge como implicação do direito à liberdade, abordado no art. 5º, *caput* da Constituição da República.

Pode-se afirmar que tal princípio remonta à idéia de liberdade prelecionada por Montesquieu, um dos grandes filósofos do Liberalismo Jurídico, em sua obra “O espírito das leis” (1996). Obviamente, contudo, o pensamento original do filósofo francês, configurado na premissa de que “liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem” (1996, p. 166), foi adequado ao contexto social contemporâneo, de sorte que a liberdade do cidadão foi erigida à categoria de direito fundamental.

A “liceidade da livre estipulação”, nas palavras de Silvio Rodrigues (2002, p. 174) inerente aos pactos antenupciais e positivada no art. 1.639 do Diploma Civil, segundo o qual é lícito aos nubentes estipular quanto aos seus bens o que lhes aprouver, apresenta-se,

---

<sup>17</sup> Inexoravelmente, pode-se afirmar que a teoria dos negócios jurídicos engloba os princípios fundamentais do Direito Contratual. Afinal, os contratos, consoante ao já exposto, figuram como espécie do gênero negócio jurídico.

inquestionavelmente, como a incidência do princípio *sub examine* na seara dos contratos antenupciais.

Frise-se, por necessário, que a autonomia da vontade dos contratantes, *in casu* os nubentes, sujeita-se à supremacia da ordem pública, que “veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes.” (DINIZ, 2007, p. 23).

A limitação dos contratos pré-nupciais ao princípio da supremacia da ordem pública amolda-se ao contido no já comentado art. 1.655 do CC vigente. Assim, a disposição que determina ser nula a convenção ou cláusula que contravenha disposição absoluta de lei proíbe o malferimento das normas consideradas de ordem pública.

### 3.5.2 Consensualismo

O princípio do consensualismo refere-se ao acordo de vontades necessário ao perfazimento do contrato antenupcial.

É certo, porém, que o consentimento demonstrado pelos nubentes condiciona-se à forma prescrita na lei – qual seja, a escritura pública devidamente registrada em cartório – para que produza os efeitos intentados.

Acerca do princípio em tela, Carlos Alberto Bittar (1994 *apud* GONÇALVES, 2008, p. 26) enfatiza que o simples consenso, já que advindo da liberdade, vincula as partes e, pertinentemente, pondera que o princípio do consensualismo funda-se nos pilares do respeito à palavra dada e da confiança recíproca entre as partes contratantes.

### 3.5.3 Relatividade dos efeitos do contrato

O princípio da relatividade contratual (*Lex inter partes*) funda-se na máxima de que o contrato vincula somente as partes contraentes, e não terceiros estranhos à relação jurídica.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 27), tal princípio tem origem no art. 928 do Código Civil de 1916, que prescrevia: “A obrigação, não sendo personalíssima, opera assim entre as partes, como entre seus herdeiros.”

No que diz respeito ao pacto antenupcial, o princípio da relatividade dos efeitos, com uma clareza solar, encontra guarida no teor do supramencionado art. 1.657 do Código Civil de 2002, que dispõe que as convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas pelo oficial do Registro de Imóveis.

Em assim sendo, a regra geral é a de que os pactos antenupciais somente vinculam as partes contratantes e seus herdeiros – que nos termos apresentados alhures, não são tidos como terceiros. A lei civil é nítida, portanto, ao estabelecer que para que produzam conseqüências de ordem prática em face de terceiros, os pactos que antecedem o matrimônio, lavrados em escritura pública, devem ser registrados junto à autoridade cartorária competente.

#### 3.5.4 *Pacta Sunt Servanda*

Também conhecida como princípio da força obrigatória do contrato ou da intangibilidade contratual, a máxima do *Pacta Sunt Servanda* caracteriza-se por ser um dos mais basilares princípios do Direito Contratual.

Umbilicalmente ligado ao princípio da confiança e da segurança jurídica, tal princípio carrega a idéia de que os contratos devem ser fielmente cumpridos. “Isto é assim porque o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito (...).” (DINIZ, 2007, p. 29).

Ora, se os nubentes ajustaram, segundo sua própria conveniência, as cláusulas da convenção antenupcial, não há falar em posterior afastamento da incidência de tais cláusulas, que se tornam lei entre as partes. A realização de pacto antenupcial pelo par respalda-se exatamente no direito fundamental à liberdade que lhes assiste, mais precisamente no princípio da autonomia da vontade entre as partes contratantes.

A lei não obriga o perfazimento do pacto, de tal sorte que em todos os casos, à exceção daqueles previstos no art. 1.641 do CC, podem os noivos permanecer silentes, de

modo a adotar o regime legal. Afinal, “pelo princípio da autonomia da vontade, ninguém é obrigado a contratar.” (GONÇALVES, 2008, p. 28).

Por tal razão, não é necessário o empreendimento de maiores esforços para se constatar – novamente – que a existência de contrato pré-nupcial decorre única e exclusivamente da livre vontade do casal.

A adoção do regime da comunhão universal de bens, da participação final nos aqüestos, da separação convencionada (objeto do presente trabalho) ou mesmo de um regime híbrido, como visto, resulta de contrato formal respaldado no consenso dos noivos. O pacto antenupcial realizado em conformidade à lei produzirá efeitos no plano fático e deverá, portanto, ser cumprido. É o que alberga o *Pacta Sunt Servanda*.

Ressalte-se, por oportuno, que “como foram as partes que escolheram os termos do ajuste e a ele se vincularam, não cabe ao juiz preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas, que não podem ser atacadas sob a invocação dos princípios de equidade.” (GONÇALVES, 2008, p. 28).

Cumpre lembrar que a limitação ao princípio da força obrigatória dos liames contratuais reside na chamada cláusula *rebus sic stantibus*. A aludida cláusula, implícita nos negócios jurídicos contratuais refere-se a situações extraordinárias, de caso fortuito ou força maior e lastreia-se na teoria da imprevisão.

### 3.5.5 Boa-fé

Nos moldes do princípio da força obrigatória dos contratos, o princípio da boa-fé contratual guarda íntima relação com os princípios gerais da confiança e da segurança jurídica. Tal relação decorre da incessante busca empreendida pela ética, probidade, honestidade e lealdade como norteadoras dos negócios jurídicos contratuais.

Nesse diapasão, o art. 422 da Lei nº 10.406/02 determina claramente que: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

De fato, não se pode imaginar uma relação jurídica, a qual ocasione a feitura de um contrato, que não seja fundada na boa-fé entre as partes. A boa-fé mostra-se, destarte, como um dos grandes pilares do Direito Contratual brasileiro.

Tanto o é, que o princípio em epígrafe deve ser presumido pelo intérprete do contrato, de tal sorte que a boa-fé existe até que se prove o contrário. A boa-fé guarda, pois, presunção relativa, isto é, *juris tantum*, de incidência. Somente se admite a má-fé contratual mediante a produção de provas nesse sentido.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já consolidou tal entendimento, *in verbis*:

SEGURO DE VIDA. PRAZO DE CARÊNCIA. SUICÍDIO NÃO PREMEDITADO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. APLICABILIDADE DAS SÚMULAS 105/STF E 61/STJ. O planejamento do ato suicida, para fins de fraude contra o seguro, nunca poderá ser presumido. *A boa-fé é sempre pressuposta, ao passo que a má-fé deve ser comprovada.* A despeito da nova previsão legal, estabelecida pelo art. 798 do CC/02, as súmulas 105/STF e 61/STJ permanecem aplicáveis às hipóteses nas quais o segurado comete suicídio. A interpretação literal e absoluta da norma contida no art. 798 do CC/02 desconsidera importantes aspectos de ordem pública, entre os quais se incluem a necessidade de proteção do beneficiário de contrato de seguro de vida celebrado em conformidade aos princípios da boa fé objetiva e lealdade contratual. (REsp 959618/RS, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 07/12/2010, sem grifos no original).

Valoriza-se, destarte, a confiança na palavra empenhada nas cláusulas contratuais.

É pacífica a doutrina civilista ao conceber que a boa-fé apresenta duas grandes facetas: a subjetiva e a objetiva.

No que toca à boa-fé subjetiva, ensina Judith Martins-Costa (1999 *apud* GONÇALVES, 2008, p. 34-35) que se deve levar em consideração a intenção, o estado psicológico e as íntimas convicções do indivíduo. Nesse sentido, a boa-fé subjetiva, prescreve a autora, deve ser aplicável, via de regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória.

Não restam dúvidas que a esfera da boa-fé que realmente deve permear todos os liames contratuais é a boa-fé objetiva, ainda que inexista cláusula específica que a proteja.

Na condição de contrato solene, o pacto antenupcial, portanto, deve ser objeto de plena incidência do princípio em comento.

A boa-fé objetiva diz respeito àquele conceito exposto no início deste tópico, ou seja, ao padrão social de comportamento que deve privilegiar condutas lastreadas na lealdade, honestidade e demais valores de natureza ética.

O art. 422 do CC/02, colacionado acima, traduz exatamente uma noção de boa-fé objetiva, que se deve fazer presente tanto na fase de negociação e como na fase de execução do contrato e, desta feita, do contrato pré-nupcial.

Importante sublinhar que o princípio da boa-fé não existe como mero limite ao exercício de direitos subjetivos. Afinal, como, de maneira excelente, anota a Ministra Nancy Andrighi, na apreciação do Recurso Especial nº 1202514/RS, a boa-fé objetiva exerce três funções fundamentais: limite ao exercício de direitos subjetivos, instrumento hermenêutico e, mormente, fonte de direitos e deveres jurídicos. É nessa esteira a respectiva ementa:

CIVIL. CONTRATOS. DÍVIDAS DE VALOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. OBRIGATORIEDADE. RECOMPOSIÇÃO DO PODER AQUISITIVO DA MOEDA. RENÚNCIA AO DIREITO. POSSIBILIDADE. COBRANÇA RETROATIVA APÓS A RESCISÃO DO CONTRATO. NÃO-CABIMENTO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS. SUPRESSIO. 1. Trata-se de situação na qual, mais do que simples renúncia do direito à correção monetária, a recorrente abdicou do reajuste para evitar a majoração da parcela mensal paga pela recorrida, assegurando, como isso, a manutenção do contrato. Portanto, não se cuidou propriamente de liberalidade da recorrente, mas de uma medida que teve como contrapartida a preservação do vínculo contratual por 06 anos. Diante desse panorama, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão da recorrente, de exigir retroativamente valores a título de correção monetária, que vinha regularmente dispensado, frustrando uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual. 2. A correção monetária nada acrescenta ao valor da moeda, servindo apenas para recompor o seu poder aquisitivo, corroído pelos efeitos da inflação. Cuida-se de fator de reajuste intrínseco às dívidas de valor, aplicável independentemente de previsão expressa. Precedentes. 3. Nada impede o beneficiário de abrir mão da correção monetária como forma de persuadir a parte contrária a manter o vínculo contratual. Dada a natureza disponível desse direito, sua supressão pode perfeitamente ser aceita a qualquer tempo pelo titular. 4. *O princípio da boa-fé objetiva exercer (sic) três funções: (i) instrumento hermenêutico; (ii) fonte de direitos e deveres jurídicos; e (iii) limite ao exercício de direitos subjetivos.* A essa última função aplica-se a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios, como meio de rever a amplitude e o alcance dos deveres contratuais, daí derivando os seguintes institutos: tu quoque, venire contra factum proprium, surrectio e supressio. 5. A supressio indica a possibilidade de redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a legítima expectativa de ter havido a renúncia àquela prerrogativa. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp nº 1202514/RS, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/06/2011, sem grifos no original).

## 4 EFEITOS DO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

### 4.1 Corrente majoritária

#### 4.1.1 Interpretação do art. 1.829, I do Código Civil de 2002

A fonte mor dos efeitos produzidos pela separação convencional de bens no âmbito do direito sucessório encontra-se, inegavelmente, no polêmico conteúdo do art. 1.829, I do Código Reale, *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 (...).<sup>18</sup>

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<sup>19</sup>. 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.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> Nesse sentido, Paulo Nader (2008, p. 142) lembra, com fundamento no art. 1.832, que “o quinhão do cônjuge, em princípio, será igual aos dos demais herdeiros, mas se também for ascendente dos herdeiros não poderá receber menos que a quarta parte da herança.”

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 meação<sup>20</sup>.” (NADER, 2008, p. 143).

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, atribuísse ao cônjuge o direito de herança sobre parte dos bens restantes, em prejuízo dos filhos do falecido.

Desse modo, em se tratando do regime patrimonial de comunhão universal, “tanto os bens particulares como os adquiridos durante a vida em comum são partilhados por metade. Logo, o cônjuge sobrevivente fica com cinqüenta por cento de tudo.” (DIAS, 2008, p. 155).

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.

<sup>20</sup> 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 deserdação), independentemente de estar separado de fato.” (CARVALHO; CARVALHO, 2009, p. 52).

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, tem-se que aquele que fora casado sob tal regime não concorrerá na herança com os descendentes do autor da sucessão por justificativas que, obviamente, não serão fundadas na meação.

Afinal, por este regime, o cônjuge sobrevivente, em princípio, não possui direito à metade dos bens que constituem o acervo patrimonial do par.

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.”

Em vista do fato que, *a priori*, o cônjuge não faz jus nem à meação nem à concorrência hereditária com os descendentes, parte da doutrina considera que os efeitos produzidos pela separação legal são injustos.

Paulo Nader (2008, p. 143) entende que a não concorrência com descendentes, no caso da separação absoluta, “é manifestamente injusta, pois, como os patrimônios eram independentes, não haverá, *in casu*, sequer a meação.”<sup>21</sup>

Maria Berenice Dias (2008, p. 156) compartilha tal posicionamento e polemiza: “Com evidente caráter vingativo, é eliminado o direito de quem desobedeceu a recomendação legal de não casar. A punição estende-se para além da dissolução do casamento pela morte de um do par.”

Ocorre que, pela exegese da já comentada Súmula 377<sup>22</sup> do Excelso Tribunal Constitucional deste país, 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 (...).”

Não restam dúvidas, pois, que a Súmula 377 incide sobre o regime de separação total imposto pela lei, alterando-o o sentido e permitindo a comunicação dos aqüestos, conforme já demonstrado no início deste estudo. A jurisprudência que vem sendo publicada pelo STJ condensa a aplicabilidade prática do referido entendimento sumulado, conforme se extrai dos seguintes julgados:

Casamento. Separação obrigatória. Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes da Corte. 1. Não violenta regra jurídica federal o julgado que admite a comunhão dos aqüestos, mesmo em regime de separação obrigatória, na linha de precedentes desta Turma. 2. Recurso especial não conhecido. (REsp nº 208640/RS, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 15/02/2001).

<sup>21</sup> O aludido autor (2008, p. 143) procura explicar que “de um modo geral, as condições econômicas do varão são melhores do que as da virago, em face dos maiores encargos domésticos desta, e se o óbito é do varão o seu consorte poderá ficar à míngua de qualquer recurso, salvo se constituiu patrimônio próprio, fato que não ocorre via de regra.”

<sup>22</sup> A referida súmula estabelece, como analisamos no item derradeiro do primeiro capítulo deste trabalho, que: “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

CIVIL. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. AQUÊSTOS. ESFORÇO COMUM. COMUNHÃO. SÚMULA 377/STF. INCIDÊNCIA. 1. No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum dos cônjuges (art. 259 CC/1916). 2. Precedentes. 3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp nº 442629/RJ, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 02/09/2003).

Recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo, também demonstrou a inequívoca incidência fática da Súmula 377:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - SUCESSÃO - ARROLAMENTO SUMÁRIO - 'DE CUJUS' CASADO SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - Decisão que indeferiu o pedido de partilha de bens - Inconformismo da viúva Acolhimento - Aplicabilidade da súmula 377/STF - Direito da viúva à meação, ou seja, 50% do imóvel adquirido no curso do casamento - Herdeiros, filhos do falecido, têm direito à outra metade do imóvel, a título de herança - Viúva que não concorre com os herdeiros na sucessão - Inexistência de impedimento a cônjuge sobrevivente ser nomeada inventariante - Decisão reformada - Recurso provido. (Agravado de Instrumento nº 0570479-15.2010.8.26.0000, Relator: Desembargador Viviani Nicolau, 9ª Câmara de Direito Privado, julgado em 12/04/2011).

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. Ou seja:

(...) no regime de comunhão parcial de bens, onde se exclui da comunhão os bens adquiridos antes do casamento ou os bens adquiridos por causa alheia ao casamento (...), a sucessão em concorrência com os descendentes somente ocorrerá se houver bens particulares pertencentes ao *de cujus*. (NOGUEIRA, 2007, p. 52).

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).

A noção do que sejam os bens particulares<sup>23</sup> a que se refere o art. 1.829, I é fornecida pela própria Consolidação das Leis Cíveis. Destarte, o art. 1.659 preceitua que:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III - as obrigações anteriores ao casamento; IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos,

<sup>23</sup> Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007, p. 169-170) alertam que “caso venha a se instaurar controvérsia entre os herdeiros sobre a existência de patrimônio próprio para efeito de convocação do cônjuge, reclamando dilação probatória a respeito do fato, pelos restritos limites do processo de inventário, haverá de se encaminhar os interessados para as vias processuais ordinárias, excluindo do procedimento sucessório a discussão por se tornar questão de alta indagação.”

salvo reversão em proveito do casal; V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Complementando tal dispositivo do Código Civil, o art. 1.661 reza que: “São incommunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.”

Não sendo impedida a concorrência com descendentes no caso de existirem bens particulares, há divergências na doutrina sucessória. Paulo Nader (2008, p. 143) aponta que “(...) para alguns, o direito do cônjuge se limita a concorrer relativamente aos bens particulares, enquanto para outros ele se estende à totalidade do patrimônio. O fundamento desta última posição é que a herança é indivisível<sup>24</sup>.”

De fato, “uns afirmam que o cônjuge sobrevivente concorre com os herdeiros que o antecedem na ordem de vocação hereditária sobre a integralidade da herança. A corrente amplamente majoritária toma como base de cálculo os bens particulares do falecido.” (DIAS, 2008, p. 161).

Maria Berenice Dias (2008, p. 161), em via diametralmente oposta, entende que na comunhão parcial “o direito à concorrência incide sobre os aqüestos.” E explica:

Quando não existem bens particulares, tal significa que todo o acervo hereditário foi adquirido depois do casamento, ocorrendo a presunção da mútua colaboração, o que torna razoável que o cônjuge, além da meação, concorra com os filhos sobre o acréscimo patrimonial que ajudou a formar. No entanto, quando há bens amealhados antes do casamento, nada justifica que o cônjuge participe desse acervo. Não se coaduna com a natureza do regime da comunhão parcial, sendo descabido que venha o sobrevivente a herdar parte do patrimônio individual, quando da morte do par. (DIAS, 2008, p. 162).

Diversamente, Maria Helena Diniz (2008, p. 122) apregoa que se considerará para a concorrência com os herdeiros em descendência a totalidade do acervo hereditário. Para Maria Helena, a existência de bens particulares “é mera condição ou requisito legal para que o viúvo, casado sob o regime de comunhão parcial, tenha capacidade para herdar, concorrendo, como herdeiro, com o descendente, pois a lei o convoca à sucessão legítima.”

A mencionada doutrinadora continua:

Além disso: *a)* a herança é indivisível, deferindo-se como um *todo unitário*, ainda que vários sejam os herdeiros (CC, art. 1.791 e parágrafo único); *b)* o viúvo que for

<sup>24</sup> O princípio da indivisibilidade da herança no direito brasileiro está contido na redação do art. 1.791 do Diploma Civil, o qual fixa que: “A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.”

ascendente dos herdeiros (descendentes do *de cuius*), tem direito a uma quota não inferior a *um quarto da herança* (CC, art. 1.832); *c*) o cônjuge supérstite é herdeiro necessário (CC, art. 1.845 e 1.846), tendo direito à quota legitimária a ser respeitada na sucessão testamentária, visto que o *de cuius* só poderá dispor de sua porção disponível (*metade da herança*). (grifos da autora).

Nader (2008, p. 143), por sua vez, filia-se à corrente para a qual a concorrência diz respeito somente aos bens particulares deixados pelo falecido. Assim, toma posição no sentido que:

(...) neste ponto o legislador rompeu com o princípio da indivisibilidade, pois o reconhecimento de que o direito recai sobre a totalidade dos bens pode conduzir a resultados absurdos. Se adotada esta interpretação, o critério será um tanto aleatório, pois o legislador não estipula uma proporcionalidade entre os bens particulares e o patrimônio comum. (...) Como no regime de comunhão parcial o cônjuge sobrevivente dispõe de sua meação, não seria plausível que, além de concorrer nos bens particulares, também adquirisse uma cota na meação deixada pelo *de cuius*.

Igualmente se manifestando pela incidência da concorrência do marido ou esposa casado sob o regime de comunhão parcial somente quanto aos bens particulares, versa Carlos Roberto Gonçalves (2007 *apud* NOGUEIRA, 2007, p. 53):

(...) *a ratio essendi* da proteção sucessória do cônjuge foi exatamente privilegiar aqueles desprovidos de meação. Os que a têm, nos bens comuns adquiridos na constância do casamento, não necessitam, e por isso não devem participar da que foi transmitida, como herança, aos descendentes, devendo a concorrência limitar-se aos bens particulares deixados pelo *de cuius*.

Na mesma linha, Arnaldo Rizzardo (2006, p. 180) manifesta que “a corrente mais justa é a que defende justamente essa interpretação, ou seja, de que participa o cônjuge sobrevivente na hipótese de existirem bens particulares.”

Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 144) também entende que “somente haverá concorrência do cônjuge nessa situação nos bens particulares.”

E pondera: “Mas essa conclusão a qual aderimos está longe de ser pacífica, pois existe ponderável corrente doutrinária que entende que a concorrência na herança se dará nos bens particulares e nos bens comuns.”

Resta claro que as três correntes em epígrafe demonstram fortes argumentos para limitar a concorrência do cônjuge aos aqüestos, à integralidade do acervo ou aos bens particulares. Preferimos, neste estudo, nos filiar à corrente majoritária, a qual assente que o cônjuge sobrevivente que fora casado sob a regência do regime de comunhão parcial de bens concorre, como herdeiro, com os descendentes somente sobre eventuais bens particulares em nome do autor da sucessão. Destarte, em não havendo bens particulares, ao cônjuge apenas assistirá o direito de meação.

Afinal, este é o posicionamento fixado em nossos tribunais. É o que se depreende do seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÃO DO CÔNJUGE. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES DO AUTOR DA HERANÇA APENAS EM RELAÇÃO AOS BENS PARTICULARES. APLICAÇÃO DO ART. 1829,I, DO CÓDIGO CIVIL. *Havendo bens particulares, no regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge somente concorrerá com os descendentes com relação a este conjunto patrimonial específico (bens particulares), pelo fato de já estar contemplado com a meação, que incide sobre os bens comuns.* Enunciado 270 do CEJF. DERAM PARCIAL PROVIMENTO, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR. (Agravado de Instrumento nº 70038747325, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Oitava Câmara Cível, julgado em 09/12/2010, sem grifos no original).

Torna-se evidente, pois, que o a concorrência do cônjuge, que foi casado em comunhão parcial de bens, restringir-se-á ao plano do conjunto patrimonial específico de bens particulares deixados pelo sucedido.

O enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em dezembro de 2004, a que faz menção o julgado em apreço, endossa tal idéia, ao dispor:

O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aqüestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

Equivalentes se apresentam as seguintes decisões originárias do Tribunal de Justiça de São Paulo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - Definição do acervo hereditário sobre a fração de 50% do patrimônio comum do casal para os descendentes - Preliminar de nulidade afastada - Ausência de cerceamento de defesa Falta de prejuízo processual à parte - Ato judicial suficientemente fundamentado - *Exclusão do direito de sucessão legítima concorrente de cônjuge sobrevivente - Casamento em regime de comunhão parcial - Inexistência de bens particulares da autora da herança - Viúvo que assiste somente ao direito de meação - Irrelevância ao prequestionamento de questão federal ou constitucional - Decisão interlocutória mantida - Recurso desprovido.* (Agravado de Instrumento nº 0126608-63.2011.8.26.0000, Relator: Desembargador Salles Rossi, 8ª Câmara de Direito Privado, julgado em 29/09/2011, sem grifos no original).

ARROLAMENTO DE BENS - ESBOÇO DE PARTILHA - CASAMENTO SOB O REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS - PATRIMÔNIO QUE FOI ADQUIRIDO POR ESFORÇO CONJUNTO - AUSÊNCIA DE BENS PARTICULARES DO FALECIDO - CÔNJUGE QUE NÃO É HERDEIRA, MAS MEEIRA EM 50% DO PATRIMÔNIO A PARTILHAR - ÚNICA FILHA DO DE CUJUS, DE RELACIONAMENTO ANTERIOR, QUE DEVE FIGURAR COMO HERDEIRA DA METADE REMANESCENTE DO PATRIMÔNIO - INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.829 DO CÓDIGO CIVIL - IMPUGNAÇÃO AO ESBOÇO DE PARTILHA ACOLHIDA - AGRAVO DESPROVIDO. (Agravado

de Instrumento nº 0180127-84.2010.8.26.0000, Relator: Desembargador Elliot Akel, 1ª Câmara de Direito Privado, julgado em 07/12/2010).

#### 4.1.2 Posicionamento da doutrina majoritária

Acorda a maior parte da doutrina no sentido que “a intenção do legislador foi tornar o cônjuge sobrevivente herdeiro quando não existir bens decorrentes de meação.” (VENOSA, 2005, p. 143). Já quanto à separação obrigatória de bens a que remete o art. 1.829, I, “o cônjuge também não herda (...), pois haveria, em tese, fraude a esse regime imposto por lei.” (VENOSA, 2005, p. 143).

Outrossim, Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim (2009, p. 96) afirmam que:

O fio condutor parece ser o de que, havendo meação, pelo regime comunitário de bens, não haverá concurso na herança, uma vez que o cônjuge acha-se garantido com parte do patrimônio. Ressalva-se a situação do casamento no regime da separação obrigatória, que, pela sua natureza, leva à exclusão do direito hereditário.

Partindo de tal pré-compreensão, mais detidamente exposta acima, a doutrina majoritária realiza simplíssima e literal interpretação *a contrario sensu* quanto ao teor do art. 1.829, I do Código Civil de 2002.

Mediante uma interpretação literal da letra da lei, os doutrinadores da corrente que predomina no direito nacional pregam 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 multimencionado 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).

Nesse sentido, Maria Nailde Pinheiro Nogueira (2007, p. 50), conclui que “(...) o cônjuge herdará em concorrência com descendentes, apenas se o falecido for casado em regime de aqüestos ou separação de bens, ou tiver deixado patrimônio particular no regime de comunhão parcial.” Perceba-se que quando a autora faz referência à separação de bens, trata da separação pactuada entre os nubentes.

Na mesma esteira, Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim (2009, p. 96), ao empreenderem análise sobre o conteúdo do art. 1.829, I, lecionam que:

Desses regramentos básicos pode afirmar-se que a concorrência do cônjuge na herança, em concurso com os descendentes, dá-se nos casos de ter sido o casamento celebrado nos regimes: a) de separação convencional de bens; b) de comunhão parcial, quando o falecido deixou bens particulares; e c) no regime de participação final nos aqüestos.

Maria Helena Diniz (2008, p. 121-122) acompanha a doutrina majoritária e aponta:

Pelo novo Código Civil (...), haverá concorrência do cônjuge supérstite com *descendentes* do autor da herança, conforme o regime matrimonial de bens, isto é se preenchidos os *requisitos legais* dos arts. 1.830 e 1.829, I. Para tanto, o consorte sobrevivente, por força do art. 1.829, I, só poderá ser casado sob o regime de separação convencional de bens, de participação final nos aqüestos ou de comunhão parcial, se o falecido possuía patrimônio particular, embora sua participação incida sobre todo o acervo hereditário e não somente nos bens particulares do *de cuius*. (grifos da autora).

Maria Berenice Dias (2008, p. 154), compartilha do mesmo posicionamento, mas, peculiarmente, chega a afirmar 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 inadmite 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.

Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007, p. 167), por sua vez, estudam o teor do art. 1.829, I e propõem que “sob ângulo inverso, pois, o viúvo é herdeiro quando casado pelo regime da separação convencional, ou da comunhão parcial se existentes bens particulares deixados pelo falecido.” Quanto à participação final nos aqüestos, pontuam que “pela literalidade das hipóteses de exclusão contidas no texto, haverá direito sucessório recíproco entre os cônjuges assim casados.<sup>25</sup>” (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 170).

<sup>25</sup> Convém, por oportuno, enfatizar que, assim como outros doutrinadores de direito sucessório, Cahali e Hironaka (2007, p. 170) ressaltam que a concorrência com os descendentes no caso de terem sido os consortes

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), e pelos já mencionados Orlando Gomes, Maria Helena Diniz, Maria Berenice Dias, Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, Maria Nailde Pinheiro Nogueira, Silvio de Salvo Venosa, Dimas Messias de Carvalho e Dimas Daniel de Carvalho, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Francisco José Cahali, 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 sobrevivente não faz *jus* à meação.

Como visto, o direito à meação afigura-se como justificativa principal para o afastamento da concorrência sucessória nos casos de comunhão universal de bens e comunhão parcial despida de bens particulares deixados pelo autor da herança. Os doutrinadores procuram demonstrar que a própria razão de ser do art. 1.829, I do CC consiste no fato de que, pelos regimes excluídos da concorrência, o consorte já estaria protegido por sua meação.

E no caso da separação legal de bens, a justificativa remeteria à vedação de transgressão ao regime de separação dos bens e à conseqüente incomunicabilidade desses.

---

casados pelo regime de participação nos aqüestos é inadequada, “pois o regime de participação final dos aqüestos tem características similares às do regime de comunhão parcial, no que se refere a ter direito o cônjuge sobre o acervo adquirido durante o casamento, diferenciando-se um do outro, praticamente, apenas na forma como se faz a *liquidação* dos direitos. Daí porque válido e plenamente justificável juridicamente sustentar-se dispor a estes cônjuges, casados pelo regime de participação final nos aqüestos, o mesmo tratamento àqueles casados pelo regime de comunhão parcial de bens.” (grifo dos autores).

Entretanto, consoante ao explicitado alhures, a Súmula 377 do STF permite a comunicação dos aqüestos no regime de separação legal, resguardando, assim, uma meação ao consorte supérstite.

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.

Maria Helena Diniz (2008, p.119-120) complementa que:

É preciso ressaltar que o regime de separação convencional de bens no casamento e a existência de cláusula de comunicabilidade ou de incomunicabilidade no pacto antenupcial não interferem na ordem de vocação hereditária do consorte sobrevivente (TJSP, *ADCOAS*, n. 90.443, 1983) (...). Portanto, o cônjuge supérstite *em concorrência com os descendentes* herdará apenas se for casado pelo regime de comunhão parcial, em caso de ter o *de cujus* deixado bens particulares; pelo da separação convencional de bens (CC, arts. 1.687 e 1.688) e pelo de participação final nos aqüestos (CC, arts. 1.672 a 1.685). (grifo da autora).

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

julgado, 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 da 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).

## 4.2 Corrente minoritária

### 4.2.1 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 cujus* 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.

#### 4.2.2 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.

Ressalte-se que o Código Civil somente entrou em vigor em janeiro de 2003, ao final de um ano de sua publicação, em conformidade ao art. 2.044 daquele Diploma, o qual reza que: “Este Código entrará em vigor 1 (um) ano após a sua publicação.”

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 coordenador<sup>26</sup> da reforma incidente sobre o Código Civil brasileiro, “sob o cargo de

---

<sup>26</sup> 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”, publicado na imprensa em abril de 2003, consoante ao já exposto, 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.

#### 4.2.3 Ministra Nancy Andriahi e o Recurso Especial nº 992.749/MS

A mudança de paradigma, no plano do Poder Judiciário, concernente aos efeitos acarretados pela escolha do regime de separação convencional de bens 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 Andriahi, 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.

Tanto o é, que a ementa relativa ao caso apresenta-se deveras extensa:

Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência. - Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da conseqüente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica. - Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02. - Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes. - O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância. - Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário. - Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos. - No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal – declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal – é a seguinte: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos. - A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”. - Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações. - Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado. - Haveria, indubiosamente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens post mortem, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria. - Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na

conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública. - 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 guindada pela eticidade. Recurso especial provido. Pedido cautelar incidental julgado prejudicado. (REsp nº 992.749/MS, Relatora: Ministra Nancy Andri ghi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2009).

Em seu voto, a Ministra Nancy Andri ghi 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.

#### 4.2.4 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*.

Consoante ao demonstrado anteriormente, essa não é a redação literal do inciso I do art. 1.829 do Código Civil, que trata da temática da concorrência do cônjuge com os descendentes.

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.”

#### 4.2.5 Aplicação fática obrigatória da separação dos bens

Várias são as razões que lastreiam a não concorrência do cônjuge supérstite casado sob o regime de separação convencional de bens com os descendentes do *de cuius*, na forma do art. 1.829, I.

Desde o início deste trabalho, intentou-se fornecer subsídios concernentes não só ao Direito das Sucessões, mas também ao Direito de Família e ao Direito Contratual, para que chegássemos à conclusão de que, efetivamente, o cônjuge que fora casado sob o regime de separação total pactuado não pode ser considerado herdeiro do autor da herança.

Entende-se prudente, portanto, a posição defendida pela corrente minoritária, encabeçada pelo douto Miguel Reale, a qual leva em conta uma interpretação sistemática da lei civil, para concluir que a aplicação fática da separação dos bens obriga as partes não só nos casos de separação imposta pela lei, mas também nos casos em que os nubentes livremente acordaram nesse sentido.

##### 4.2.5.1 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 Andrighi (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.

#### 4.2.5.2 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 analisados no segundo capítulo deste estudo.

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.

Em seu voto no REsp nº 992.749/MS, a Relatora Nancy Andrighi (2009) pertinentemente pondera que o respeito à vontade lícita dos nubentes, livremente manifestada afigura-se fundamental. Desta sorte, a autonomia da vontade dos noivos, devidamente

expressada mediante contrato antenupcial lavrado em escritura pública, não pode ser aviltada, sob pena de termos um direito manifestamente volátil.

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, consoante ao comentado no primeiro capítulo deste trabalho, 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 ferrar às suas conseqüências. Essa idéia é plenamente aplicável ao pacto antenupcial.

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

Pela máxima do *Pacta Sunt Servanda*, conforme exposto alhures, “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.

O princípio da força vinculante dos contratos carrega exatamente a idéia de que os pactos que determinam a predileção pelo regime de separação total convencional, lastreados na plena liberdade de escolha, devem ser fielmente cumpridos.

Pela posição de contrato solene ocupada pelo pacto antenupcial no Direito Civil brasileiro, sabe-se que deve ser regido, ainda, pelo princípio da boa-fé objetiva, que, em consonância ao já demonstrado, 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 cujus*, 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 objetiva 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.

#### 4.2.5.3 “Separação obrigatória”

A polêmica expressão “separação obrigatória” trazida pelo art. 1.829, I da Consolidação das Leis Civis 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.

Realmente, o *caput* do art. 1.641 traz o vocábulo “obrigatório” para definir as situações em que a separação de bens deve, necessariamente, ser adotada no casamento.

A amplamente comentada Súmula 377 do STF, por outro lado, usa o termo “legal” para se referir aos casos de separação do art. 1.641 do Códex, ao dispor que: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

A doutrina majoritária, desviando-se de maiores reflexões, preferiu simplesmente entender que a expressão “separação obrigatória” contida no art. 1.829, I apenas abarca a separação de bens imposta pela lei.

O fundamento maior para que se chegue a tal conclusão é a remissão, grosseiramente errônea, que o art. 1.829, I realiza ao parágrafo único do art. 1.640 do CC/02. Na verdade dever-se-ia referir ao art. 1.641, que determina a separação dos bens em situações excepcionais, para o legislador de 2002, ou por motivos de ordem pública. Tal erro, inclusive, não foi reparado pelo Poder Legislativo até os dias atuais.

O certo é que, pela posição defendida pela doutrina dominante, somente 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 conseqüências 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.<sup>27</sup>

Cabe frisar que a Ministra Nancy Andrighi (2009) entendeu que o regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, I, é gênero que congrega duas espécies: a separação legal e a separação convencional, de modo que o regime de bens estipulado obriga as partes em vida e na morte.

Se dessa maneira fosse interpretado o art. 1.829, I do Código Civil, o cônjuge sobrevivente que fora casado sob o regime da separação convencional não poderia ser erigido à condição de herdeiro do autor da sucessão.

<sup>27</sup> 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.”

#### 4.2.5.4 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.

#### 4.2.5.5 Interferência do Direito das Sucessões sobre o Direito de Família

Crucial ressaltar que em tendo os consortes ajustado em vida que “cada cônjuge possui o seu patrimônio particular, não se comunicando as coisas móveis e imóveis adquiridas gratuita ou onerosamente, antes ou na constância do casamento” (NADER, 2008, p. 409), 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 Andrichi (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.

#### 4.2.5.6 Separação de bens como matéria de ordem pública

Vale mencionar a lição do eminente 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 na seara 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.<sup>28</sup>

#### 4.2.5.7 Insubstância 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 respeitada autora remete ao fato de que no regime de participação final nos aqüestos, 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).

---

<sup>28</sup> 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.

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?

#### 4.2.5.8 Incomunicabilidade dos bens

A incomunicabilidade dos bens adquiridos antes, na constância e findo o casamento, é regra no que diz respeito à separação convencional de bens. Como exaustivamente exposto, a exegese do art. 1.687 do Códex demonstra, com evidente nitidez, que pelo regime de separação absoluta pactuada, os bens de cada cônjuge devem constituir acervos distintos.

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 IMÓVEL CUJA PROPRIEDADE É OBJETO DE AÇÃO PRÓPRIA DEVE SER RELEGADO À 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).

#### 4.2.5.9 Jurisprudência

Afora o já comentado REsp nº 992.749/MS apreciado pela Ministra Nancy Andrighi no Egrégio 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 LHESS 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 consequência, 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 indignação 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 obrigatoria, 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).

### **4.3 Um consenso doutrinário**

As diversas – e já comentadas – 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!

## 5 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 cujus* enseja discussões doutrinárias desde abril de 2003.

Decorridos apenas três meses da vigência da Lei nº 10.406/2002, consubstanciada no Código Civil atual, o douto jurista Miguel Reale, coordenador e “pai” daquele projeto, 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. Buscou-se, desde o início deste trabalho, apresentar subsídios doutrinários e jurisprudenciais, pertinentes não só ao direito sucessório, mas, também, ao direito familiar e, em um segundo momento, ao direito contratual, os quais nortearam o espírito da investigação da verdade.

A captação da realidade da separação convencional de bens e seus efeitos, concernentes à possibilidade de concorrência com os descendentes, encontra-se, portanto, lastreada em parâmetros bibliográficos e jurisprudenciais, bem como nos princípios gerais de direito e nas mais adequadas técnicas de interpretação hermenêutica da lei e dos negócios jurídicos.

5. 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. 1.831<sup>29</sup> do Códex.

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.

---

<sup>29</sup> 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.

8. Se os nubentes estabeleceram, em vida, respaldados no princípio da autonomia da vontade, e orientados pelo princípio da 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 conjugue 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 convencionalizada 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. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 442.165 – RS (2002/0071409-0). Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recorrente: Ivone Rodrigues de Azevedo. Advogado: Nilo Diniz Savi. Recorrido: Angelina Neves de Paula. Advogado: Elifaz de Lima Dias. Brasília, 05 de setembro de 2002;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 954567 – PE (2007/0098236-3). Relator: Ministro Massami Uyeda. Recorrente: Edneide Maria Porto de Santana – Espólio, representado por Eunice Pinheiro Porto – inventariante. Advogado: Vicente Moreno Filho. Recorrido: José Aldo de Santana. Advogado: José Rodrigues de Melo e outro(s). Brasília, 10 de maio de 2011;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 959618 – RS (2007/0133447-3). Relator: Ministro Sidnei Beneti. Recorrente: Icatu Hartford Seguros S/A. Advogados: Ana Elisa Auler e outro(s). Daniel Matias Schmitt Silva. Recorrido: Rejane Tatin. Advogado: Marlos Tome Zelichmann e outro(s). Brasília, 07 de dezembro de 2010;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1202514 – RS (2010/0123990-7). Relator: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Danilevicz Advogados Associados. Advogado: Igor Danilevicz e outro(s). Recorrido: Indústrias Micheletto S/A. Advogado: Thiago Jard Tobias e Silva Bezerra e outro(s). Brasília, 21 de junho de 2011;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 208640 – RS (1999/0025259-4). Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Recorrente: Roque Reinaldo Nedel. Advogados: Mônica Guazzelli Estrougo e outros. Recorrido: Arlete Maria Silva Souza. Advogados: Luciana Moura Alvarenga e outros. Brasília, 15 de fevereiro de 2001;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 442629 – RJ (2002/0076185-2). Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Recorrente: José Pinto Sombra – Espólio, representado por Juçara Arruda Sombra Celidônio. Advogado: Salomão Velmovitsky e outros. Recorrido: Filomena Barsano Sombra – Espólio, representado por Maria Augusta Barzani de Souza – Inventariante. Advogado: Flávio Gonçalves Lopes e outros. Brasília, 02 de setembro 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 Liduina 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 70038747325. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 09 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 0050796-20.2008.8.26.0000. Relator: Desembargador Milton Carvalho. Apelante: Irene Affonso Leone. Apelado: Paulo Alexandre dos Santos Guerra. São Paulo, 07 de dezembro 2010;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível nº 0120387-74.2005.8.26.0000. Relator: Desembargador Silvério Ribeiro. Apelante: Euler João Geraldo da Silva. Apelada: Maria Luiza Fávero. São Paulo, 22 de fevereiro de 2006;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0126608-63.2011.8.26.0000. Relator: Desembargador Salles Rossi. Agravante: Miguel Jorge Fadel Neto. Agravados: Espólio de Tânia Mara de Camargo Fadel, Priscila Fadel Campolim Herrera Perez, Rodrigo Jorge Fadel e Rogério Luís Fadel. São Paulo, 29 de setembro de 2011;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0180127-84.2010.8.26.0000. Relator: Desembargador Elliot Akel. Agravantes: Patricia Aparecida da Silva Anacleto Teodoro (inventariante) e outro. Agravada: Ingrid Cardoso Dias Teodoro e outro. São Paulo, 07 de dezembro de 2010;

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 0570479-15.2010.8.26.0000. Relator: Desembargador Viviani Nicolau. Agravante: Maria Dolores Bertalha da Silva. Agravado: O Juízo. São Paulo, 12 de abril 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;

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996;

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;

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004;

REALE, Miguel. O Cônjuge no novo Código Civil. **Migalhas**, 2003. Disponível em <[http://www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod=1612](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;

SIMÃO, José Fernando. O Regime da separação absoluta de bens (CC, art. 1.647): separação convencional ou separação obrigatória? **ProfessorSimão.com.br**, 2003. Disponível em: <[http://www.professorsimao.com.br/artigos\\_simao\\_regime\\_separacao.html](http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html)>. Acesso em 20 set. 2011;

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.