



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

MARCELA ARAÚJO BASILIO FRANÇA

**A APLICABILIDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS
FRENTE A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE COM OS
DESCENDENTES DO *DE CUJUS*: INTERVENÇÃO ESTATAL E AUTONOMIA DA
VONTADE**

BRASILIA

2020

MARCELA ARAÚJO BASILIO FRANÇA

**A APLICABILIDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS
FRENTE A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE COM OS
DESCENDENTES DO *DE CUJUS*: INTERVENÇÃO ESTATAL E AUTONOMIA DA
VONTADE**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS e pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Luciano de Medeiros Alves

BRASÍLIA

2020

MARCELA ARAÚJO BASILIO FRANÇA

**A APLICABILIDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS
FRENTE A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE COM OS
DESCENDENTES DO *DE CUJUS*: INTERVENÇÃO ESTATAL E AUTONOMIA DA
VONTADE**

Monografia apresentada como requisito para
obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

BRASÍLIA, _____ DE _____ DE 2020

BANCA EXAMINADORA

**Luciano de Medeiros Alves
Orientador**

**Professor(a) Avaliador(a)
Examinadora**

AGRADECIMENTOS

O desenvolvimento do presente trabalho de conclusão de curso não seria possível sem todo o apoio e incentivo que recebi com tanto carinho.

Para tanto, agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado forças para superar barreiras e limites, fazendo com que eu acreditasse em mim mesma nessa longa caminhada.

Agradeço aos meus pais, por investirem em mim com tanto amor, incentivando-me a conquistar meus objetivos e ensinando-me o verdadeiro significado de resiliência. À minha mãe, gostaria ainda de agradecer por todo o constante apoio, acalmando-me nos momentos difíceis, não permitindo que o desânimo prevalecesse.

Agradeço à minha família, que sempre me abraçou nos momentos de amargura e dúvida, me acolhendo com muito amor e compreensão. Dentre tantas pessoas especiais, agradeço ao meu padrasto, Fernando Gama, que sempre exerceu um papel de pai, aconselhando-me e tranquilizando-me.

Agradeço ao meu namorado, Matheus Bastos, que esteve ao meu lado transmitindo todo o seu amor, cuidado e apoio, acreditando no meu desempenho e se esforçando constantemente para que eu mantivesse o ânimo, sendo o seu abraço um abrigo para todos os momentos difíceis.

Por fim, agradeço à minha melhor amiga, Sophia Tusi, que apesar da distância, sempre se fez presente, proferindo palavras de afeto e cuidado, acreditando em mim e ajudando-me a ver sempre o lado positivo dessa jornada.

RESUMO

Em um primeiro momento, a presente monografia almeja contextualizar quais os regimes de bens previstos no ordenamento jurídico brasileiro, para que, dessa forma, seja possível ao leitor compreender a razão pela qual o regime da separação pactuada é o que permeia o embate em questão, haja vista suas características preponderantes. Propõe-se então a análise da autonomia da vontade, princípio que permite aos nubentes a livre escolha do regime de bens quando do pacto antenupcial. Nesse sentido, ressalta-se a incoerência da autonomia da vontade das partes face o instituto da concorrência no Direito Sucessório. Visando demonstrar uma intervenção estatal excessiva, o presente trabalho explica como ocorre a sucessão legítima, bem como ocorre o instituto da concorrência em cada um dos regimes de bens, a fim de apresentar a contradição existente entre o regime da separação pactuada, expressamente manifestado, e a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do falecido sobre a massa patrimonial, imposta a esse regime. Por fim, vislumbrando o equilíbrio jurídico da questão, sugere-se uma solução usando como base a Súmula 377/STF por analogia, observando-se o raciocínio jurídico por trás de sua formação.

Palavras-chave: Direito Sucessório. Regime de bens. Separação convencional. Autonomia da vontade. Instituto da concorrência. Intervenção estatal. Aplicação analógica da Súmula 377/STF como possível solução.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 REGIME DE BENS, PACTO ANTENUPCIAL E AUTONOMIA DA VONTADE	9
1.1 REGIME DE BENS NO ORDENAMENTO JURÍDICO	10
1.1.1 Regime da comunhão parcial de bens	11
1.1.2 Regime da comunhão universal de bens	12
1.1.3 Separação obrigatória de bens	13
1.1.4 Participação final nos aquestros	14
1.2 REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS	15
1.3 PACTO ANTENUPCIAL COMO CONCRETIZAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE	16
1.4 DESRESPEITO AO PACTO ANTENUPCIAL E A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	18
2 INTERVENÇÃO ESTATAL NO DIREITO SUCESSÓRIO FRENTE A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE COM OS DESCENDENTES DO DE CUJUS NO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS	19
2.1 SUCESSÃO LEGÍTIMA	19
2.2 SUCESSÃO DO CÔNJUGE NOS REGIMES DE BENS	20
2.2.1 Instituto da concorrência	20
2.2.2 Concorrência nos regimes da comunhão universal, comunhão parcial, separação obrigatória e participação final nos aquestros	21
2.2.3 Concorrência no regime da separação convencional de bens	24
2.3 INTERVENÇÃO ESTATAL NO INSTITUTO DA CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES E AUTONOMIA DA VONTADE	25
3 APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 377 DO STF COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO	29
3.1 ANÁLISE DO RESP 992.749 MS/2009 E SUA REFORMA	29
3.2 SÚMULA 377 DO STF E A MITIGAÇÃO DOS EFEITOS SUCESSÓRIOS NO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS	34
3.3 ANALOGIA DA SÚMULA 377 DO STF COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO	35
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

A aplicabilidade da norma que aborda o regime da separação convencional de bens e seus efeitos no âmbito do direito sucessório, resulta na reflexão entre a autonomia privada e a intervenção estatal.

Neste sentido, a concorrência do cônjuge supérstite sobre o patrimônio do falecido, converge com a reflexão a respeito da autonomia das partes e, de que forma, cabe ao Estado intervir sobre como o indivíduo dispõe sobre o seu patrimônio. A análise a que se propõe diz respeito a autonomia privada das partes, que expressamente manifestaram sua vontade em optar por um regime que adota a incomunicabilidade patrimonial, e como, em caso de falecimento de um dos cônjuges, essa manifestação de vontade perde sua total aplicabilidade.

O presente trabalho, portanto, questiona uma possível solução caso ambos os cônjuges não queiram a comunicação de seus bens, tendo, para tanto, optado por um regime que regula essa incomunicabilidade, qual o seja, o da separação de bens. Nesta toada, destaca-se a aplicabilidade da norma do regime de separação convencional de bens, a autonomia das partes e a liberdade de ambas no âmbito do direito sucessório.

Ressalta-se que a discussão patrimonial no direito sucessório e o que expressamente manifestou o autor da sucessão bem como seu cônjuge ante a escolha do pacto antinupcial, gera indagações sobre a liberdade das partes e o planejamento familiar, haja vista o instituto da concorrência imposto. Diante da problemática em questão, cabe o questionamento acerca do tema, de modo a suprir os anseios sociais proporcionando uma saída àqueles que não almejam a comunicabilidade patrimonial *no post mortem*.

As diferentes visões quanto a ingerência estatal em um instituto eminentemente privado, devem ser aprofundadas, uma vez que se observa uma contradição entre a afirmativa de que o Estado busca proteger o estatuto da família, e de que a proteção da família deveria abranger a vontade dos integrantes da mesma.

Com isso, verifica-se que o tema em questão possui uma importante relevância social, tendo em vista que há uma influência direta na vida entre particulares, influenciando em como poderão realizar seu planejamento familiar e os limites para dispor de seus bens.

Este tema diz respeito à aplicabilidade do regime da separação convencional de bens em análise sucessória, bem como a autonomia de vontade das partes. Abordarei no decorrer do trabalho sobre essa aplicabilidade ficta do regime da separação convencional ou pactuada,

o qual, mesmo sendo de livre escolha e iniciativa dos cônjuges, não é respeitado em sua integralidade, uma vez observado o instituto da concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do *de cuius*, ainda que esta não seja a vontade expressa daqueles que o aderiram.

1 REGIME DE BENS, PACTO ANTENUPCIAL E AUTONOMIA DA VONTADE

Entender os regimes de bens adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro é essencial para que seja possível compreender a problematização acerca do tema. Deste modo, entender as regras aplicadas a cada um desses regimes a serem acordados entre as partes, é o ponto inicial para compreendermos a liberdade e autonomia das partes.

O nosso ordenamento jurídico apresenta 5 regimes de bens a serem adotados. Excetuando o regime da separação obrigatória de bens, o qual o legislador estabeleceu um rol taxativo para sua adoção, os demais são de livre escolha dos particulares, são eles: Comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, separação convencional de bens e participação final nos aquestos.

Neste sentido, menciona Cristiano Chaves:

Dessa maneira, afora as excepcionais situações expressamente contempladas no texto legal (CC, art. 1.641), nas quais impõe o legislador um especial regime separatório dos bens, poderão os nubentes, quando da habilitação matrimonial perante o Cartório do Registro Civil de Pessoas Naturais, livremente, eleger o estatuto patrimonial do casamento. Para a adoção de um determinado regime de bens basta às partes a simples menção ao seu título ou mesmo aos artigos de lei que o regulamentam. É o chamado princípio da variedade de regimes¹

Ainda, a liberdade conferida aos particulares na escolha do regime a ser adotado pelo casal encontra respaldo no Artigo 1.640, parágrafo único do Código Civil: “Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.”².

Ressalta-se, face o artigo supracitado, que com a exceção do regime da comunhão parcial de bens, todos os demais devem ser manifestados expressamente no pacto antenupcial, sob forma solene, mediante escritura pública.

Portanto, é possível entender que o sistema jurídico brasileiro possibilita aos nubentes a escolha do regime de bens a ser adotado pelo casal, concede a liberdade aos cônjuges em manifestar sua vontade, uma vez que o regime de bens escolhido, influenciará diretamente sobre o patrimônio das partes.

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil. Famílias*. v.6. 7 ed. São Paulo: Atlas S.A. 2015, p. 285.

² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 22 out. 2019

Nos seguintes tópicos, busca-se ilustrar tais regimes de bens, colocando em destaque o regime da separação convencional de bens e a autonomia das partes quando da sua escolha.

1.1 REGIME DE BENS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Consoante o atual ordenamento jurídico brasileiro, cinco regimes de bens possuem previsão no Código Civil, dentre os quais, quatro podem ser convenionados conforme a vontade das partes, e um possui caráter impositivo, sendo a sua adoção compulsória.

Haja vista os inevitáveis efeitos patrimoniais que resultam do matrimônio, considerando-se a unidade familiar que se forma, surge a necessidade de regulamentação desses efeitos, a fim de que os cônjuges tenham seus direitos resguardados.

Em breve análise histórica, tendo em vista a evolução da sociedade, a mulher, que até os anos 70, em regra, somente cuidava da casa enquanto o único provedor era o marido, atualmente divide as despesas e é também provedora, por vezes a única provedora, e, consoante a esse novo cenário social, ampliaram-se as possibilidades de escolha do regime de bens a ser adotado, de modo a satisfazer os anseios das partes.

Portanto, o instituto do regime de bens surge para possibilitar aos cônjuges a liberdade de escolha no que tange a seu patrimônio, tendo em vista ser uma relação *inter partes*. Resguarda-se, para tanto, a liberdade e autonomia de escolha das partes envolvidas, para que, dessa forma, possam ser supridas suas necessidades e suas vontades.

Nesse sentido, Rolf Madeleno discorre que:

Dentro desse princípio de variedade de regimes matrimoniais está implícito o princípio da liberdade de escolha, qual seja o de os cônjuges e conviventes convenionarem acerca do regime que melhor lhes aprouver, mas essa liberdade de escolha precisa ser exercida no casamento através de um pacto antenupcial, ou através de um contrato de convivência no caso da união estável ³

O regime de bens a ser escolhido pelos nubentes no pacto antenupcial pode variar entre o regime da comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos e separação convencional ou pactuada. Todavia, há ainda o regime da separação obrigatória de bens, por força impositiva da norma em determinadas situações trazidas no texto legal.

3 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013, p 700.

Veja-se um breve resumo dos regimes de bens que constitui o ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para o regime da separação pactuada ou convencional de bens, uma vez que este é foco do presente trabalho.

1.1.1 Regime da comunhão parcial de bens

O regime da comunhão parcial de bens determina a comunicabilidade de todos os bens do casal após a contração do matrimônio. Desta forma, quaisquer bens adquiridos após o casamento, irão pertencer a ambas as partes, de forma igualitária. Neste sentido, pouco importa em nome de quem está o bem, ou comprovantes de pagamentos realizados por somente uma das partes, pois, neste regime, ambos os cônjuges possuem direitos sobre todos os bens adquiridos após o matrimônio.

O regime da comunhão parcial de bens é o mais comum regime adotado, mesmo porque, é o regime automático caso as partes não se manifestem a respeito de qual regime de bens pretendem adotar. Portanto, em caso de omissão dos nubentes, logo, caso não haja convenção em sentido de regime contrário, será este o regime aplicado para fins patrimoniais.

Pode-se afirmar, então, que o regime da comunhão parcial de bens é o regime supletivo à vontade das partes. Assim defende o doutrinador Cristiano Chaves, ao explicar o mencionado regime de bens da seguinte forma:

Tratada pela legislação brasileira como regime supletivo de vontade, a comunhão parcial dispensa, como visto anteriormente, a celebração de pacto antenupcial, prevalecendo no silêncio das partes ou na hipótese de invalidade da convenção. É regime pelo qual se estabelece um componente de certo modo ético entre os cônjuges: o que é meu é meu, o que é seu é seu e o que é nosso, metade de cada um, reservando a titularidade exclusiva dos bens particulares e estabelecendo comunhão dos bens adquiridos, a título oneroso, durante a convivência.⁴

Destaca-se que nem todos os bens adquiridos na constância do casamento irão integrar o patrimônio comum do casal, haja vista que os bens adquiridos a título gratuito, como a doação e herança, não serão integralizados. Neste sentido, conclui-se que somente os bens adquiridos a título oneroso, ou até mesmo eventual, como é o caso da loteria, irão integrar o patrimônio comum.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil. Famílias*. v.6. 7 ed. São Paulo: Atlas S.A. 2015, p. 321.

1.1.2 Regime da comunhão universal de bens

Ao adotar o regime da comunhão universal de bens, o casal opta por uma total comunicabilidade e integração de seus bens. Dessa forma, dispõe-se para esse regime de bens, que todos os bens do casal se comunicam, integralizados como um só patrimônio, assim, a universalidade de bens de ambas as partes será tida como uma só.

Nesse sentido, tudo pertence ao casal, comunica-se, para tanto, todos os bens adquiridos antes e depois da contração matrimonial. Destaca-se, para tanto, o artigo 1.667 do Código Civil, o qual estabelece que “O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.”⁵

O artigo seguinte a que menciona o disposto acima, determina quais bens estarão escusos da comunhão, apresenta, portanto, uma exceção a regra de comunicabilidade integral dos bens do casal. São estes bens, conforme o artigo 1.668 do Código Civil:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

- I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados em seu lugar;
- II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
- III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
- IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
- V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.⁶

Depreende-se dos artigos mencionados que a regra que então rege o regime da comunhão universal de bens é a da total integralização do patrimônio do casal, considerando-se para tanto os bens preexistentes ao casamento, bem como os bens adquiridos na constância do mesmo. No entanto, a regra da total comunicação de bens não é absoluta, sendo excluídos os bens elencados no artigo 1.668 do Código Civil.

⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 14 nov. 2019

⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 14 nov. 2019

1.1.3 Separação obrigatória de bens

Como efeito, o regime da separação obrigatória de bens impõe e incomunicabilidade do patrimônio dos nubentes, neste sentido, todos os bens preexistentes ao matrimônio, bem como os bens adquiridos na constância do mesmo, serão incomunicáveis.

Por consequência, em caso de divórcio, cada cônjuge fica com o que lhe pertence, assim sendo, a incomunicabilidade patrimonial é absoluta, não havendo bens comuns a serem partilhados.

Regime diverso dos demais, o regime da separação obrigatória de bens não é um regime a ser convencionado pelas partes, não perpassa, para sua adoção, pela autonomia de vontade dos nubentes. É o regime de bens obrigatório a ser adotado nos casos em que determina o legislador, sendo, portanto, imposto por determinação legal.

A este modo, conforme estabelece o artigo 1.641 do Código Civil, o regime da separação obrigatória de bens será impositivo àqueles que contraírem matrimônio sem observar as causas suspensivas à celebração do casamento, das pessoas com idade superior a 70 anos, bem como a todos os que dependem de autorização judicial para a celebração do casamento.⁷

As causas suspensivas acima mencionadas encontram respaldo no artigo 1.523 do Código Civil. De modo a evitar a confusão patrimonial, o legislador entendeu que não deveria haver casamento nas situações listadas no artigo, contudo, caso ocorresse o matrimônio, este deveria ser regido pela separação obrigatória de bens.

São as causas suspensivas determinadas pelo artigo 1.523:

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.⁸

⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 14 nov. 2019

⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 14 nov. 2019

Nesta toada, entende-se que o regime da separação obrigatória de bens não é um regime habilitado à escolha dos nubentes, e sim uma imposição legislativa para determinadas situações que o legislador entendeu clamarem por uma maior proteção patrimonial aos envolvidos, impondo, para tanto, a não comunicação de bens.

1.1.4 Participação final nos aquestos

A priori, destaca-se o significado da palavra aquesto, que nada mais é do que “bem adquirido da constância do casamento”.⁹

O regime de bens em questão requer, para sua melhor compreensão, entender os efeitos a que se submetem os regimes da separação total de bens e o da comunhão parcial. De forma simplória, o regime da separação total de bens tem por efeito a incomunicabilidade patrimonial, enquanto que, o regime da comunhão parcial de bens, tem por efeito a comunicação patrimonial dos bens adquiridos tão somente na constância do casamento.

Isto posto, o regime de participação final nos aquestos seria uma mistura dos dois regimes citados, o da separação total de bens e o da comunhão parcial. Ocorreria da seguinte forma, na constância do casamento, o regime de bens será o da separação total, porém, em caso de divórcio, aplica-se o regime da comunhão parcial.

Como consequência, ambos os cônjuges possuem o resguardo dos bens preexistentes ao casamento, assim como os bens a que venham adquirir no matrimônio em nome próprio, sendo estes bens individuais, pertencentes a cada uma das partes sem qualquer comunicação. Contudo, findo o matrimônio, deve-se avaliar os bens comuns adquiridos no casamento, e estes bens, denominados aquestos, serão partilhados pelo casal.

De forma objetiva, Maria Berenice Dias explica o mencionado regime de bens:

Participação final nos aquestos - existem cinco universalidades de bens: (1) os bens particulares que um possuía antes de casar; (2) os bens que o outro já possuía. Depois do casamento, surgem mais três conjuntos: (3) o patrimônio adquirido por um dos cônjuges em nome próprio; (4) os adquiridos pelo outro em seu nome; e (5) os bens comuns adquiridos pelo casal. No caso de dissolução do vínculo, cada cônjuge fica com seus bens particulares e com a metade dos comuns. Com relação aos bens próprios de cada um, adquiridos durante o casamento, são compensados os respectivos valores. No caso de desequilíbrio, surge o crédito de um junto ao outro.¹⁰

⁹ DOS SANTOS, Washington. Dicionário jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Delrey, 2001.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

1.2 REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

Ao escolher o regime da separação convencional de bens, o casal opta, por manifesta expressão de vontade, por se submeter aos efeitos advindos desse específico regime de bens.

Conforme dispõe o artigo 1.687 do Código Civil “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.”¹¹

O regime da separação convencional de bens, portanto, estipula a incomunicabilidade patrimonial, incluindo-se, nesta toada, tanto os bens existentes previamente a contratação matrimonial quanto aqueles adquiridos durante o matrimônio. Assim, os bens pertencentes a cada um dos cônjuges serão administrados exclusivamente por seu titular.

Cristiano Chaves define bem o regime da separação convencional ao colocar em seu livro que:

A separação convencional de bens é o regime de bens que promove uma absoluta diáspora patrimonial, obstando a comunhão de todo e qualquer bem adquirido por cada cônjuge, antes ou depois do casamento, seja a título oneroso ou gratuito. Outorga-se a cada esposo uma independência absoluta quanto aos seus bens e obrigações, no presente e no futuro. Enfim, nos matrimônios celebrados pela separação convencional, cada cônjuge mantém um patrimônio particular, inexistindo qualquer ponto de interseção de bens.¹²

Assim sendo, em razão do efeito da incomunicabilidade patrimonial, em caso de divórcio, não serão partilhados quaisquer bens entre o casal, não havendo a divisão dos mesmos, ficando cada cônjuge com a parte que lhe cabe, face os bens particulares de cada um. Neste sentido, não há que se falar em bens comuns ou comunhão de patrimônio, a separação de bens é absoluta.

A não comunicação de bens é comum ao regime da separação convencional de bens e ao regime da separação obrigatória de bens, no entanto, este último impõe as situações em que este regime deve ser adotado, impreterivelmente, sendo uma imposição legislativa, não havendo qualquer autonomia das partes envolvidas, não sendo, deste modo, uma opção.

¹¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 16 nov. 2019

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil. Famílias*. v.6. 7 ed. São Paulo: Atlas S.A. 2015, p. 331.

Em contrapartida, o regime da separação convencional de bens é de livre escolha dos nubentes, sendo uma possibilidade de regime a ser adotado no pacto antenupcial, mediante expressa manifestação das partes. Deste modo, as partes convencionam em optar por este regime de bens, o qual, diversamente do regime da separação obrigatória, permite a autonomia de vontade das partes.

Ademais, Stolze ratifica a importância da autonomia da vontade quando da escolha desse regime de bens, afirmando que “O regime de separação convencional de bens é de simples compreensão e guarda íntima conexão com o princípio da autonomia privada”.¹³

Por conseguinte, depreende-se ser intrínseco a este regime de bens o princípio da autonomia da vontade, uma vez que só é possível aplicá-lo quando fundamentado na livre manifestação de vontade dos envolvidos.

1.3 PACTO ANTENUPCIAL COMO CONCRETIZAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia da vontade é a liberdade que as partes envolvidas em um negócio jurídico possuem para se manifestar e decidir conforme sua expressão de vontade. Neste sentido, é a pura liberdade na relação *inter partes*.

Segundo o que dispõe Pablo Stolze a respeito da autonomia da vontade:

Trata-se de um dos mais importantes princípios do tradicional Direito Civil, também respaldado na contemporaneidade, e que fundamenta a celebração de negócios jurídicos, valendo destacar que a manifestação da vontade é justamente um dos seus elementos existenciais.¹⁴

Neste sentido, ao conceder aos nubentes a possibilidade de optarem por um determinado regime de bens, o legislador concede às partes a autonomia para que possam manifestar sua vontade sobre quais efeitos patrimoniais pretendem se submeter ao contrair matrimônio, estando tais efeitos submetidos a escolha do regime de bens pelo casal.

O Estado, portanto, reconhece a capacidade das partes para adotar um determinado regime de bens a sua escolha, mediante o pacto antenupcial. Nessa toada, se em vida as partes

¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões.v.7*. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 226.

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões.v.7*. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.71.

dispuseram sobre a sua vontade, houve a concretização da autonomia da vontade das partes sobre a escolha do regime de bens que viria a prosperar no matrimônio, devendo a sua liberdade de escolha ser respeitada.

Este pensamento é adotado por Daniela Russowsky Raad, em sua dissertação de mestrado “O exercício da autonomia privada no direito sucessório: uma reflexão a partir da eficácia do regime da separação de bens”, o qual afirma que:

Verificado, ao seu turno, o pacto antenupcial como pura expressão da autonomia privada inserida na seara do Direito de Família, sua eficácia deve ser assegurada em todas as esferas da matéria civil relacionadas aos indivíduos. É consequência lógica do próprio direito de personalidade de liberdade, sendo ferramenta pela qual os cônjuges buscam atingir o seu projeto de vida em comum.¹⁵

O pacto antenupcial seria então instrumento de concretização da autonomia da vontade dos indivíduos que integram aquela relação. O poder de escolha é o que garante aos nubentes sua liberdade, sem essa garantia, não há autonomia.

Sendo assim, quando o casal manifesta expressamente sua vontade em adotar uma das possibilidades de regime de bens, está, por sua vez, determinando como quer sua disposição patrimonial, visando a comunicabilidade, total ou parcial, ou a incomunicabilidade de seus bens, de forma a concretizar a autonomia que lhes foi concedida para escolher, à sua vontade, como se dará, ou não, a comunicabilidade patrimonial.

O pacto antenupcial, portanto, é um instrumento de concretização da autonomia de vontade quando da contração matrimonial. Ao possibilitar que os nubentes possam escolher o regime de bens ao qual estarão submetidos, estão intrínsecas, nesta relação privada, a liberdade e a autonomia de cada uma das partes para que possam dispor de seus bens da forma que acreditarem ser a melhor, portanto, as partes possuem a liberdade para escolher qual regime de bens mais se adequa a sua vontade, interesse patrimonial e planejamento familiar.

¹⁵ RAAD, Daniela. *O exercício da autonomia privada no direito sucessório: uma reflexão a partir da eficácia do regime da separação de bens*. 2018. 109 f. Tese (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 104.

1.4 DESRESPEITO AO PACTO ANTENUPCIAL E A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A garantia de que o pacto antenupcial e seus efeitos terão aplicabilidade é, primeiramente, constitucional, deve haver o respeito ao princípio da dignidade humana, permitindo que os cônjuges possam exercer sua autonomia de escolha sobre um patrimônio privado que tão somente os pertence e, uma vez que as partes manifestaram, de forma expressa, sua vontade, a inobservância do pacto antenupcial indicaria uma clara violação deste princípio, cerceando a liberdade e autonomia das partes.

A liberdade de escolha e autonomia de vontade conferidas nesta relação privada dignificam o ser humano. O poder de escolha, a liberdade individual conferida a cada um dos cônjuges ao optarem por um determinado regime de bens, integram um dos mais importantes princípios constitucionais, o da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha, concretizar a vontade das partes estabelecida no pacto antenupcial, é possibilitar que os direitos fundamentais dos cônjuges sejam respeitados, uma vez que a relação posta em discussão é eminentemente privada.

Desta forma, a inobservância do pacto antenupcial disposto, em contrapartida, converge no desrespeito constitucional sobre aquela concretização de vontade, violando a liberdade pessoal e negocial entre as partes.

A autora Nádia Reis Barbosa, em seu Trabalho de Conclusão de Curso “Direito sucessório do cônjuge supérstite”, defende que, se houver consequência diversa do pactuado, há o desrespeito à liberdade de escolha, e, desta forma, conseqüentemente o desrespeito ao princípio constitucional da liberdade, sendo este expressão do princípio da dignidade da pessoa humana. Afirma que “não há dignidade se a pessoa não tem a liberdade de organizar seu projeto de vida privada, patrimonial e familiar”.¹⁶

¹⁶ BARBOSA, Nádia. *Direito sucessório do cônjuge supérstite*. 2017. 43 f. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2017, p. 40.

2 INTERVENÇÃO ESTATAL NO DIREITO SUCESSÓRIO FRENTE A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE COM OS DESCENDENTES DO *DE CUJUS* NO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

Consoante ao disposto anteriormente, o desrespeito ao pacto antenupcial resulta na violação da dignidade e liberdade das partes, contudo, necessário se faz analisar sob quais aspectos ocorreria, de fato, esse desrespeito à autonomia de vontade das partes.

Com a abertura da sucessão, a depender do regime de bens, ocorre o instituto da concorrência do cônjuge supérstite com o patrimônio do *de cujus*, e é com base nesse instituto a análise a seguir proposta, estudando, em específico, o regime da separação convencional de bens e o que este dispõe e propaga, a incomunicabilidade patrimonial.

2.1 SUCESSÃO LEGÍTIMA

Depreende-se por sucessão legítima aquela que ocorre por presunção da lei quando não há um testamento, ou, havendo, seja este parcial, logo, não abrangendo todos os bens, quando é declarado nulo, ou simplesmente caduca. É a presunção legal a que faz o legislador sobre qual seria a vontade do falecido. Assim, na sucessão legítima, as regras a ela aplicadas estão expressamente dispostas em lei.

Nessa toada, o artigo 1.829 do Código Civil estabelece quem são os herdeiros legítimos, são estes, respectivamente na ordem de preferência, os descendentes, os ascendentes, o cônjuge sobrevivente e os colaterais, estes, contudo, até o 4º grau.

No entanto, cabe ressaltar que, dentre os herdeiros legítimos, os descendentes, ascendentes e cônjuge são herdeiros necessários, logo, estão protegidos pela legítima, entretanto, os colaterais, apesar de herdeiros legítimos, são facultativos, como consequência, diferente dos herdeiros necessários, podem ser excluídos do patrimônio do autor da sucessão por intermédio de testamento.

Como integrantes da legítima, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge não podem ser excluídos da sucessão do autor da herança, contudo, ainda assim, devem cumprir com a ordem de preferência mencionada.

Nesse sentido, os herdeiros, sejam necessários ou facultativos, irão suceder, portanto, por direito próprio quando respeitada a ordem de preferência prevista em lei. Assim, com a morte do autor da sucessão, os descendentes o irão suceder por direito próprio, pois são os

primeiros na ordem de preferência, contudo, não havendo descendentes, passa a suceder por direito próprio os ascendentes, seguindo a ordem, não havendo ascendentes, sucede por direito próprio o cônjuge e, em último caso, não havendo cônjuge, sucede por direito próprio os colaterais até o 4º grau.

Ressalta-se que os parentes de grau mais próximo afastam os de grau mais remoto, logo, se o autor da sucessão deixou dentre os seus descendentes filhos e netos, somente os filhos sucederão por direito próprio, por serem estes os de grau mais próximo ao autor da sucessão. Ademais, toda a linha de descendentes deve se esgotar para que os ascendentes possam suceder por direito próprio, e assim, sucessivamente na ordem de preferência.

2.2 SUCESSÃO DO CÔNJUGE NOS REGIMES DE BENS

Percebe-se que o cônjuge sucede por direito próprio quando observada a ordem de preferência mencionada no artigo 1.829 do Código Civil. Conforme a ordem de vocação hereditária, o cônjuge sucede por direito próprio caso não haja qualquer herdeiro legítimo mais habilitado na sucessão.

Nesse sentido, seria necessário a inexistência de qualquer descendente e ascendente para que o cônjuge viesse a ser considerado o mais habilitado a suceder, estando os colaterais abaixo do cônjuge na ordem de preferência.

Contudo, há a possibilidade do cônjuge suceder em concorrência com aqueles que seriam mais habilitados por integrarem as classes sucessórias precedentes, quais sejam os descendentes e os ascendentes do autor da herança.

2.2.1 Instituto da concorrência

Visando possibilitar ao cônjuge uma possível participação no patrimônio do falecido, o legislador criou o instituto da concorrência. A concorrência do cônjuge está prevista no artigo 1.829 do Código Civil, o qual dispõe:

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Veja Recurso Extraordinário nº 646.721 e nº 878.694)

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.¹⁷

Por óbvio, só há a possibilidade do cônjuge concorrer com os descendentes ou com os ascendentes, pois somente estes grupos possuem preferência em relação a ele na sucessão legítima. Não havendo essas duas classes anteriores, o cônjuge sucede por direito próprio, descabendo o instituto da concorrência.

Necessário se faz diferenciar a meação de herança, enquanto que a meação diz respeito ao regime de bens adotado pelo casal, a herança está atrelada a morte do indivíduo. Nesse sentido, a depender do regime de bens convencionado, o cônjuge ou companheiro tem direito à meação, e, estando na condição de meeiro, não há que se falar em sua concorrência, pois o seu direito à meação está atrelado ao regime de bens escolhido, não com a abertura da sucessão. Portanto, não há que se falar na concorrência do cônjuge sobre um patrimônio o qual já possui direito em sua condição de meeiro.

Dessa forma, cabe salientar que, estando o instituto da concorrência diretamente atrelado ao regime de bens escolhido no matrimônio, este não é um direito absoluto do cônjuge.

Como objeto do presente trabalho, discorre-se a seguir a respeito da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do *de cujus* nos regimes de bens envolvidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, dando destaque para a concorrência frente ao regime da separação convencional de bens.

2.2.2 Concorrência nos regimes da comunhão universal, comunhão parcial, separação obrigatória e participação final nos aquestos

A concorrência do cônjuge com os descendentes do falecido, não será aplicada a todos os regimes de bens, afinal, a depender do regime de bens, o cônjuge possui direito a meação do todo patrimonial, pois essa universalização de bens é comum ao casal.

O disposto acima se aplica ao regime da comunhão universal de bens, uma vez que os bens integram um todo unitário, ambas as partes possuem direito sobre metade do todo patrimonial, desse modo, com a morte de um dos cônjuges, o cônjuge supérstite faz jus a meação da totalidade desse patrimônio.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 17 nov. 2019

Assim, não faria sentido aplicar a concorrência do cônjuge sobrevivente na herança do falecido uma vez que o cônjuge é meeiro de todo o patrimônio, fazendo jus, portanto, a metade patrimonial, haja vista que o patrimônio é considerado bem comum do casal.

Do mesmo modo, não há a concorrência do cônjuge supérstite para com os descendentes em caso do regime ser o da separação obrigatória de bens. Nesse caso, a não concorrência do cônjuge seria explicada simplesmente pela própria natureza jurídica do regime da separação obrigatória de bens, uma vez que este, forçosamente, estipula a incomunicabilidade patrimonial, seria contraditório permitir a possibilidade de comunicação pós morte.

O doutrinador Pablo Stolze apresenta as justificativas para a não concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes da seguinte forma:

A proibição da concorrência sucessória quando o regime de bens adotado houvesse sido o da comunhão universal ou da separação obrigatória é facilmente explicada. No primeiro caso, entendeu o legislador que a opção pela comunhão total já conferiria ao sobrevivente o amparo material necessário, em virtude das regras atinentes ao próprio direito de meação. No segundo caso, a contrario sensu, uma vez que a própria lei instituiu uma forçada separação patrimonial, sentido não haveria em se deferir uma comunhão de bens após a morte.¹⁸

Isto posto, após verificar sob quais regimes de bens não se aplica a concorrência do cônjuge sobrevivente para com os descendentes, há de se analisar o regime da comunhão parcial de bens, uma vez que este depreende uma análise minuciosa para verificar a possibilidade, ou não, da concorrência do cônjuge sobrevivente na herança do falecido.

Como visto, o regime da comunhão parcial de bens estabelece a comunicação dos bens adquiridos na constância do matrimônio, excluindo-se, assim, os bens preexistentes. Os bens preexistentes ao casamento serão considerados bens particulares da parte e, neste sentido, havendo bens particulares, ocorre a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes, contudo, não havendo bens particulares, não ocorre o instituto da concorrência.

O raciocínio é o seguinte, se o *de cuius* possuía bens particulares, o cônjuge sobrevivente poderá concorrer sobre esses bens particulares, pois são bens exclusivos do falecido. Entretanto, se não há bens particulares do autor da sucessão, somente bens comuns adquiridos na constância do casamento, não há que se falar em concorrência, pois, sobre os

¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*.v.7. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.231.

bens comuns do casal, o cônjuge sobrevivente irá receber metade do patrimônio, uma vez que é meeiro da parte comum.

Neste sentido entende Stolze ao dispor que:

A norma legal proíbe que o cônjuge sobrevivente, que fora casado sob o regime de comunhão parcial de bens, concorra com os descendentes na herança, caso o falecido NÃO haja deixado bens particulares. Trata-se da regra do “duplo não”: se “NÃO” deixou bens particulares, concorrência “NÃO” haverá. Em outras palavras, sem prejuízo do seu direito próprio de meação, a(o) viúva(o) terá direito concorrencial, em face dos descendentes, quanto aos bens particulares deixados pelo falecido, quando o regime adotado houver sido o da comunhão parcial de bens.¹⁹

Conclui-se, seguindo o disposto, que, para que seja possível determinar a possibilidade de concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes sobre a herança do falecido nesse regime de bens, é necessário verificar, *a priori*, se o autor da sucessão possuía ou não bens particulares.

Ademais, o regime da participação final nos aquestos também acolhe o instituto da concorrência, sendo sua atuação semelhante ao exposto para a comunhão parcial de bens. Ora, como visto anteriormente, o regime da separação final nos aquestos seria um compilado de características tanto do regime da separação total de bens, quanto do regime da comunhão parcial.

Uma vez que aplica-se as regras da separação total durante o matrimônio, possibilitando a individualidade dos bens dos cônjuges, com o fim do matrimônio, aplicar-se-á as regras da comunhão parcial, para tanto, os bens adquiridos na constância do casamento, deverão ser partilhados comumente, sendo os bens adquiridos antes do matrimônio, bens particulares de cada parte

Dessa forma, haja vista que com a abertura da sucessão ocorre a dissolução do matrimônio, os aquestos advindos do casamento, pertencentes a ambos os cônjuges, entrarão como bens comuns do casal, tendo, o cônjuge supérstite, direito a meação desses bens, com isso, não há que se falar em sua concorrência sobre esta parte do patrimônio.

No entanto, assim como ocorre no regime da comunhão parcial de bens, os bens particulares que integram o patrimônio do falecido serão submetidos ao instituto da concorrência, vez que não são considerados bens comuns ao casal, não sendo, portanto,

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*.v.7. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.231.

sujeitos à meação. Nesse caso, o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes do falecido sobre esses bens exclusivos do *de cuius*.

2.2.3 Concorrência no regime da separação convencional de bens

Diante do regime da separação convencional de bens, a incomunicabilidade patrimonial se opera em sua totalidade, sendo a separação de bens absoluta. As partes, ao escolherem este regime de bens, buscam, por meio da sua autonomia da vontade, optar pela não comunicação de bens, sejam estes preexistentes ou adquiridos na constância do casamento.

Contudo, ainda que manifestem sua vontade visando a incomunicabilidade de seus bens, o legislador estabeleceu que, no regime da separação total de bens, há a concorrência do cônjuge sobrevivente junto aos descendentes na herança do *de cuius*. Para tanto, entendeu o legislador que, como todos os bens seriam particulares, uma vez estabelecida sua incomunicabilidade, o cônjuge supérstite poderia concorrer sobre estes bens

Cabe destacar que a meação em momento algum fora citada ao tratar do mencionado regime de bens, isto porque não há que se falar em meação de bens particulares, a meação consiste em dividir em partes iguais os bens comuns adquiridos pelo casal, sendo cada um meeiro do todo constituído comumente. A concorrência, por sua vez, será tão somente sobre os bens particulares, haja vista que sobre o bem comum o cônjuge já adquirirá sua parte como meeiro.

Por este motivo, no regime da separação convencional de bens, por somente se vislumbrar a existência de bens particulares, a concorrência se dá sobre a totalidade patrimonial que pertencia ao falecido.

Todavia, a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes no regime da separação convencional de bens traz algumas insatisfações no mundo jurídico, uma vez que essa regra representaria uma contradição à vontade das partes, que ao optarem pelo regime da separação de bens, manifestam em desfavor da comunicabilidade de seus bens.

Ainda, conforme a justificativa utilizada pelo legislador para a não aplicação da concorrência no regime da separação obrigatória de bens, qual o seja como dito anteriormente, não tornar contraditório o imposto no regime, vez que o próprio legislador

impôs a obrigatoriedade da incomunicabilidade de bens, ainda que após a morte, o mesmo raciocínio poderia ser utilizado para o regime da separação convencional de bens.

Ora, se o próprio legislador concedeu aos nubentes a liberdade para optar por um regime de bens que propaga a total incomunicabilidade patrimonial, seria contraditório esse mesmo legislador estabelecer um instituto que impõe a comunicabilidade dos bens os quais as partes já manifestaram sua vontade em sentido contrário, ainda que após a morte.

Consoante ao mencionado, Pablo Stolze compartilha do pensamento de incoerência e contradição quando da concorrência do cônjuge neste regime de bens:

Vale dizer, se João e Maria optaram por se unir matrimonialmente segundo o regime de separação convencional, com a morte de qualquer deles, os filhos (do falecido) suportarão a concorrência da viúva (ou viúvo) que, conforme dito, não necessariamente é o seu pai ou a sua mãe. E isso soa muito estranho, pois, se optaram por uma completa separação patrimonial durante toda a vida, não teria sentido se estabelecer uma comunhão forçada com os herdeiros do falecido após a morte.²⁰

Ressalta-se que a vontade inicial das partes, incluindo a do falecido, não foi observada pelo legislador ao impor o instituto da concorrência, não possibilitando qualquer alternativa às partes para que, em caso de morte de um dos cônjuges, seu desejo inicial continuasse a vigorar.

2.3 INTERVENÇÃO ESTATAL NO INSTITUTO DA CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES E AUTONOMIA DA VONTADE

O Estado, ao passo em que confere aos nubentes a possibilidade de optarem sobre como e de que forma querem dispor de seu patrimônio, escolhendo para tanto o regime de bens que melhor se adequa a realidade do casal, retira de ambos os indivíduos sua capacidade de escolha e dignidade, uma vez que, caso os cônjuges tenham optado pelo regime da separação convencional e um venha a falecer, a vontade já expressamente manifestada pelo casal no pacto antenupcial, não será respeitada.

Possibilitar que os cônjuges optem pela incomunicabilidade de seus bens no regime de separação convencional, para que, com a morte, essa escolha seja mitigada pela concorrência do cônjuge sobrevivente, é retirar a natureza jurídica do regime da separação convencional de

²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*.v.7. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.239.

bens, impondo a comunicabilidade dos bens, ainda que indesejada pelas partes que compuseram a relação privada.

Nesta toada, Nádía Reis Barbosa, defende que:

A vontade do legislador do Código Civil de 2002 de proteger o direito sucessório extrapolou o limite da necessidade da intervenção estatal na regulação de direitos privados. Na prática, o Estado, ao obrigar que o cônjuge seja herdeiro, afronta o que foi estipulado pelos nubentes quando da escolha do regime de bens do casamento e fere o princípio da autonomia da vontade.²¹

Mediante esta linha de pensamento, Cristiano Chaves entende que “apesar de conceder aos cônjuges a liberdade de escolha do regime de separação absoluta com a mão direita, o Código Civil, com a mão esquerda, parece estar a retirar deles a eficácia prática do aludido regime, em caso de falecimento”²²

A intervenção Estatal ultrapassa os limites em uma relação fundamentalmente privada, tendo as partes manifestado sua vontade de forma expressa, uma vez que a escolha pelo regime da separação convencional de bens deve ser feita por meio de escritura pública.

Ambas as partes, capacitadas, uma vez que escolheram o regime de separação total de bens, possuíram o discernimento para abrir mão do regime automático de comunhão parcial e optarem por um regime que impede a comunicação de seus bens, isso por sua própria vontade e iniciativa.

Nádía Reis Barbosa, em seu Trabalho de Conclusão de Curso cujo tema intitulava-se por “Direito sucessório do cônjuge supérstite”, entende que o legislador, ao inserir o instituto da concorrência no regime da separação total de bens, já de forma contrária ao estabelecido no regime de bens escolhido, contraria a vontade do falecido, o Estado não respeita essa vontade já manifestada, pois designa parte de seu espólio a quem o falecido jamais quis, em vida, que tivesse direito a tais bens.

Ainda, a autora afirma que:

Quando os cônjuges desejam dividir bens patrimoniais, eles se casam sob os regimes que permitem tais comunicações. E mesmo quando se casam sob o regime da

²¹ BARBOSA, Nádía. *Direito sucessório do cônjuge supérstite*. 2017. 43 f. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2017, p. 40.

²² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Coleção de curso de Direito civil. Sucessões. v.7. 2 ed.* Salvador – Bahia: Juspodivm. 2016, p. 307.

separação de bens e ainda assim querem deixar, em sucessão, quaisquer bens ao cônjuge, podem fazê-lo por meio de testamento.²³

As partes, ao escolher o regime da separação total, escolheram um regime específico de bens para que as consequências desse regime fossem observadas. Ao habilitar os nubentes para que possam escolher, por sua livre vontade, o regime de bens, o legislador possibilita a escolha pela incomunicabilidade de bens, e, essa manifestação expressa, quando mitigada pela concorrência do cônjuge nesse regime, não possibilita, de fato, a escolha do regime de bens, pois o resultado final é contrário àquele pactuado.

Frente a essa intervenção estatal, ainda defende Cristiano Chaves que “impor, obrigatoriamente, a produção de efeitos patrimoniais, mesmo contra a vontade dos consortes, nos parece uma indevida ingerência estatal em relação fundamentalmente privada, sem qualquer interesse público ou social.”²⁴

Nesse sentido, obrigar que, após a morte, a comunicabilidade patrimonial dos cônjuges não seja opcional, haja vista a imposição legislativa da concorrência do cônjuge sobrevivente, é retirar dos mesmos sua autonomia, ignorar sua vontade expressa e admitir uma forte intervenção estatal na vida privada, sendo o legislador, por sua vez, contraditório ao possibilitar a escolha pela não comunicação de bens e, ao mesmo tempo, impor essa comunicação por meio da concorrência.

Ademais, salienta-se que, sob o olhar de uma perspectiva histórica, a tendência é verificar uma intervenção cada vez menor do Estado no Direito das Famílias, bem como no que tange ao planejamento familiar e patrimonial das partes.

Ora, exemplo dessa evolução é a relação do divórcio com o mundo jurídico, vez que este veio a ser permitido inicialmente com a emenda constitucional 9/1977, porém, abrangendo diversas restrições como somente sendo possível a dissolução do casamento após prévia separação judicial por mais de três anos ou prévia separação de fato por mais de cinco anos, com isso, no mesmo ano, foi aprovada a Lei do Divórcio, Lei nº 6.515/1977. Ao longo do período histórico, várias conquistas foram ganhando seu espaço no ordenamento jurídico brasileiro, como o reconhecimento da união estável, preliminarmente com o artigo 226, § 6º da Constituição Federal de 1988, regulamentado posteriormente com a Lei nº 8.971/94, complementado em sequência com a Lei nº 9.278/96, conhecida como Lei da União Estável,

²³ BARBOSA, Nádia. *Direito sucessório do cônjuge supérstite*. 2017. 43 f. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) – Programa de Graduação, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2017, p. 40.

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Coleção de curso de Direito civil*. Sucessões. v.7. 2 ed. Salvador – Bahia: Juspodivm. 2016, p. 293.

e, por fim, a concretização de toda essa jornada histórica em nosso atual Código Civil de 2002.

A busca jurídica conforme o lapso temporal almejou propiciar às partes uma maior liberdade em sua vida privada, isto posto, atualmente não há mais que se falar em prazo para que se possa requerer o divórcio, vez que este pode ser realizado a qualquer tempo. Seguindo a mesma lógica, buscando concretizar o princípio fundamental à liberdade, reconheceu-se a união estável, haja vista o não interesse de algumas pessoas em preencher todas as formalidades que um casamento impõe, concedendo, para tanto, os mesmos direitos daqueles que contraíram matrimônio. Desse modo, a vontade das partes ganhou espaço em razão de uma intervenção estatal excessiva sobre a vida privada.

Nesse sentido, nítida e transparente a percepção de que a intervenção estatal tenda a minimizar nas relações privadas, no que tange a família, ao patrimônio individual das partes, bem como seu planejamento patrimonial. Para tanto, no que diz respeito ao regime da separação convencional de bens, ser conivente com a escolha do legislador em estabelecer a concorrência do cônjuge com os descendentes do falecido à luz de um regime que somente existe em razão de sua característica preponderante da incomunicabilidade patrimonial, é entender uma inversão histórica da minimização da atuação do Estado na esfera familiar, e, portanto, compactuar com uma intervenção não mais cabível.

Consoante a tudo o que foi discorrido, Pablo Stolze ainda afirma que “Não poderia, pois, o legislador, a ferro e fogo, aniquilar a autonomia privada manifestada pelo falecido ao longo de toda uma vida”.²⁵

Cabe ainda destacar que não se trata da legitimidade do cônjuge como herdeiro, pois, em razão da sucessão legítima, este continuará mantendo sua posição de herdeiro necessário, seguindo, para tanto, a ordem de preferência legal. A questão aqui colocada diz respeito a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido uma vez que o próprio falecido manifestou vontade contrária a comunicação de seus bens, optou, para tanto, pelo regime da separação total ao contrair matrimônio.

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*.v.7. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.243.

3 APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 377 DO STF COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO

Preliminarmente, para que seja possível buscar uma solução para o problema jurídico em questão, faz-se necessário compreender os divergentes entendimentos acerca do assunto, bem como o Resp 992.749/MS e o julgado que o reformou, Resp 1.382.170/SP, mudando o entendimento acerca do instituto da concorrência no regime da separação convencional.

Dessa forma, torna-se possível então discorrer sobre como solucionar a questão em destaque de forma a observar todas as indagações e nuances sobre o tema, para que, da melhor forma, seja possível encontrar uma resposta que equilibre as relações jurídicas, permitindo a autonomia da vontade das partes, bem como a proteção que a reforma do Resp almeja.

3.1 ANÁLISE DO RESP 992.749 MS/2009 E SUA REFORMA

Abaixo, tem-se um breve quadro comparativo a fim de demonstrar as principais divergências entre o Resp 992.749/MS e o Resp 1.382.170/SP, que o reformou, buscando esclarecer os motivos que fundamentaram as respectivas decisões, a fim de que, posteriormente, seja possível vislumbrar a melhor solução jurídica.

	RESP 922.749/MS – 2009	RESP 1.382.170/SP - 2015
<u>Ementa</u>	Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens , celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência. - Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança	CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC. 1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil). 2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil. 3. Recurso especial desprovido.

legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica. - Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02. - Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes. - O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância. - **Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte.** Nos dois casos, portanto, **o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.** - **Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens.** Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos. - No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal – declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal – é a seguinte: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional,

optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos. - **A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”. - Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações..** - Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, **não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.** - Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens post mortem, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria. - Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública. - **O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida**

	<p>familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens lícitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade. Recurso especial provido. Pedido cautelar incidental julgado prejudicado.</p>	
<p><u>Acórdão</u></p>	<p>Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora.</p>	<p>Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Raul Araújo acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha e negando provimento ao recurso especial, por maioria, negar provimento ao recurso especial, vencido o Sr. Ministro Moura Ribeiro, Relator. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e Marco Aurélio Bellizze.</p>

Observada a breve comparação acima, pode-se verificar que, tendo em vista tema de igual conteúdo, suas consequências e resultados mostraram-se completamente diversas. Ressalvados os fundamentos que levaram a reforma do Resp 992.749, há de se observar que, enquanto um julgado nega, sem quaisquer ressalvas, a concorrência do cônjuge no regime da separação convencional de bens, o outro, por sua vez, permite a sua plena concorrência nesse mesmo regime.

A Ministra Nancy Andrighi, relatora do Resp 992.749/MS, ora reformado, discorreu em seu voto,

A índole da norma legal foi a de conferir maior independência aos cônjuges na disposição e administração de seus bens. Dessa forma, **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, nas palavras de MIGUEL REALE e JUDITH MARTINS COSTA (in Casamento sob o regime da

separação de bens, voluntariamente escolhido Documento: 888680 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 05/02/2010 Página 24 de 12 Superior Tribunal de Justiça pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial. Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 6, vol. 24, outubro a dezembro d 2005. Rio de Janeiro: Ed. Padma, 2005. p. 226) **“traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”**. (Grifo acrescido)

Ademais, salientou em seu voto a importância do princípio da liberdade e da autonomia das partes, destacou, para tanto, que essa manifestação de vontade deve ser respeitada como força normativa advinda do pacto antenupcial expressamente e livremente escolhido.

Assim, a regra que confere o direito hereditário de concorrência ao cônjuge sobrevivente não alcança nem pode alcançar os que têm e decidiram ter patrimônios totalmente distintos, sob pena de clara violação ao art. 1.687 do CC/02, notadamente quando a incomunicabilidade resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento. Sob a ótica da força normativa do pacto antenupcial, **é fundamental o respeito à vontade lícita e livremente manifestada pelos nubentes. Dotado de publicidade e eficácia de oponibilidade perante terceiros, a expressão de autonomia das partes por meio do pacto antenupcial, não pode ser aviltada**, sob pena de termos um direito muito volátil. (Grifo acrescido)

Em contrapartida, as fundamentações a que se ateu a Excelentíssima Ministra foram reformadas com o Resp 1.382.170/SP 2015, em sentido absolutamente diverso. O julgado em questão, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, afirmou a existência da concorrência do cônjuge supérstite no regime da separação convencional. O Ministro relator teve seu voto vencido, tendo em vista que, de acordo com seu saber e entendimento jurídico, não haveria a concorrência.

O voto vencedor, redigido pelo Ministro João Otávio de Noronha, fundamentou sua decisão no seguinte sentido:

Mas interpretação sistemática importa interpretação "no sistema", "dentro do sistema". E temos, no caso presente, dois sistemas diferentes: um é o da partilha de bens em vida; o outro é o da partilha de bens causa mortis. Se a mulher se separa, se divorcia e o marido morre, ela não herda. Esse é o sistema de partilha em vida. Contudo, se ele vier a morrer durante a união, ela herda porque o Código a elevou à categoria de herdeira. São coisas diferentes. Quem determina a ordem da vocação hereditária é o legislador. Ele pode construir um sistema para a separação em vida diverso do da separação por morte. E ele o fez. Ele estabeleceu um sistema para a partilha dos bens por causa mortis e outro sistema para a separação em vida decorrente do divórcio. O legislador distinguiu. Então, a interpretação aqui é sistemática sim, mas dentro dos respectivos sistemas. Não posso pegar um princípio daqui e outro princípio dali, fazer uma miscelânea e criar uma norma diferente daquela que está no Código.

Ao fundamentar seu voto, portanto, o Ministro alegou que os sistemas jurídicos que aplicam-se à vida e à morte são distintos, e, nesse sentido, não há que se misturar o que fora realizado e suas consequências em vida, com um outro sistema jurídico, que será regido por outras regras e consequências na morte.

Observadas as fundamentações que resultaram em ambos os julgados, o presente trabalho busca mais adiante analisar e propor uma possível solução jurídica que tenda a equilibrar ambos os entendimentos de forma que a satisfação do direito consiga efetivamente e eficazmente alcançar a sociedade em sua maior amplitude possível.

3.2 SÚMULA 377 DO STF E A MITIGAÇÃO DOS EFEITOS SUCESSÓRIOS NO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

Consoante ao que estabelece o regime da separação obrigatória, não há que se falar em comunicação dos bens, ainda que em caso de abertura da sucessão de um dos cônjuges. Para tanto, uma vez que essa incomunicabilidade é impositiva por força da lei, a regra é que os bens das partes envolvidas não possam se comunicar em razão da condição de vulnerabilidade de uma das partes aos olhos da lei, que visa proteger o patrimônio da mesma.

Nesse sentido, tendo em vista que a regra é a impositiva incomunicabilidade patrimonial, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio da súmula 377, buscou mitigar o efeito patrimonial que essa regra coíbe, qual seja, o encontro de bens do casal.

A súmula 377/STF expõe que “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Dessa maneira, a súmula do Supremo Tribunal Federal abre a possibilidade de comunicação patrimonial em um regime de bens que possui como característica preponderante a incomunicabilidade patrimonial.

Ora, importante destacar que o entendimento sumulado pela Suprema Corte gera discussão face a descaracterização do regime de separação legal de bens, ao passo que duas interpretações se desencadearam da supracitada compreensão.

A primeira seria no sentido de que todos os bens adquiridos na constância do casamento se comunicariam pela presunção de esforço comum do casal, no entanto, essa primeira interpretação resulta da total ineficácia desse regime de bens, que não mais teria sentido ao estabelecer a incomunicabilidade patrimonial, tornando-se parte do regime da comunhão parcial.

Por outro lado, uma segunda interpretação pareceu mais viável aos olhos dos juristas, em que, buscando não aniquilar a existência do regime da separação legal, entenderam que a comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento é possível desde que comprovado o esforço comum do casal, caso em que, portanto, a regra permanece a incomunicabilidade de bens, podendo ser excetuada pelo que discorre a súmula, desde que ocorra a comprovação do esforço comum, e não sua mera presunção.

Ademais, ressalva-se que a súmula 377/STF trata da comunicação de bens para fins de meação, nessa toada, comprovado o esforço comum, o cônjuge terá direito à meação dos bens adquiridos durante o matrimônio.

Compreendido o teor do entendimento sumulado, bem como o raciocínio jurídico que possibilitou uma exceção à regra no regime de separação legal de bens, de modo a tentar equilibrar as demandas e anseios nos litígios patrimoniais, dá-se continuidade ao presente.

3.3 ANALOGIA DA SÚMULA 377 DO STF COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO

Uma vez compreendido o teor da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, torna-se possível vislumbrar uma possível solução jurídica por analogia ao problema em questão.

A súmula em si trata de meação dos bens adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum do casal. A situação jurídica que aqui se apresenta, no entanto, abarca a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido no regime da separação convencional, o que mitiga significativamente esse regime de bens.

A súmula 377/STF não menciona o regime da separação convencional, tão pouco o instituto da concorrência, no entanto, o raciocínio jurídico que possibilitou seu entendimento, muito útil se faz ao caso aqui em questão.

Ao mitigar os efeitos do regime da separação legal, firmando a interpretação de que o esforço comum deve ser comprovado e não presumido, a fim de preservar a existência desse regime de bens, tornou-se claro o entendimento de que a regra da incomunicabilidade deveria permanecer e preponderar, uma vez que essa regra é característica primordial que compõe o mencionado regime. Para tanto, a comunicação seria exceção a essa regra, que estaria vinculada ao requisito de comprovação do esforço do casal.

Ora, compreensível o raciocínio jurídico que levou a comunicação de bens não ser presumida, buscando preservar o que configura o regime de bens exposto. Nesse sentido, uma

atitude contrária ao que tange o regime de separação convencional de bens, que igualmente se fundamente na não comunicação patrimonial, causa instabilidade e insegurança jurídica.

Há de se entender que o regime da separação convencional se caracteriza, e tão somente, existe face sua primordial característica, a incomunicabilidade patrimonial. Sendo essa a regra, manifestamente escolhida pelos nubentes quando do pacto antenupcial, deveria, portanto, prevalecer, ainda que outras soluções jurídicas possibilitassem exceções.

O regime da separação convencional proporciona a livre escolha das partes para optar pela não comunicação de bens, sendo que, manifestada essa vontade em vida, não há sentido em seu cerceamento após a morte.

Enquanto que o regime da separação legal mantém como regra a incomunicabilidade patrimonial, não respeitar essa essencial característica no regime de separação convencional torna ainda mais grave a violação a liberdade das partes, uma vez que esse regime, de modo contrário ao primeiro, foi de livre escolha daqueles que o elegeram.

Nessa toada, observado o raciocínio jurídico utilizado na súmula 377/STF, que possibilitou uma exceção à regra da incomunicabilidade de bens, há de se pensar em uma possível analogia para solucionar o problema jurídico aqui apresentado.

Tendo em vista que as partes não almejam a comunhão de seus bens, manifestando esse desejo ao optar pelo regime da separação convencional, não cabe ao Estado impor às partes essa comunicação, devendo respeitar o direito privado e planejamento familiar que tão somente cabe aos envolvidos.

Para tanto, uma vez que a tendência, bem como o esperado, é uma intervenção estatal cada vez menor no direito de família, e não o contrário, respeitar o regime de bens escolhido é essencial, primordial e indispensável à manutenção da liberdade, dignidade e autonomia das partes. Não há sentido, por conseguinte, em conceder a liberdade de decisão em optar por um regime de bens ao passo que, simultaneamente, retira sua fundamental característica.

Observada a análise proposta, verifica-se que a incomunicabilidade patrimonial no regime da separação convencional é essência do que constitui este regime, não devendo, portanto, ser mitigada pelo instituto da concorrência, uma vez que este por si só impõe a comunicação de bens do falecido com o cônjuge sobrevivente, sem que esta tenha sido sua manifesta vontade em vida.

No entanto, a dinamicidade que integra o direito é de conhecimento de todos, sabe-se que cada caso apresenta suas nuances, podendo, com base no caso concreto, ser possível interpretar a justiça em conceder a concorrência do cônjuge supérstite no regime da separação convencional de bens. Nesse caso, há de se pensar se a absoluta negativa de sua concorrência com base no regime de bens seria o adequado, ainda que o seja de livre escolha dos nubentes.

Desse modo, cabe, por analogia a súmula 377/STF, uma possível solução. Se o regime da separação convencional de bens tem como característica preponderante a não comunhão dos bens do casal, esta deveria continuar a ser a regra, uma vez que permite a existência, eficácia e aplicabilidade desse regime de bens. No entanto, comprovado o esforço comum do casal sobre um determinado bem, poderia o cônjuge sobrevivente concorrer com os descendentes do *de cujus* sobre esse bem.

Assim sendo, a regra não mais seria a certeza da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do *de cujus* no tocante ao regime da separação convencional de bens, e sim a não concorrência do mesmo, preservando, assim, a incomunicabilidade patrimonial almejada pelas partes, bem como a preservação do que integra esse regime de bens. Em contrapartida, a possibilidade da concorrência do cônjuge supérstite no regime da separação convencional seria a exceção a essa regra, podendo ocorrer desde que comprovado o esforço comum do casal sobre o bem, caso em que o instituto da concorrência se dará somente sobre este determinado bem.

Reitera-se que a súmula 377 do STF observa a meação dos bens, bem como abarca tão somente o regime da separação legal. O que aqui se propõe é uma analogia do raciocínio jurídico por trás de sua formação para que o mesmo possa ser aplicado como possível solução ao instituto da concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do falecido no regime da separação convencional.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, necessária a compreensão de que o ordenamento jurídico brasileiro possibilita aos nubentes quatro opções para que possam livremente eleger o regime de bens a ser adotado. Como apontado, o regime da comunhão parcial de bens é o regime a ser adotado automaticamente caso as partes não manifestem a sua vontade, no entanto, para que os demais possam ser escolhidos, imprescindível escritura pública que oficialize tal anseio.

Uma vez que as partes escolhem o regime de bens, devem se submeter as particularidades do mesmo. Não há sentido afirmar que as partes são livres para escolher o regime de bens a ser adotado, com base em suas características, e ao mesmo tempo retirar-lhe o motivo pelo qual as fizeram o escolher.

Ao escolherem o regime da separação convencional, os nubentes optam pela incomunicabilidade de seus bens, manifestando a sua vontade por intermédio de escritura pública. Todavia, em caso de falecimento de um dos cônjuges, o cônjuge supérstite, ao fazer jus ao instituto da concorrência, podendo concorrer sobre os bens com os descendentes do *de cuius*, desrespeita por completo a vontade inicial de ambos que optaram por um regime que não possibilita qualquer comunicação.

O planejamento patrimonial e familiar das partes pertence tão somente a elas, devendo ser direito privado a forma pela qual optam destinar seu patrimônio, manifestada mediante o pacto antenupcial. Conceder a possibilidade de optar-se por um regime o qual a característica precípua é a incomunicabilidade patrimonial e retirar-lhe o único aspecto que o constitui como tal, é desrespeitar a vontade expressamente manifestada pelas partes, atentando contra sua autonomia e dignidade para dispor de seu patrimônio conforme a sua vontade.

Nessa toda, se em vida, com o divórcio, não há qualquer comunicabilidade, haja vista a escolha dos nubentes pelo regime da separação pactuada, estranho me parece possibilitar essa comunicação no *post mortem*, vez que o falecido já expressou seu desejo e não mais há como alterá-lo. Parece-me uma violação à memória e vontade do *de cuius*.

Se o regime da separação convencional se constitui com base na incomunicabilidade de bens, o instituto da concorrência, ao permitir esta comunicação, retira o que compõe sua existência, e, portanto, retira a sua própria existência, sendo, desse modo, questionável sua aplicação fática, ainda que o seja normatizado, o que demonstra uma absoluta desarmonia entre a teoria normativa e a realidade prática.

Isto posto, as partes, ao pactuarem o regime de bens, expressam uma total liberdade quanto a sua escolha, e, acabar com essa liberdade ao impor uma comunicação jamais desejada, é atentar contra a autonomia e liberdade uma vez concedida. Violar a liberdade de escolha das partes é violar sua dignidade, uma vez que a liberdade é princípio constitucional norteador do Estado Democrático de Direito.

Verifica-se uma notória contradição do legislador ao possibilitar o regime da separação pactuada e forçá-lo ao instituto da concorrência. Ademais, depreende-se outra contradição ao comparar-se o regime da separação convencional e o regime da separação legal de bens.

Ora, no regime da separação legal, a separação de bens ocorre tão somente por força da lei nos casos por ela previstos, ainda que os nubentes não o queiram adotar. Indaga-se: Se no regime da separação legal ou obrigatória a incomunicabilidade não ocorre, não havendo aplicabilidade do instituto da concorrência, justificando-se tal inaplicabilidade pela própria natureza jurídica desse regime de bens, qual o sentido de aplicá-lo ao tratar-se do regime da separação convencional?

A natureza jurídica do regime da separação convencional é a própria incomunicabilidade patrimonial inerente a este regime de bens, desse modo, observar a incomunicabilidade em um e não a observar no outro, implica em uma relativização do regime da separação pactuada de bens.

Como colocado no presente trabalho, a Súmula 377/STF vislumbrou possibilitar uma flexibilização ao regime da separação obrigatória de bens, tendo em vista que, neste, a incomunicabilidade é impositiva. Para tanto, comprovando-se o esforço comum do casal, seria possibilitada a comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento.

Contudo, como bem delineado, a Súmula 377/STF diz respeito ao regime da separação obrigatória de bens, bem como flexibiliza a possibilidade de uma meação, não da concorrência. No entanto, o que almejei demonstrar é que, haja vista o mesmo raciocínio jurídico por trás de sua formação, é possível aplicá-lo como uma solução ao regime da separação pactuada.

Como ressaltado no decorrer do presente trabalho, a Súmula 377/STF manteve sua interpretação no sentido de que seria necessário demonstrar o esforço comum do casal para que então fosse possível flexibilizar uma meação. Ora, a necessidade de demonstração do esforço comum baseou-se justamente na própria natureza jurídica desse regime de bens, que

determina a incomunicabilidade patrimonial, e, permitir a meação, sem qualquer ressalva, seria aniquilar a existência desse regime.

Nessa linha de pensamento, propus no presente trabalho uma solução visando uma melhor integração entre autonomia da vontade e proteção daquele que partilhou a vida com o autor da herança no regime da separação convencional de bens. Enquanto que a regra geral seria a de que não há a comunicabilidade patrimonial, respeitando, para tanto, a característica precípua que constitui este regime, bem como visando o respeito à liberdade, autonomia e dignidade das partes, a exceção seria a de que a concorrência seria possibilitada sobre àquele bem que o cônjuge supérstite tenha comprovado sua participação.

O raciocínio que levou à criação da Súmula 377/STF poderia analogicamente ser aplicado para solucionar o problema em questão, qual seja, o embate entre autonomia da vontade e liberdade das partes frente à intervenção estatal ao impor o instituto da concorrência no regime da separação pactuada.

Depreende-se com isso que, assim como jamais foi retirado o caráter da incomunicabilidade no regime da separação obrigatória, ainda que no instituto da concorrência, essa característica igualmente presente no regime da separação convencional, não deveria ser retirada. A Súmula possibilitou uma mitigação nos efeitos do regime da separação obrigatória, e não a alteração do próprio regime, nesse sentido, o mesmo deveria ocorrer no regime da separação convencional, sendo possível uma exceção à sua regra, e não colocar como regra o que deveria ser exceção.

A manifestação de vontade das partes com o pacto antenupcial deve ser respeitada, ainda que no *post mortem*, caso contrário, não há qualquer sentido em possibilitar uma escolha que será manobrada posteriormente. Impor uma comunicação indesejada, não possibilitando qualquer saída para quem não a deseja, é conceder aos nubentes uma falsa liberdade.

Destarte, visando complementar e enriquecer o presente trabalho, tive a honra de pessoalmente conversar com a Ministra Nancy Andrigli, cujo Resp 992.749/MS, de sua relatoria, em muito me inspirou para discorrer sobre este tema.

Com isso, após ouvir seu notório saber jurídico sobre o instituto da concorrência no regime da separação convencional de bens, a questioneei sobre a possibilidade de realizar uma breve entrevista para incluir e concluir com primazia o meu trabalho. Para a minha eterna gratidão, a Ilustríssima Ministra solicitou que eu enviasse as perguntas às quais responderia

com enorme prazer. Dito isso, segue abaixo a breve entrevista com a Ministra Nancy Andrighi referente a todo o exposto com muita dedicação.

1) Vossa Excelência mantém seu entendimento e posicionamento consoante o REsp 992.749?

Sim, mantenho a minha posição. Entretanto, anoto que a essência do julgamento colegiado é de que, firmado o entendimento da Corte em determinado sentido, todos os Ministros deverão seguir esse entendimento em respeito ao princípio da colegialidade e como manifestação do dever de estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência da Corte. Assim, sempre ressalvando a minha posição pessoal acerca do tema, tenho adotado o entendimento fixado pela douta maioria.

2) Haja vista a reforma, que permite a concorrência do cônjuge supérstite no regime de separação de bens, acredita que isso finda a aplicabilidade do regime de separação convencional?

Não há dúvida de que o entendimento adotado pela douta maioria, respeitosamente, reduz, de modo significativo, o âmbito de atuação da autonomia da vontade das partes e, conseqüentemente, a aplicabilidade prática do regime da separação convencional de bens.

3) Acredita haver uma intervenção estatal excessiva na vida privada e no planejamento sucessório, bem como na autonomia de vontade das partes? Observado o princípio da exclusividade que rege a vida do casal, destacado no recurso especial de vossa relatoria.

Antes de responder especificamente a esse questionamento, é interessante observar brevemente a questão sob a perspectiva histórica, pois, se examinarmos a atuação estatal sobre temas concernentes à família e às sucessões, desde o Código Civil de 1916, passando pelo Estatuto da Mulher Casada, Lei do Divórcio, Lei da União Estável até o Código Civil de 2002, veremos que há cada vez menos intervenções do Estado no conceito, na concepção e direção dos núcleos familiares e nos aspectos patrimoniais da família, inclusive *post mortem*. Diante desse cenário, entendo que obrigatoriedade de concorrência do cônjuge supérstite na sucessão do falecido, mesmo contrariamente à vontade consensualmente manifestada por eles em vida, subverte essa tendência histórica de redução da intervenção estatal em aspectos patrimoniais da família.

4) Uma vez que o regime de separação obrigatória não permite a comunicabilidade de bens, por imposição legal, o regime da separação convencional não deveria se submeter

à mesma regra? Tendo em que, contrário ao que ocorre na separação obrigatória, as partes convencionaram e optaram por esse regime de bens?

Penso que a melhor interpretação do art. 1.829, I, do CC/2002, é no sentido de que essa regra compõe um sistema de direito civil e que trata essencialmente de questões relacionadas ao direito privado, ou seja, matérias que estão na esfera de disponibilidade das partes, nas quais a autonomia da vontade é um elemento de grande relevância. Se, na separação legal, razões de ordem pública e de tutela da pessoa em potencial vulnerabilidade permitem a intervenção estatal, de modo a impedir a comunicabilidade de bens, com muito mais razão esse raciocínio deveria se aplicar à separação convencional, que concretiza aquele que é um dos maiores valores da sociedade, das pessoas e das famílias: a liberdade.

5) Ao buscar uma solução jurídica para o problema, procurando a melhor análise frente as diversas opiniões, Vossa Excelência acharia viável utilizar a Súmula 377/STF de forma análoga para a concorrência do cônjuge no regime da separação convencional? Caso em que a regra seria a não concorrência do cônjuge sobrevivente nesse regime de bens, e a exceção seria: a menos que comprove sua efetiva participação sobre determinado bem, caso em que, poderá concorrer sobre este.

6) Em desacordo com a pergunta do item 5, qual solução jurídica seria mais razoável em seu entendimento?

As duas questões estão correlacionadas, mas, infelizmente, sobre elas não há como me manifestar em abstrato, tendo em vista que, se porventura essa ou outra tese vier a ser suscitada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, buscando a superação do precedente que uniformizou a matéria no âmbito da 2ª Seção, a minha prévia manifestação pública acerca do tema equivaleria a uma possível antecipação de meu entendimento e de meu eventual voto.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, N.R. *Direito sucessório do cônjuge supérstite*. [s. l.], 2017. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.6B92230D&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 24 abr. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp nº 1.111.095. Quarta Turma. Recorrente: Paulo Martins Filho. Recorrido: Mercedes Magdalena Serrador Martins. Relator: Min Carlos Fernando Mathias. Brasília, 22 de abril de 2015. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22QUARTA+TURMA%22%29.ORG.&ementa=DIREITO+DAS+SUCESSES&data=%40DTDE+%3E%3D+20091001+E+%40DTDE+%3C%3D+20091010&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp nº 1.382.170/SP. Segunda Sessão. Recorrente: Flávia Matarazzo. Recorrido: Silvia Maria Aranha Matarazzo. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, 22 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1382170&processo=1382170&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 22 abr. 2019.

CARVALHO, G. F. *Os reflexos dos regimes de bens no direito sucessório do cônjuge sobrevivente*. Brazil, South America. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.2329E127&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 24 abr. 2019.

COELHO, H. F. *A sucessão do cônjuge supérstite casado sob o regime da separação convencional*. [s. l.], 2016. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.C4E5CC61&lang=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid>. Acesso em: 26 mar. 2019.

COSTA, I. G.; BAHIG MERHEB, M. P. *O Regime De Separação Convencional De Bens E a Não Concorrência Do Cônjuge Supérstite Com Os Descendentes Do “De Cujus”*. [s. l.], 2018. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.55320704&lang=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid>. Acesso em: 27 mar. 2019.

DE CARVALHO, F. Q. M.; MONTEIRO MAFRA, T. C. *Estado Da Arte Do Imbróglio Da Sucessão Do Cônjuge Em Concorrência Com Os Descendentes*. Revista de Direito de Família e Sucessão, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 40–59, 2018. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=134659753&lang=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid>. Acesso em: 27 mar. 2019.

DEBUSSI, L. Z. *A concorrência sucessória do cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens à luz do princípio da proteção: uma crítica ao REsp 992.749/MS*. [s. l.], 2013. Disponível em:

<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.1155740D&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 24 abr. 2019.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Coleção de curso de Direito civil. Sucessões*. v.7. 2 ed. Salvador – Bahia: Juspodivm. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões*. v.7. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

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

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: Uma abordagem psicanalista*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2012.

RAAD, D. R. *O exercício da autonomia privada no direito sucessório : uma reflexão a partir da eficácia do regime da separação de bens*. [s. l.], 2018. Disponível em:

<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.74901D6B&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 23 abr. 2019.

RIBEIRO, P. D. de M. *Polêmicas na sucessão de cônjuge: separação convencional de bens*. [s. l.], 2018. Disponível em:

<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.D2A55B03&lang=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid>. Acesso em: 27 mar. 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 9 ed. Rio de Janeiro: Livraria Forense, 2015.

SANTOS SOMBRA, T. L. *A evolução da proteção patrimonial dos cônjuges no direito de família: um estudo de caso do regime de separação de bens*. *Revista de Derecho Privado*, [s. l.], n. 30, p. 55–82, 2016. Disponível em:

<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=zbh&AN=117084833&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 24 abr. 2019.

SÊCO, T. F. T.; REIS, F. G. D. *O que revelam os julgados que tratam da condição de herdeiro do cônjuge em regime de separação convencional de bens: comentários ao AgRg na MC 23.242-RS ou comentários tardios ao REsp nº 992.749-MS = What reveals the trial concerning hereditary rights of people married under the separation of property regime: late comments on REsp n. 992.749-MS (STJ)*. [s. l.], 2017. Disponível em:

<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.48175900&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 24 abr. 2019.

SILVA, P. M. de O. Aspectos controvertidos da sucessão do cônjuge sobrevivente: a repercussão de sua inclusão no rol de herdeiros necessários. [s. l.], 2010. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.A65A0C34&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 24 abr. 2019.

TARTUCE, Flávio. Coleção Direito civil – Direito das Sucessões. v.6. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

UGOCCIONI, M. *O cônjuge casado no regime da separação convencional de bens: questões divergentes no âmbito do direito sucessório*. Brazil, South America. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.4C210388&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 24 abr. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Família*. 17. ed. São Paulo : Atlas, 2017.

