

# O DIREITO DE CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE CASADO EM SEPARAÇÃO CONVENCIONAL

Lília Nascimento Portugal\*

**RESUMO:** O presente trabalho trata sobre o direito de concorrência do cônjuge sobrevivente, outrora casado sob o regime da separação convencional de bens, com os descendentes do seu consorte falecido. O tema mostra-se relevante não só em razão das modificações sociais ocorridas na comunidade brasileira, como também em face da abordagem simplória dada pela doutrina do Brasil. O principal objetivo deste trabalho é concluir se o tratamento dado pelo Lei ao consorte é o que melhor se coaduna com a sociedade atual. Para isso, realizou-se um estudo congregado do Direito de Família e do Direito das Sucessões com o contexto social hodierno. Percebeu-se que o legislador civil se equivocou ao dar ao cônjuge supérstite o direito de participar, mediante concorrência, da sucessão do *de cuius* juntamente com os descendentes, primeiros na ordem de vocação hereditária. Afinal, ao se realizar uma interpretação sistemática do Código Civil, levando-se em consideração os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e da boa-fé objetiva, não há como se conceber que este direito lhe seja concedido. Neste sentido foi o STJ na decisão do Recurso Especial nº 992.749, julgando em sentido contrário àquele que a lei dispõe e inovando em termos jurisprudenciais, já que tal posição nunca havia sido adotada por outros tribunais inferiores. Aqui pode entrever-se uma tentativa de corrigir a exangue redação do inciso I, do artigo 1829, do Código Civil e uma vontade de mudança do atual modelo jus sucessório.

**Palavras-chave:** sucessão legítima; concorrência; autonomia privada; boa-fé objetiva; dignidade da pessoa humana.

## 1 Introdução

O presente trabalho pretende versar sobre o direito à concorrência com os descendentes do cônjuge sobrevivente casado sob a égide do regime da separação convencional de bens. Epistemologicamente, o tema pautar-se-á por uma análise do direito privado de natureza material, mais especificamente sobre o regime sucessório da situação em causa e os princípios que o norteiam.

Objetiva-se utilizar como método de abordagem a dedução. O método dedutivo é aquele através do qual se parte de uma premissa generalizada para se chegar a uma questão particular. Esse método é baseado no silogismo. Dessa forma, parte-se de uma premissa maior, perpassa-se por outra premissa menor e chega-se a uma conclusão. Também se visa utilizar o método dialético, que pressupõe, para se chegar a uma síntese, uma argumentação e uma contra argumentação.

Este tema surgiu no seguimento do estudo das matérias de Direito da Família e Direito das Sucessões. Dentre os vários problemas levantados, considerou-se que era dos mais interessantes por demonstrar uma forte ligação entre estes dois ramos do Direito Civil, bem assim poder abordar o enfoque principiológico sobre a situação que se apresenta.

\*Lília Nascimento Portugal, bacharela em Direito, Faculdade Baiana de Direito e Gestão – Salvador/Bahia.

Por ainda não se encontrar pacificado na doutrina brasileira, nem ter sido sedimentado na jurisprudência do Brasil, este é um assunto pertinente e que merece uma abordagem mais profunda e específica do que a que lhe tem sido dada até hoje. A escolha foi, também, influenciada por uma decisão judicial polêmica, que desconsiderou disposição expressa do Código Civil brasileiro de 2002, afastando da concorrência com os descendentes o cônjuge supérstite casado com o regime de separação convencional.

Com base nisto, percebe-se que esta não é uma questão apaziguada e, muito menos, unânime no universo jurídico brasileiro. Além disso, houve mudanças sociais relevantes neste contexto que devem ser consideradas e acompanhadas pelo direito, o qual não deve se manter estanque perante elas.

O método a ser utilizado para solucionar as polêmicas interpretativas que rondam a temática escolhida é o sistemático. Esta metodologia consiste na busca da correlação harmônica das diversas normas que compõem o sistema jurídico, sejam regras, sejam princípios. Tem-se ainda o intuito de se valer do método sociológico, buscando dar uma maior efetividade ao direito mediante correlação com a realidade social. Por fim, utilizar-se-á o método teleológico, numa procura incessante pela otimização da finalidade do sistema normativo.

O principal objetivo deste trabalho é depreender se o sistema sucessório vigente se coaduna com o contexto social atual. Ou seja, saber se o tratamento normativo que é dado ao cônjuge casado segundo o regime da separação convencional de bens, quanto à concorrência com os descendentes, pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência é, ou não, adequado. Procura-se ainda notar se o papel do cônjuge no Direito da Família e no Direito das Sucessões permaneceu inalterável ou se, por outro lado, sofreu algumas modificações, merecendo um tratamento jurídico diferenciado dos outros membros familiares.

Demais disso, avaliar-se-á a hipótese do concorrência do cônjuge com os descendentes do falecido quando casado sob o regime da separação convencional e se esta merece um tratamento tão privilegiado como lhe é dado pelo Código.

Para tanto, observar-se-á se as normas sucessórias traduzem o melhor tratamento para a matéria. Isto é, quer-se compreender o pensamento do legislador e verificar se este se adéqua corretamente à sociedade cotidiana do Brasil. Nesta situação, será imprescindível ter em conta se a vontade do indivíduo na escolha do regime de bens deve ou não influenciar a partilha das suas situações jurídicas no momento da abertura da sucessão.

Em suma, procura-se com este trabalho apreciar a *ratio legis* do Código Civil brasileiro, no que tange à questão ora apresentada, e entender se deve o regime de bens, estabelecido para tutelar a relação conjugal em vida, influenciar na determinação das hipóteses de concorrência do cônjuge com os descendentes, quando da sucessão patrimonial do consorte falecido.

## **2 Concorrência sucessória entre cônjuge sobrevivente e descendentes no regime de separação convencional de bens**

O Código Civil de 2002 inovou ao utilizar os regimes de bens existentes no Brasil também na seara sucessória. Ainda não havia sido visto, em legislação brasileira, alguma norma nesse sentido. A codificação anterior, de 1916, apenas permitia ao cônjuge acesso à herança, na ausência de descendentes e ascendentes, quando estes renunciassem à herança, ou fossem considerados indignos ou deserdados. Entretanto, a doutrina já se posicionava no intuito de permitir ao consorte sobrevivente a concorrência com os herdeiros necessários, além de ser incluído também nesta categoria<sup>1</sup>.

Note-se que grande parte da doutrina brasileira afirma que há uma vinculação do direito sucessório do consorte sobrevivente ao regime de bens<sup>2</sup>, com base na utilização de tais regimes como forma de limitar o direito de concorrência. Todavia, esse não é o único pensamento existente atualmente. Sobre um prisma contrário, Mário Luiz Delgado defende que, na realidade, o regime de bens só influencia no direito de concorrência do cônjuge supérstite, sendo que os demais direitos sucessórios deste não sofrem vinculação alguma com o regime matrimonial adotado<sup>3</sup>.

Helena Orselli, por sua vez, baseada em uma terceira ótica, defende a ilogicidade de tal vinculação, pois “o regime de bens é escolhido para reger a vida patrimonial dos cônjuges enquanto perdurar o casamento, ao passo que o direito de ser ou não herdeiro legítimo do consorte decorre da presunção de que o falecido queria fazer uma liberalidade em

---

<sup>1</sup> Neste sentido, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Direito das Sucessões, Direito das Sucessões**, 17.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, v.7, p.130.

<sup>2</sup> ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. **A concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido**. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/442>> Acesso em: 09 fev. 2014.

<sup>3</sup> RÉGIS, Mário Luiz Delgado. **Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente**. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/controversias-sucess-njuge-convivente-306709834>> Acesso em: 09 fev. 2014.

benefício de seu cônjuge por ocasião de seu passamento”<sup>4</sup>. De acordo com esta corrente, os regimes de bens apenas teriam sido utilizados pelo legislador como forma de delimitar as hipóteses de concorrência, não havendo vinculação alguma entre os estatutos matrimoniais e a sucessão.

Malgrado a doutrina no Brasil não seja pacífica quanto a existir ou não vinculação entre o regime de bens do casamento e a sucessão, a verdade é que, conforme dispõe o art. 1829 da Codificação Civil, o direito de concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes depende do regime de bens adotado por este com o defunto.

## 2.1 Noções gerais acerca da previsão legal específica

O artigo 1829, em seu inciso I, do Código Civil brasileiro estabelece as hipóteses em que o(a) viúvo(a) poderá concorrer com os descendentes do *de cuius*. No entanto, percebe-se que a sua construção legislativa revela-se infeliz por sua complexidade e ambiguidade. Neste prisma, opina Helena Orselli, ao considerar a redação do dispositivo complexa, em face da opção do legislador em estabelecer quais as hipóteses em que o cônjuge não concorre com os descendentes, ao invés de explicar claramente os casos em que deverá haver concorrência<sup>5</sup>. Também neste sentir a ministra do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, Nancy Andrighi, ao afirmar que a ambiguidade dessa norma tem suscitado dúvidas nos operadores do direito<sup>6</sup>.

De tal sorte, por interpretação a *contrario sensu* do inciso I, do artigo *supra* citado do CC, caberá ao cônjuge participar na sucessão com os descendentes em quatro hipóteses: a) quando o regime de bens do casal era o da separação convencional; b) quando o estatuto patrimonial adotado era o da comunhão parcial e o falecido deixou bens particulares; c) quando o regime de bens era o da participação final nos aquestos; ou d) quando o regime tiver sido criado pelo casal. Em contrapartida, não concorrerá o cônjuge sobrevivente que fora casado com o *de cuius* nos regimes de comunhão universal de bens; de comunhão parcial de

---

<sup>4</sup> ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. **A concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido**. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/442>> Acesso em: 09 fev. 2014.

<sup>5</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 992.749 - MS (2007/0229597-9), da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Gustavo Alves de Souza e outros. Recorrida: Paula Rosa de Souza. Julgamento em: 01 dez. 2009. Publicado em: 05 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8592148/recurso-especial-resp-992749-ms-2007-0229597-9-stj/inteiro-teor>> Acesso em: 08 fev. 2014.

bens, quando o defunto não deixou bens particulares; e também quando o regime for o da separação obrigatória de bens.

Neste sentido, o presente trabalho visa tratar especificamente da concorrência no regime da separação convencional e por isso não serão abordados comentários em relação à concorrência ou não nos demais regimes.

## *2.2 Da concorrência do cônjuge sobrevivente casado em regime de separação convencional de bens*

No que se reporta ao regime da separação convencional de bens, pela interpretação literal da regra exposta no art. 1829, I, do Código Civil, passou uma parte da doutrina a entender que o cônjuge sobrevivente que fora casado com o falecido sob o referido regime, concorre com os descendentes em todos os bens<sup>7</sup>. Essa linha de pensamento deriva da não introdução pelo legislador dessa hipótese como exceção legal.

Sob esse prisma, Carlos Roberto Gonçalves sustenta que o art. 1829, inciso I, da Codificação Civil enumerou todas as exceções ao direito de concorrência, não incluindo a hipótese do cônjuge sobrevivente casado sob o estatuto patrimonial da separação convencional de bens<sup>8</sup>. Logo, o intérprete deve concluir que, nesta hipótese, haverá a aludida concorrência<sup>9</sup>. No mesmo caminho Zeno Veloso, ao argumentar que o regime de bens e a sucessão a causa da morte fazem parte de planos distintos. Enquanto o primeiro perdura durante a vida e no curso da sociedade conjugal, a sucessão tem suas próprias regras e princípios, que não se confundem com o Direito de Família, não havendo lei que expressamente exclua este cônjuge dos herdeiros necessários e do direito de concorrência<sup>10</sup>. Nos ensinamentos do autor,

não é pelo fato de o regime de bens ser o da separação, tornando incomunicáveis os bens de cada cônjuge [...] enquanto persiste o casamento, que se deve esticar essa

---

<sup>7</sup> Nesse sentido, VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, São Paulo: Saraiva, 2010, p.69; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Direito das Sucessões**, 17.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, v.7, p.155; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito das sucessões**, São Paulo: Saraiva, 2007, v.7, p.152.

<sup>8</sup> Neste sentido, o julgamento do agravo de instrumento n. 313.414-4/1 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que dispõe: “Viúva casada com o autor da herança no regime de separação convencional de bens - Direito de sucessão legítima em concorrência com a filha do falecido”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 313.414-4/1-Barretos, da 3ª câmara de direito privado. Rel. Flávio Pinheiro. Julgamento em: 04 nov. 2003. Publicado em: 16 dez. 2003. Disponível em: <[http://www.pinhoadvogados.com.br/jurisprudencia/sucessao\\_hereditaria\\_codigo\\_civil\\_lei\\_n\\_104062002.asp](http://www.pinhoadvogados.com.br/jurisprudencia/sucessao_hereditaria_codigo_civil_lei_n_104062002.asp)> Acesso em: 08 fev. 2014.

<sup>9</sup> GONÇALVES, *op. cit.*, p.154.

<sup>10</sup> VELOSO, *op. cit.*, p.71.

situação além da vida, para que, na sucessão por causa da morte, a solução seja a mesma<sup>11</sup>.

Argumenta ainda Carlos Roberto Gonçalves que não se deve confundir direito sucessório e comunicação de patrimônio, uma vez que a morte extingue o regime e não o direito a uma parte da herança<sup>12</sup>.

Quando essa inovação foi imposta pelo Código Civil, houve inúmeras críticas, em especial daqueles que se casaram na vigência do Código anterior e foram surpreendidos com a possibilidade de o seu cônjuge herdar os seus bens particulares. Miguel Reale defende, com base numa interpretação sistemática do Código, que a expressão separação obrigatória, constante no art. 1829, I, do CC, não deveria se limitar à hipótese do art. 1641, devendo compreender também a resultante “da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens”<sup>13</sup>. Continua:

se o cônjuge casado no regime de separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança – estaríamos ferindo substancialmente o disposto no Art. 1.687, sem o qual desapareceria todo o regime de separação de bens, em virtude de conflito inadmissível entre esse artigo e o de nº 1.828, I, fato que jamais poderá ocorrer em uma codificação, à qual é inerente o princípio da unidade sistemática<sup>14</sup>.

A despeito de ser louvável que o jurista pretenda a inserção do cônjuge supérstite casado no regime da separação convencional de bens nas hipóteses que excepcionam o direito de concorrência, esse posicionamento não vinha sendo levado em conta pela jurisprudência, além de ser rejeitado por parte da doutrina. Todavia, já existiam autores, a exemplo de Ulderico Pires dos Santos, em sua lição sobre a sucessão hereditária conforme o Código Civil de 1916<sup>15</sup>, que pressupunham que a eleição pelo casal do regime de bens da separação convencional impedia que o consorte sobrevivente recolhesse herança, salvo disposição de última vontade do *de cuius* em relação à parte disponível.

Somente em 01 de dezembro de 2009, o Superior Tribunal de Justiça do Brasil, no julgamento do REsp 992.749 – MS, sob relatoria da ministra Nancy Andrighi, defendeu pela não prevalência da letra fria da lei, impossibilitando que o consorte sobrevivente participasse, concorrentemente, na sucessão do *de cuius*, com os descendentes.

<sup>11</sup> VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, São Paulo: Saraiva, 2010, p.69.

<sup>12</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito das sucessões**, São Paulo: Saraiva, 2007, v.7, p.155.

<sup>13</sup> REALE, Miguel. **O cônjuge no novo código civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/conjncc.htm>> Acesso em: 09 fev. 2014

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> SANTOS, Ulderico Pires do. **Sucessão hereditária: doutrina, jurisprudência e prática**, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.145.

Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da conseqüente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa-fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica<sup>16</sup>.

Consoante já elucidado linhas acima, inicialmente, informa a ministra que é de vital importância lembrar que o regime da separação obrigatória de bens se subdivide em outros dois, quais sejam: separação legal e separação convencional. A ministra Nancy Andrichi, seguindo os ensinamentos do douto Miguel Reale, também qualifica o regime separatório como um estatuto patrimonial cogente, independentemente dessa obrigatoriedade ter sido advinda de imposição legal ou de pacto antenupcial. Isto porque o pacto antenupcial, sendo um contrato solene celebrado pelos nubentes, através de lavratura de escritura pública, fundado na livre manifestação de vontade destes, obriga as partes na vida e na morte. Malgrado pareça que essa distinção não deva prosperar, em razão de sua obscuridade flagrante, faz-se imperiosa uma intervenção legislativa, como solução que se aponta, objetivando-se retirar o adjetivo “obrigatória” do aludido preceito legal, em prol de uma interpretação teleológica do Código Civil.

Impõe-se ainda interpretar o inciso I do dispositivo 1829 do Código Civil com base numa interpretação sistemática deste diploma, de forma que se contemple uma harmonia entre os dispositivos que enfeixam a temática presentes em todo o ordenamento jurídico. Para isso, faz-se necessária a observância não só dos dispositivos legais, mas também dos princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e da boa-fé objetiva.

O princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado pela CF/1988 à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. Este princípio pressupõe uma qualidade intrínseca do ser humano que implica num complexo de direitos e deveres. A dignidade da pessoa humana é um valor-guia de toda a ordem jurídica brasileira, que objetiva, dentre outras coisas, a promoção da participação ativa do homem nos destinos da própria existência. Deste princípio derivam outros dois também de grande importância para a presente situação: autonomia privada e boa-fé objetiva.

---

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 992.749 - MS (2007/0229597-9), da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministra Nancy Andrichi. Recorrente: Gustavo Alves de Souza e outros. Recorrida: Paula Rosa de Souza. Julgamento em: 01 dez. 2009. Publicado em: 05 fev. 2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8592148/recurso-especial-resp-992749-ms-2007-0229597-9-stj/inteiro-teor> Acesso em: 08 fev. 2014.

A autonomia privada é o poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem para gerir as suas próprias relações e seus respectivos efeitos da forma que lhe aprouver. Privilegia-se este princípio no Direito de Família ao se permitir aos nubentes a escolha de um estatuto patrimonial, previsto ou não em lei, para reger o seu matrimônio<sup>17</sup>.

Com efeito, uma vez estipulado o regime da separação convencional pelas partes há uma absoluta diáspora patrimonial, existindo duas massas de bens autônomas, incomunicáveis e pertencentes cada uma a cada um dos cônjuges. Do exposto se tem que cada consorte tem a administração e fruição integral dos seus bens, prescindindo de vênua conjugal para alienar ou gravar seus imóveis com ônus real.

Ao possibilitar a estipulação deste regime, no Direito de Família, o legislador teve a intenção de conferir uma maior independência aos cônjuges quanto à pactuação do regime matrimonial de bens e a administração e fruição destes. Por isso, não parece coerente que o Direito das Sucessões possa anuviar essa norma. Afinal, conforme consubstancia Miguel Reale, o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”<sup>18</sup>.

Isso significa que aquele que opta pelo referido regime de bens do casamento manifesta vontade inequívoca e deliberada em não comunicar seus bens com seu cônjuge e vice-versa, por ocasião do matrimônio. Resta, pois, incongruente a previsão legal de concorrência do cônjuge sobrevivente casado pela separação convencional com os descendentes do seu consorte falecido, na sucessão do patrimônio deste, em desrespeito à dignidade da pessoa do *de cuius*, em especial sua autonomia privada. De fato, se o defunto, em vida, de forma alguma, expressou vontade e interesse em transmitir bens ao seu cônjuge, seja porque não procedeu à alteração de regime para um que admite a comunicabilidade patrimonial, seja porque não doou nem deixou em testamento qualquer bem em favor do seu cônjuge sobrevivente, aceitar que este, nesta situação, concorra com os descendentes do falecido seria desvirtuar a vontade flagrante do mesmo.

Ainda mais, a escolha do regime da separação convencional impõe ao nubente a celebração de pacto antenupcial e, conseqüentemente, a observância das suas formalidades. Logo, a pessoa que elege este regime necessita lavrar escritura pública em cartório de notas durante a habilitação para o casamento. Além de ter que assentar o pacto no livro especial no

---

<sup>17</sup> PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 11.

<sup>18</sup> REALE, Miguel; COSTA, Judith Martins. Casamento sob o regime da separação de bens. Voluntariamente escolhido pelos nubentes. A força normativa do pacto antenupcial e seus critérios hermenêuticos, **Revista Trimestral de Direito Civil**, Ano 6, Rio de Janeiro: Palma, v. 24, out./dez., p.226.



Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges para que este tenha oponibilidade perante terceiros, sendo que cada formalidade ora apontada consubstancia gastos consideráveis. Assim, a opção pelo aludido regime de bens demonstra decisão consciente e inequívoca dos nubentes, mediante dispêndio financeiro, de selarem uma comunhão de vida, sem comunicabilidade patrimonial, o que não pode ser afastado pela simples aplicação literal da lei, em cotejo com a harmonia que deve prevalecer, em face dos princípios da dignidade da pessoa humana, autonomia privada e boa-fé objetiva.

Convém revolver que a autonomia privada também se manifesta na existência de possibilidades de exteriorização de vontade pelo consorte, durante a sua vida, no intuito de que seu cônjuge seja protegido patrimonialmente. Neste sentido, conforme já mencionado, o Código Civil de 2002 traz a hipótese de alteração do regime pactuado na habilitação do matrimônio, desde que ambos os cônjuges, conjuntamente, perante a vara de família, por meio de procedimento de jurisdição voluntária<sup>19</sup>, formulem pedido fundamentado em um motivo relevante, ressalvados os direitos de terceiros<sup>20</sup>.

Mas não só. Como relatado acima, é permitido ainda ao cônjuge casado pelo regime da separação convencional fazer um testamento, dispondo da quota-parte disponível do seu acervo patrimonial em prol do seu consorte, caso tenha interesse em favorecê-lo com parte de seus bens, quando da sua sucessão. Ou mesmo, por vontade própria, lhe é assegurado realizar uma doação ao seu cônjuge em vida, também da parcela disponível, sem que isso configure interesse em que este concorra com os descendentes, quando da sua morte. Portanto, se nada demonstrou em vida o *de cujus*, para além da manifestação da vontade decorrente do pacto antenupcial, não se vislumbra razão para que o fenômeno sucessório ignore isso.

Diante do exposto, compreender que o cônjuge sobrevivente outrora casado com o defunto sob o regime da separação convencional de bens tem direito a concorrer com os

---

<sup>19</sup> Art. 1.103 - Quando este Código não estabelecer procedimento especial, regem a jurisdição voluntária as disposições constantes deste Capítulo. BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 5869/1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)> Acesso em: 08 fev. 2014.

<sup>20</sup> Art. 1.639 - É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. § 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento. BRASIL. Lei 10406/2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em: 08 fev. 2014.

descendentes do falecido é possibilitar a alteração do estatuto patrimonial de bens *post mortem*<sup>21</sup>.

Nestes termos, o princípio da boa-fé objetiva também está atrelado à presente hipótese.

a boa-fé, no sentido objetivo, é um dever das partes, dentro de uma relação jurídica, se comportarem, tomando por fundamento a confiança que deve existir, de maneira correta e leal; mais especificamente, caracteriza-se como retidão e honradez, dos sujeitos de direito que participam de um relação jurídica, pressupondo o fiel cumprimento do estabelecido<sup>22</sup>.

Desta forma, o cônjuge supérstite que se habilita na sucessão do esposo(a) falecido(a), quando o regime de bens vigente no matrimônio do casal no momento da abertura da sucessão era o da separação convencional de bens, está violando o princípio da boa-fé objetiva. Afinal, há uma contradição entre a vontade esposada no pacto antenupcial, no sentido de incomunicabilidade de bens com seu consorte, e a habilitação em concorrência com os descendentes na sucessão do falecido, referente à possibilidade de participação nos bens deste.

Ao pactuar, livremente e de forma lícita, em prol da vigência do regime da separação convencional no curso do seu matrimônio, optando, conseqüentemente, pela separação total dos acervos patrimoniais pertencentes a cada cônjuge, o consorte supérstite declinou do seu direito à concorrência, não podendo, após o falecimento do(a) esposo(a), toldar a sua exteriorização de vontade e se habilitar na sucessão, sob pena de ferir a exigência de lealdade e honestidade impostas pelo princípio da boa-fé.

A boa-fé objetiva, em sua função hermenêutico-integrativa, configura-se como um obstáculo a uma mera interpretação literal. Impõe ao operador do direito, no momento de interpretar, que se baseie nas expectativas dos contratantes. Por conseguinte, deve-se aclarar o sentido do inciso I, do artigo 1829, do Código Civil, de forma a compatibilizá-lo com as demais regras e princípios deste diploma, e mesmo de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Não é assim possível compreender que o(a) viúvo(a) sobrevivente, que fora casado com o defunto no regime da separação convencional, venha a concorrer com seus descendentes,

---

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 992.749 - MS (2007/0229597-9), da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Gustavo Alves de Souza e outros. Recorrida: Paula Rosa de Souza. Julgamento em: 01 dez. 2009. Publicado em: 05 fev. 2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8592148/recurso-especial-resp-992749-ms-2007-0229597-9-stj/inteiro-teor> Acesso em: 08 fev. 2014.

<sup>22</sup> MARTINS, Flávio Alves. **Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p.73.

visto que não é o que o *de cujus* esperaria de seu consorte, com o qual acordou não partilhar bens.

Cumpra ainda invocar o denominado pela ministra Nancy Andrighi princípio da exclusividade. Trata-se, na realidade, de um mero efeito anexo dos deveres pessoais do casamento, expresso no artigo 1513 do Código Civil, que dispõe: “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”<sup>23</sup>, cujo conceito é complementado pelo artigo 1565, § 2º, do mesmo diploma, ao se especificar que o planejamento familiar será livremente definido pelos cônjuges, cabendo ao Estado apenas “propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, [estando defeso] qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”<sup>24 25</sup>.

Tem-se uma relação civil entre duas pessoas, as quais livremente escolhem como deve ser regida a sua união, em manifestação da sua autonomia privada e dignidade, pautada na boa-fé objetiva que deve preponderar entre os cônjuges, estando vedado ao Estado qualquer ingerência, proibição consagrada no mesmo diploma legal em que se admitiu equivocadamente a concorrência com os descendentes do cônjuge sobrevivente casado no regime da separação de bens.

Flagrante contradição marca o Código Civil de 2002, consoante ora tratado. Denota-se a necessidade de se fazer interpretação sistemática e teleológica das normas ali constantes, em ponderação com os princípios que norteiam a ordem jurídica, de modo a ilidir a literalidade da previsão contida no inciso I, art. 1829, em nome da dignidade, da autonomia privada e da boa-fé, assim como em respeito à exclusividade apontada pela ministra.

Finalmente, entender que o cônjuge sobrevivente outrora casado em separação total de bens não tem direito à concorrência também não se mostra uma afronta à dignidade da pessoa do consorte sobrevivo, o qual, com este entendimento, não fica desprotegido, pois o legislador civil criou mecanismos que evitam o seu desamparo. São eles: a pensão por

<sup>23</sup> BRASIL. Lei 10406/2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em: 08 fev. 2014.

<sup>24</sup> *Ibid.*, *Loc. cit.*

<sup>25</sup> Segundo Euclides de Oliveira, essa proibição legal, a despeito da sua justeza, é pleonástica em face do conjunto de regras existentes sobre o casamento e os seus efeitos. Além disso, restringe a vedação tão-somente às pessoas de direito público ou privado, ao invés de englobar todas as pessoas, naturais ou jurídicas. OLIVEIRA, Euclides de. **Do casamento**. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Euclides/Casament.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Euclides/Casament.pdf)> Acesso em: 09 fev. 2014.

morte<sup>26</sup>; o direito real de habitação; e a possibilidade de requerer alimentos em relação aos seus parentes próximos<sup>27</sup>.

Ante o exposto, no que concerne à situação do cônjuge supérstite casado sob o regime da separação convencional de bens, quando da sucessão do seu consorte falecido, relativamente ao seu direito legal de concorrência com os descendentes, tem-se que tal previsão do Código Civil de 2002 não se coaduna, numa análise atenta, com os princípios da dignidade da pessoa humana, principalmente no que tange à autonomia privada, nem com a boa-fé objetiva própria das relações civis.

Destarte, na presente situação, não merece aplicação concreta a literalidade da lei. Por evidência, desrespeita a vontade própria dos cônjuges, em especial daquele já falecido, o qual, se assim não fosse, teria manifestado em vida interesse excepcional na comunicação de parte de seu patrimônio ao cônjuge sobrevivente, concorrendo com os descendentes.

De mais a mais, a mesma lei revela ser inapropriada a interferência estatal na relação matrimonial, eminentemente civil. Ora, estabelecer efeito jurídico diverso do quanto expressado pelo desejo de cada cônjuge, em vida, é uma influência direta do legislador na autonomia privada e na dignidade de quem já não pode mais expor a sua vontade. Ainda, valer-se do dispositivo legal que confere estranhamente esse direito de concorrência é conduta desleal e desonesta do consorte sobrevivente para com o pacto celebrado com o *de cuius*, enquanto vivo.

### 3 Conclusão

1. Neste trabalho, avaliou-se o direito de concorrência do cônjuge com os descendentes do falecido quando casado sob o regime da separação convencional.
2. Neste sentido, através de uma interpretação sistemática do preceito legal, levando-se em conta, para além dos demais dispositivos, os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e da boa-fé objetiva, não se vislumbrou razão para que

---

<sup>26</sup> A pensão por morte é um benefício pago aos dependentes da pessoa que falecer, desde que esta esteja na qualidade de segurado da Previdência Social. MEIRA, Hugo. **Pensão por morte**, Disponível em: <<http://www.hugomeira.com.br/pensao-por-morte/>> Acesso em: 09 fev. 2014.

<sup>27</sup> O laço de parentesco traz consigo a obrigação alimentar, que se configura como um dever recíproco entre parentes. Na linha reta de parentesco, não existe limitação. Contudo, obedece-se uma ordem preferencial, buscando-se, primeiramente, os parentes mais próximos. Caso não seja possível satisfazer a obrigação alimentar entre os parentes na linha reta, transfere-se o dever para a linha colateral. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**, 3.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.793.

este tenha sido inserido no elenco das situações em que há lugar a aludida concorrência.

3. O regime da separação convencional pode ser livremente escolhido pelas partes durante a habilitação ao casamento ou, posteriormente ao matrimônio, por meio de alteração de regime. Neste estatuto de bens, existem dois acervos patrimoniais pertencentes a cada um dos consortes. Assim, o cônjuge pode livremente administrar e dispor dos seus bens, prescindindo de vênia conjugal.
4. O legislador civil brasileiro conferiu liberdade aos cônjuges para pactuarem o regime de bens que vigorará durante o seu matrimônio, da forma que lhes aprouver. Sobre este prisma, podem os consortes eleger um dos estatutos patrimoniais previstos no ordenamento ou criar algum distinto deles. Esta é uma manifestação do princípio da autonomia privada, que preconiza a possibilidade dada ao indivíduo de regular suas relações jurídicas, na seara civil.
5. Para além disso, parece que o cônjuge sobrevivente que era casado sob o regime da separação convencional, ao invocar o seu direito de concorrência, atenta contra o princípio da boa-fé objetiva. Por isso, age de forma antagônica àquela exteriorização feita através de pacto antenupcial solene ou de pedido de alteração de regime de bens perante o Poder Judiciário, onde ficou expressa a intenção da ausência de comunhão patrimonial entre o casal.
6. Ainda assim, poderia o *de cujus*, em vida, ter feito doação ou testamento que contemplasse o consorte supérstite, casado pelo regime da separação convencional, com parte de seu patrimônio por ocasião de sua morte. Não sendo isso, parece excessivo, por contrariar completamente a vontade do falecido, atribuir ao cônjuge sobrevivente a qualidade de concorrente à herança ao lado dos seus descendentes.
7. Então, conclui-se que há, neste caso, uma ingerência do Estado, através do poder legislativo, na vida e organização pessoal e patrimonial do casal. Poder que lhe é expressamente vedado pelo artigo 1513 c/c 1565, §2, do Código Civil brasileiro.
8. Por outro lado, o afastamento do(a) viúvo(a), outrora casado em separação convencional, da concorrência com os descendentes do falecido, não deve ser visto como uma redução da proteção dada ao cônjuge. Afinal, a Codificação Civil estabeleceu meios que amparam o consorte, quais sejam: pensão por morte, direito real de habitação e possibilidade de pensão alimentícia requerida aos parentes chegados.

9. Em suma, apesar de o Código Civil determinar que o cônjuge casado em separação convencional de bens concorra com os descendentes na sucessão legítima, há uma flagrante incongruência, em face de não ser esta a vontade das partes ao adotar este regime de bens em vida. Nesta hipótese, não havendo qualquer manifestação de vontade expressa por parte do defunto de deixar parte de seu patrimônio ao seu cônjuge supérstite, por lógica, não deve este concorrer com os descendentes na sucessão legítima.

### Referências

- BRASIL. Lei 5869/1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)> Acesso em: 08 fev. 2014.
- BRASIL. Lei 10406/2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em: 08 fev. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 992.749 - MS (2007/0229597-9), da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministra Nancy Andrichi. Recorrente: Gustavo Alves de Souza e outros. Recorrida: Paula Rosa de Souza. Julgamento em: 01 dez. 2009. Publicado em: 05 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8592148/recurso-especial-resp-992749-ms-2007-0229597-9-stj/inteiro-teor>> Acesso em: 08 fev. 2014.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**, 3.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito das sucessões**, São Paulo: Saraiva, 2007, v.7.
- MARTINS, Flávio Alves. **Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.
- MEIRA, Hugo. **Pensão por morte**. Disponível em: <<http://www.hugomeira.com.br/pensao-por-morte/>> Acesso em: 09 fev. 2014.
- OLIVEIRA, Euclides de. **Do casamento**. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Euclides/Casament.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Euclides/Casament.pdf)> Acesso em: 09 fev. 2014.
- ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. **A concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido**. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/442>> Acesso em: 09 fev. 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Direito das Sucessões, Direito das Sucessões**, 17.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, v.7.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

REALE, Miguel. **O cônjuge no novo código civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/conjncc.htm>> Acesso em: 09 fev. 2014.

REALE, Miguel; COSTA, Judith Martins. Casamento sob o regime da separação de bens. Voluntariamente escolhido pelos nubentes. A força normativa do pacto antenupcial e seus critérios hermenêuticos, **Revista Trimestral de Direito Civil**, Ano 6, Rio de Janeiro: Palma, v. 24, out./dez., p.226.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. **Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente**. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/controversias-sucess-njuge-convivente-306709834>> Acesso em: 09 fev. 2014.

SANTOS, Ulderico Pires do. **Sucessão hereditária**: doutrina, jurisprudência e prática, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 313.414-4/1- Barretos, da 3ª câmara de direito privado. Rel. Flávio Pinheiro. Julgamento em: 04 nov. 2003. Publicado em: 16 dez. 2003. Disponível em: <[http://www.pinhoadvogados.com.br/jurisprudencia/sucessao\\_hereditaria\\_codigo\\_civil\\_lei\\_n\\_104062002.asp](http://www.pinhoadvogados.com.br/jurisprudencia/sucessao_hereditaria_codigo_civil_lei_n_104062002.asp)> Acesso em: 08 fev. 2014.

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