

ANÁLISE DOS POSICIONAMENTOS DOS MINISTROS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO À CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE, CASADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS, COM OS DESCENDENTES DO DE CUJUS

ANALYSIS OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE'S MINISTERS ABOUT THE CONSORTEE'S CONCURRENCE WITH THE DESCENDANTS OF THE DECEASED WHEN MARRIED BY THE SEPARATION OF PROPERTY REGIME

Helena de Azeredo Orselli

Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da FURB. Professora de Direito Civil, Bioética e Biodireito nos cursos de graduação e pós-graduação lato sensu em Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Membro da linha de pesquisa Políticas constitucionais e relações privadas do Grupo de Pesquisa Constinter, certificado junto ao CNPq pela FURB.
E-mail: helena@furb.br

Eduarda Hoepfers de Souza

Bolsista de iniciação científica do programa PIBIC/Furb. Graduanda em Direito pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Membro da linha de pesquisa Políticas constitucionais e relações privadas do Grupo de Pesquisa Constinter, certificado pela FURB junto ao CNPQ.
E-mail: eduardahoepfers@gmail.com

Recebido em: 09/09/2020
Aprovado em: 22/04/2021

RESUMO: O presente artigo analisa os argumentos utilizados pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça nos acórdãos que tratam sobre a concorrência do cônjuge sobrevivente, casado no regime da separação convencional de bens, com os descendentes do autor da herança desde a entrada em vigor do Código Civil até 31 de março de 2019. O tema chegou ao Superior Tribunal de Justiça dez vezes entre 2003 e 2019, das quais apenas uma resultou no sentido de não conceder a concorrência com os descendentes ao cônjuge casado no regime da separação convencional de bens na sucessão legítima. Esse foi o entendimento adotado na primeira decisão acerca do tema, em 2009, que foi unânime. Depois de um debate sobre o assunto, em 2014, muda-se o posicionamento, o qual prevalece até hoje para conceder ao cônjuge, casado no regime da separação convencional de bens, a concorrência com os descendentes do falecido, pois, dentre outros motivos, o artigo 1.829, inciso I do Código Civil excepciona apenas o regime da separação obrigatória, ademais é uma forma de resguardar o cônjuge que não teve direito à meação e também pelo fato de o cônjuge ser herdeiro necessário. Assim, após divergência entre os Ministros, a partir do penúltimo julgamento sobre o tema, Ag. Int. no EREsp 1.354.742/MG, submetido à 2ª Seção da Corte Superior, tem prevalecido esse entendimento. Para a pesquisa, foram utilizados o método indutivo e as técnicas de revisão bibliográfica, análise de conteúdo, categorias, referente e

fichamento.

Palavras-chave: Autonomia. Concorrência sucessória do cônjuge. Descendentes. Direito civil-constitucional. Regime da Separação Convencional de Bens.

ABSTRACT: This work analyzes the most relevant arguments used by the Superior Court of Justice's Ministers in the decisions about the consort's concurrence with the descendants of the deceased, when married by the separation of property regime, since the implementation of the 2002's Civil Code, until March 31, 2019. The subject arrived ten times between 2003 and 2019 at the Superior Court of Justice. In the first decision about it, on 2009, the judgment was unanimous to deny to the surviving consort married by the separation of property regime the right of inherit with the descendants of the deceased in the legitimate succession. After a lot of discussion about the subject, the current understanding of the Superior Court of Justice is that the consort married by the separation of property regime has the right to inherit with the descendants of the deceased in the legitimate succession because there is no exception for that in the article 1.829, I, and law safeguards the consort that had no participation on the deceased's assets after the death, and also because the consort is a necessary heir. After the divergence between the Ministers, since the penultimate judgment about the case that was sent to the Superior Court of Justice's 2nd section, Ag. Int. no EREsp 1.354.742/MG, this is the current understanding. To the research, was used the inductive method. The techniques used were subject's analysis, the literature review and the techniques of categories, referent and files.

Keywords: Autonomy. Civil-constitutional law. Conventional property separation regime. Descendants. Succession competition from the spouse.

SUMÁRIO: Introdução. 1 As decisões encontradas na pesquisa no site do superior tribunal de justiça relacionadas à concorrência do cônjuge, casado no regime da separação convencional de bens, com os descendentes. 2 Análise de principais argumentos apresentados pelos ministros nas decisões relatadas. 2.1 As espécies de regime de separação de bens. 2.2 A interpretação sistemática. 2.3 O respeito à autonomia versus norma de ordem pública. 2.4 O cônjuge como herdeiro necessário. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar os argumentos utilizados pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça nos acórdãos dos recursos, cujo tema central é a concorrência do cônjuge casado no regime da separação convencional de bens com os descendentes do autor da herança, analisando o direito sucessório do cônjuge/companheiro no Código Civil de 2002 e comparando os posicionamentos dos Ministros nessas decisões.

A concorrência sucessória do cônjuge está prevista no artigo 1.829, inciso I, do Código Civil e excepciona que, em certos casos, a depender do regime de bens pelo qual foram casados, o cônjuge não concorrerá com os descendentes do autor da herança nesta primeira classe da ordem de vocação hereditária.

Anota-se que o artigo 1.790 do Código Civil concedia tratamento diferenciado à sucessão do companheiro em relação à sucessão do cônjuge, prevista no artigo 1.829 do mesmo Código. O tema foi submetido ao Supremo Tribunal Federal no RE 646.721/RS (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2017a) e no RE 878.694/MG (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2017b), aos quais foi dada repercussão geral. E, em 10 de maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal decidiu conjuntamente os dois recursos, declarando a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e determinando a aplicação do artigo 1.829 do mesmo diploma legal à sucessão do

companheiro. A decisão da Corte Suprema brasileira equiparou os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, logo analisam-se decisões envolvendo tanto casamento quanto união estável, e as observações neste artigo feitas se aplicam a ambos.

A redação do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil é confusa, e, ao excluir a concorrência do cônjuge com os descendentes no regime da separação de bens, o legislador fez remissão apenas ao regime de bens obrigatório. Como o regime de separação de bens pode ser adotado por dois motivos: separação legal, estabelecida no artigo 1.641 do Código Civil, decorrente das hipóteses ali previstas, e separação convencional, quando as partes optam por esse regime de acordo com artigo 1639 do Código Civil; muito se tem questionado judicialmente se, de fato, o cônjuge teria o direito à concorrência com os descendentes do autor da herança, se casado no regime da separação convencional de bens, ou seja, se os nubentes escolheram por livre vontade esse regime para reger sua união.

O direito de o cônjuge concorrer com os descendentes do autor da herança quando foi casado pelo regime de separação convencional de bens é de grande relevância, tendo em vista que, embora ainda não seja o regime predominante nos casamentos no Brasil, não é incomum que os cônjuges escolham esse regime de bens, conseqüentemente deve haver um entendimento a ser seguido pelos Tribunais de Justiça quando se depararem com esta controvérsia, com o intuito de evitar a judicialização desnecessária deste tipo de conflito.

Além disso, a uniformização de entendimentos acerca tema é importante para a segurança jurídica, não obstante existirem opiniões diferentes, as pessoas, que se casam pelo regime da separação convencional de bens, saberão que os Tribunais nacionais decidirão num determinado sentido.

Deste modo, verificada a relevância do tema, serão analisados os argumentos utilizados pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, a fim de resolver esta controvérsia, confrontando os posicionamentos mais relevantes de cada Ministro com o intuito de esclarecer qual o atual entendimento consolidado pela Corte Superior.

Para o desenvolvimento deste trabalho foram utilizadas as técnicas de revisão bibliográfica, de categorias, referente e fichamento, e análise de conteúdo. A pesquisa documental foi realizada em fontes doutrinárias e legislativa para compreender o panorama atual do direito sucessório do cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens em concorrência com os descendentes do autor da herança. Fora realizada também uma pesquisa por decisões sobre o tema de estudo no *site* do Superior Tribunal de Justiça desde a entrada em vigor do novo Código Civil, dia 11 de janeiro de 2003 até 31 de março de 2019, utilizando-se como palavras-chaves: concorrência, companheiro, separação, descendentes, cônjuge, herança, sucessão, alternativamente. Excluíram-se os recursos que, apesar de conterem as palavras-chaves elencadas, não tinham como tema central a discussão em análise.

Os dados foram coletados e catalogados por meio de fichamentos, utilizando-se o tema como referente. A análise descritiva e comparativa dos dados coletados e a redação dos relatórios foi feita com base na análise de conteúdo. O método tanto da coleta de dados como da redação foi o indutivo.

1 AS DECISÕES ENCONTRADAS NA PESQUISA NO SITE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA RELACIONADAS À CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE, CASADO NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS, COM OS DESCENDENTES

Através da análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça, acerca da concorrência do cônjuge ou companheiro, cuja união era regida pelo regime de separação convencional de bens, com os descendentes do falecido, no período de 11 janeiro de 2003 até 31 de março de 2019, verifica-se que dezessete recursos apareceram nos resultados. Sete foram descartados porque a análise do conteúdo demonstrou que a principal discussão não tratava da controvérsia aqui

estudada. Desses dezessete, dez recursos têm como tema central da discussão a concorrência do cônjuge, casado pelo regime da separação convencional de bens, com os descendentes e foram analisados para o desenvolvimento do presente trabalho.

Desses dez, apenas um deles afastou o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens da concorrência com os descendentes do falecido na sucessão legítima. Ressalta-se que essa decisão foi unânime e foi a primeira proferida no Tribunal sobre o tema, quando do julgamento do REsp 992.749/MS sob a relatoria da Ministra Nancy Andrichi, que foi acompanhada pelos Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado, no ano de 2009.

As demais decisões estudadas, isto é, nove decisões, concederam ao cônjuge casado no regime da separação convencional de bens o direito de concorrer com os descendentes na primeira classe de vocação hereditária prevista no artigo 1.829, inciso I, do Código Civil. Dessas nove decisões, quatro foram por unanimidade e cinco, por maioria, o que demonstra a relevância da discussão sobre o tema, eis que os próprios Ministros por muito tempo possuíam posicionamentos diferentes.

Desde 2009 não há decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de afastar o direito do cônjuge casado no regime da separação convencional de bens de concorrer com os descendentes do autor da herança. Destaca-se, também, que as duas últimas decisões proferidas acerca deste tema, em novembro de 2017 e em maio de 2018, foram unânimes e concederam ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrer com os descendentes, se fora casado pelo regime da separação convencional de bens, havendo, inclusive, mudança de posicionamento, além do Ministro Sidnei Beneti, por parte da Ministra Nancy Andrichi e do Ministro Moura Ribeiro, esses últimos os que mais insistiam no precedente do REsp 992.749/MS, o que leva à conclusão de que não há mais divergência de voto sobre o tema no Tribunal.

Passa-se, então, à análise cronológica dessas decisões. Inicialmente, verificou-se resistência por parte de alguns Ministros no sentido de reconhecer o direito à concorrência do cônjuge, casado no regime da separação convencional de bens, com os descendentes no julgamento do REsp 992.749/MS de relatoria da Ministra Nancy Andrichi (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 27). O argumento fundamental para a decisão era de que a concorrência nesses casos causaria grave afronta ao ato de liberalidade da escolha do regime de bens.

A relatora Ministra Nancy Andrichi (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 18) apontou, em seu voto, o entendimento de Miguel Reale de que existem duas hipóteses de separação obrigatória:

Nessa ordem de idéias, duas são as hipóteses de separação obrigatória: uma delas é a prevista no parágrafo único do artigo 1.641, abrangendo vários casos; a outra resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens. A obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão “separação obrigatória” aplicável somente nos casos relacionados ao parágrafo único do artigo 1.641. (REALE, 2003)

A Ministra Nancy Andrichi segue o fundamento do autor supracitado de que ambas as hipóteses de separação de bens são obrigatórias (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 18). Com base nesses argumentos é que foi julgado, de forma unânime, pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, o primeiro recurso acerca desta controvérsia.

No entanto, em 2014, sobreveio o julgamento do REsp 1.346.324/SP, a partir de quando começou a divergência entre os Ministros acerca da concorrência ou não do cônjuge, casado no regime da separação convencional de bens, com os descendentes na sucessão.

O recurso foi julgado também pela Terceira Turma, e a relatoria competia à Ministra Nancy Andrichi, que, em seu voto, reiterou os seus fundamentos utilizados no REsp 992.749/MS.

Todavia, dessa vez os demais Ministros não acompanharam seu voto. Os Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva seguiram o voto do Ministro João Otávio de Noronha, que se manifestou no sentido de reconhecer o direito à concorrência com os descendentes ao cônjuge casado no regime da separação convencional de bens (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014a). Verifica-se que o Ministro Sidnei Beneti, que havia votado com a relatora no REsp 992.749/MS, mudou de entendimento.

O argumento do Ministro João Otávio de Noronha é de que a interpretação dada pelo REsp 992.749/MS afronta o artigo 1.845 do Código Civil, que atribui ao cônjuge sobrevivente a qualidade que herdeiro necessário e que a única conclusão possível, a partir da interpretação do artigo 1.829, inciso I, do mesmo diploma, é a de que, quando menciona a separação obrigatória, refere-se à separação legal prevista no artigo 1.641 do Código Civil e não à separação convencional de bens pactuada de livre vontade pelas partes (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014a, p. 17).

Desde então a interpretação dada ao artigo 1.829, inciso I, do Código Civil em relação à concorrência ou não do cônjuge casado no regime da separação convencional de bens com os descendentes na sucessão legítima passou a ser divergente no Superior Tribunal de Justiça.

Em seguida, outros recursos começaram a ser julgados e, por maioria, prevaleceu entendimento contrário ao decidido no REsp 992.749/MS, ou seja, de que o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens não se enquadra na exceção de não concorrência prevista no artigo 1.829, inciso I, do Código Civil.

Ainda em 2014, foi julgado também pela Terceira Turma o REsp 1.430.763/SP, sob o mesmo argumento do recurso anterior. Desse julgamento participaram os Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva, que seguiram o voto do Ministro João Otávio de Noronha, e a Ministra Nancy Andrighi, que defendeu o provimento do recurso sob o fundamento por ela reconhecido no REsp 992.749/MS (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014b).

Em 2014 também foi decidido o REsp 1.472.945/RJ sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, ao qual a Terceira Turma em 2014, por maioria, negou provimento, concedendo o direito de concorrência com os descendentes ao cônjuge casado no regime da separação convencional de bens, sob o argumento de que o cônjuge é herdeiro necessário, e a separação convencional de bens livremente escolhida não se confunde com aquela imposta pela lei (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014c, p. 10).

Nesse julgamento, os Ministros Marco Aurélio Bellizze, João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Ministro relator, votando apenas o Ministro Moura Ribeiro em sentido contrário e cita em seu voto que deve ser decidido de igual forma ao que fora decidido no REsp 992.749/MS.

Diante do confronto de entendimentos, o tema foi submetido à Segunda Seção no julgamento do REsp 1.382.170/SP, no qual o relator, o Ministro Moura Ribeiro, se posicionou no sentido de já vinha se posicionando nos recursos anteriores:

Foge à minha compreensão jurídica que o regime da separação convencional total de bens não produza efeitos após a morte de um dos cônjuges.

Não pode haver efeito jurídico diverso para quem se casa com pacto de separação total de bens, diante dos que se casam em tal regime por força de lei, porque a norma não fez tal distinção. Isso porque não tem sentido possibilitar aos cônjuges a livre escolha do regime de bens, formalizada no pacto antenupcial, para depois lhes negar os efeitos práticos do regime licitamente escolhido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2015a, p. 6).

Ressalta, além disso, o Ministro Moura Ribeiro, que o regime da separação de bens é obrigatório, qualquer que seja a sua modalidade, conforme argumentação já demonstrada por Reale

(2003). Também defende o Ministro que é importante a proteção dada ao cônjuge no Direito Sucessório pelo Código Civil de 2002, no entanto, não se pode fazer com que isso diminua a participação dos descendentes que merecem a proteção da lei (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2015a, p. 7).

Nesse sentido, o Ministro Moura Ribeiro utilizou como argumento a valorização da autonomia dos cônjuges na escolha do regime de bens para declarar que o cônjuge sobrevivente, casado no regime da separação convencional de bens com o autor da herança, não ostenta a qualidade de herdeiro necessário, e, por este motivo, não concorrerá com os descendentes (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2015a, p. 17).

O Ministro João Otávio de Noronha, no julgamento do REsp 1.382.170/SP, pediu vistas e se manifestou, sendo acompanhado pelos demais Ministros, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e Marco Aurélio Bellizze. O Ministro João Otávio de Noronha inicia seu voto, tratando da interpretação sistemática que deve ser realizada no caso concreto e que deverá ser feita dentro do sistema do Direito das Sucessões (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2015a, p. 20).

Assim sendo, ao contrário do voto do relator Moura Ribeiro, o Ministro João Otávio de Noronha assume que o regime de bens não terá eficácia após a morte, devendo as regras do regime de bens limitarem-se à eventual divórcio e não se estenderem à sucessão. Logo, sustenta que o legislador constituiu um sistema de separação em vida e outro de separação em morte.

Em voto que acompanhou o Ministro João Otávio de Noronha, o Ministro Raul Araújo destaca, acerca da aplicação do regime de bens no Direito das Sucessões, que:

Assim, o regime de bens adotado na ocasião do casamento é considerado e tem influência no Direito das Sucessões, mas não prevalece tal qual enquanto em curso o matrimônio, não sendo extensivo a situações que possuem regulação legislativa própria, como no direito sucessório.

Assim, no caso em exame, devem ser interpretadas em harmonia as regras dos arts. 1.641, 1.829, I, e 1.845 do Código Civil (2002), no sentido do reconhecimento da qualidade de herdeiro necessário do cônjuge sobrevivente, salvo nas hipóteses expressas de exclusão legal (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2015a, p. 36).

No mesmo ano, 2015, o tema é novamente submetido à Segunda Seção através do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no REsp 1.472.945/RJ, no qual, por unanimidade, os Ministros Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti e Ricardo Villas Bôas Cueva, acompanharam o relator Antonio Carlos Ferreira e decidiram que o agravo não trouxe fundamentos relevantes para que a decisão do Recurso Especial fosse alterada, e, portanto, fora mantida, sob o principal argumento de que o regime da separação convencional de bens não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, no qual não há concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes, e que o pacto antenupcial não possui efeitos após a morte (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2015b, p. 4).

Ressalta-se que, no acórdão do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no REsp 1.472.945/RJ, houve, pela primeira vez, a mudança de posicionamento do Ministro Moura Ribeiro, que vinha seguindo o mesmo entendimento da Ministra Nancy Andrichi desde o início. No entanto, o Ministro não pediu vista nem justificou sua mudança de voto.

Após isso, sobreveio o julgamento do Agravo Regimental no REsp 1.334.340/MG no ano de 2015, cuja decisão foi unânime, tendo os Ministros Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva acompanhado o relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, no sentido de conceder ao cônjuge casado no regime da separação convencional de bens, o direito à concorrência, adotando entendimento que vinha sendo aplicado pela Segunda Seção (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2015c).

No julgamento do Agravo Regimental em Agravo no REsp 187.515/RS pela Terceira Turma, já em 2017, apesar de o Ministro relator Ricardo Villas Bôas Cueva (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2017a, p. 6) ter indicado o entendimento da Segunda Seção da Corte, que foi estabelecido pelo julgamento do REsp 1.382.170/SP, a Ministra Nancy Andrighi que não havia participado desse julgamento, manifestou-se em sentido diverso:

Embora reconheça que a Segunda Seção do STJ tenha fixado entendimento, no julgamento do REsp 1.382.170/SP, em idêntico sentido ao que foi adotado pelo Tribunal de origem – daí a aplicação da Súmula 83/STJ, á [*sic*] espécie – é cediço que anteriormente firmei posição em sentido contrário (REsp 992749/MS), posicionamento este que, durante algum tempo, foi o preponderante nesta Turma (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2017a, p. 7).

Conforme depreende-se do trecho acima, a Ministra Nancy Andrighi fundamentou seu voto na irradiação dos efeitos do regime de bens ao Direito das Sucessões, sustentando a estreita relação entre o Direito de Família e o Direito das Sucessões, e que tanto a separação convencional quanto a separação legal enquadram-se no conceito de separação obrigatória de bens prevista no artigo 1.829, inciso I, do Código Civil (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2017a, p. 8).

Em vista disso, a Ministra Nancy Andrighi, no Agravo Regimental no REsp 187.515/RS continuou com a mesma interpretação que havia dado desde o início dos julgamentos acerca do tema. Nesse agravo, o Ministro Moura Ribeiro acompanhou o voto da Ministra Nancy Andrighi, mudando, assim, o seu entendimento novamente, visto que, no Agravo Regimental no REsp 1.334.340/MG, acompanhou o voto do relator no sentido de que o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens concorreria com os descendentes na sucessão. Malgrado ter mudado de posicionamento, não solicitou vista e não justificou. Ao passo que os Ministros Marco Aurélio Bellizze e Raul Araújo acompanharam o relator.

Diante da divergência que se instalou mais uma vez no Superior Tribunal de Justiça, o tema foi levado novamente à Segunda Seção, através do Agravo Interno no Embargos de Divergência no REsp 1.354.742/MG, em novembro de 2017. O relator do recurso, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, sustentou brevemente que deve prevalecer o entendimento já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.382.170/SP: que o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens concorrerá com os descendentes, consoante julgado uniformizador:

CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC. 1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil). 2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil. 3. Recurso especial desprovido." (REsp nº 1.382.170/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/4/2015, DJe de 26/5/2015) (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2017b, p. 6).

Houve aqui mudança de entendimento por parte do Ministro Moura Ribeiro e da Ministra Nancy Andrighi, que acompanharam o voto do relator, no entanto, sem justificar a sua mudança de posicionamento. Ressalta-se que essa decisão foi unânime, e participaram do julgamento na Segunda Seção os seguintes Ministros Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro,

Lázaro Guimarães, Nancy Andrichi, Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira.

O último recurso julgado analisado neste estudo foi o REsp 1.318.249/GO de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão em 2018, que, por unanimidade dos votos, concedeu o direito de o companheiro, tendo estabelecido o regime da separação convencional de bens, concorrer com os descendentes do autor da herança na sucessão, seguindo os precedentes do próprio Tribunal. O voto do relator Ministro Luis Felipe Salomão foi seguido pelos Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Lázaro Guimarães (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

Dessa forma, considerando que, em 2017, o tema foi levado à Segunda Seção e que não houve mais votos divergentes acerca desta controvérsia, ademais o julgamento posterior do REsp 1.318.249/GO se deu no mesmo sentido e de forma unânime, é possível dizer que esse é o atual posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

2 ANÁLISE DE PRINCIPAIS ARGUMENTOS APRESENTADOS PELOS MINISTROS NAS DECISÕES RELATADAS

Expostas as decisões do Superior Tribunal de Justiça entre 11 janeiro 2003 e 31 de março de 2019 acerca da concorrência do cônjuge, casado no regime da separação convencional de bens, com os descendentes do autor da herança no direito à herança legítima, passa-se à análise dos argumentos utilizados pelos Ministros, para fundamentar suas decisões.

2.1 As espécies de regime de separação de bens

No REsp 992.749/MS a relatora do caso, Ministra Nancy Andrichi, ressalta que muito se discute acerca da interpretação do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil. A Ministra apresenta esses entendimentos e reconhece que a doutrina majoritária considera que o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens herda em concorrência com os descendentes, no entanto, posiciona-se em sentido contrário (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 13).

Um dos principais argumentos utilizados para embasar o voto da relatora Nancy Andrichi é o posicionamento de Miguel Reale sobre a separação obrigatória. De acordo com Reale (2003) a separação obrigatória englobaria duas subespécies: a do artigo 1.641 do Código Civil, e a outra quando livremente acordado em pacto antenupcial. Para o autor, nas duas espécies, a separação patrimonial é obrigatória, considerando que, uma vez sendo aquele o regime vigente, mesmo que por livre vontade das partes, terão obrigatoriamente de cumprir com o pactuado, motivo pelo qual a “separação obrigatória” não é somente aquela do artigo 1.641 do Código Civil.

A Ministra Nancy Andrichi conclui acerca do pensamento do autor:

Dessa forma, a separação obrigatória a que se refere o art. 1.829, I, do CC/02, é gênero do que são espécies a separação convencional e a legal. Com base nisso, conclui que em hipótese alguma, seja na separação legal, seja na separação convencional, o cônjuge será herdeiro necessário do autor da herança (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 18).

Levando em consideração a premissa de que o regime da separação obrigatória é gênero que abarca as espécies de separação de bens, a legal e a convencional, a relatora posiciona-se quanto à concorrência sucessória no caso concreto, determinando que não há, ao cônjuge casado no regime da separação convencional de bens, o direito à meação e nem à concorrência sucessória, a fim de respeitar o regime de bens. Além disso, também conclui que, em nenhum dos dois casos, o cônjuge é herdeiro necessário (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 21).

Ainda neste mesmo recurso, o Ministro Sidnei Beneti pede vistas e concorda com a relatora, afirmando esta ser a melhor interpretação segundo o senso comum:

A melhor leitura é a que toma o termo como genérico, abrangendo as duas modalidades de separação total de bens particulares adquiridos anteriormente ao casamento, isto é, a separação legal e a separação convencional, pois ambas, afinal de contas, são obrigatórias e os cônjuges que não atinam com a possibilidade de sutilezas de interpretação legal devem imaginar exatamente que, quando se casam optando pela separação de bens, será ela obrigatória, quer dizer, seus bens estarão separados durante o casamento e por ocasião da partilha por ocasião do óbito (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 32).

No julgamento do REsp 1.346.324/SP, a Ministra Nancy Andrichi também como relatora, posicionou-se no mesmo sentido que no REsp 992.749/MS. Nessa oportunidade, o Ministro João Otávio de Noronha pediu vista e citou um trecho de seu próprio voto no REsp 1.111.095/RJ, no qual, após mencionar o voto da Ministra Nancy Andrichi, dizendo que separação obrigatória é gênero do qual existem duas espécies, observou o seguinte:

Nessas circunstâncias, uma única conclusão é possível: quando o art. 1.829, I, do CC diz separação obrigatória, está referindo-se apenas à separação legal prevista no art. 1.641, cujo rol não inclui a separação convencional. Parece-me elementar o raciocínio (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014a, p. 22).

Discordou expressamente do voto da Ministra Nancy Andrichi e conclui que o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens deverá concorrer sim com os descendentes do autor da herança. Para o Ministro João Otávio de Noronha, aplicando-se as regras hermenêuticas, se a lei não fez distinção, não cabe ao intérprete fazê-la e, sendo que o artigo 1.829, inciso I, não excepcionou o cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens de concorrer com os descendentes do *de cujus*, não será o julgador que lhe negará este direito (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014a, p. 16).

No julgamento do REsp 1.472.945/RJ, o relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva igualmente se manifestou acerca do argumento utilizado pela Ministra Nancy Andrichi no julgamento do REsp 992.749/MS. Para o relator, o regime da separação convencional de bens não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, eis que uma é imposta pela legislação, e a outra é livremente pactuada por vontade das partes (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014c, p. 10).

Aponta o Ministro que não é correto incluir o regime da separação convencional de bens na exceção do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, e, portanto, se casado por esse regime de bens, concorrerá com os descendentes do autor da herança (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014c, p. 11).

Acerca do tema, Sêco e Reis (2017, p. 99) comentam essa divergência de interpretação entre os Ministros e assentam que, com o REsp 1.346.324/SP, atenuaram-se os efeitos do REsp 992.749/MS, recurso esse, que parecia ter demonstrado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, eis que unânime e somente sobreveio novo julgamento sobre do assunto em 2014, ou seja, cinco anos após.

Assim, a opinião das doutrinadoras acima citada vai ao encontro do entendimento dos Ministros João Otávio de Noronha e Ricardo Villas Bôas Cueva. Esse entendimento parece ser o mais sensato, eis que de fato o regime de separação de bens é gênero e congrega duas espécies: convencional e legal, sendo a última, justamente por força de lei, obrigatória; e a primeira não é obrigatória, pois é decorrente de vontade das partes.

2.2 A interpretação sistemática

Outro argumento apresentado pela Ministra Nancy Andrighi para defender seu posicionamento no REsp 992.749/MS é que a interpretação do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil deve ser feita sistematicamente, através da aplicação dos “princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma [ao dispositivo legal], marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 19).

Para a Ministra, a interpretação do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, que trata da primeira classe da ordem de vocação hereditária, ou seja, de Direito das Sucessões, deve ser feita em conjunto com os artigos 1.639, § 2º, e 1.687 do Código Civil, que dizem respeito aos regimes de bens. Isso porque, segundo a Ministra, conceder o direito à concorrência com os descendentes do autor da herança ao cônjuge casado no regime da separação convencional de bens é violar a vontade dos cônjuges salvaguardada nos artigos supracitados (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 26; 28).

A Ministra Nancy Andrighi destaca também que conceder o direito de concorrência ao cônjuge nesses casos, por afrontar o artigo 1.639 do Código Civil, seria uma alteração forçada do regime de bens após a morte:

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 (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 27).

Lôbo concorda com o posicionamento da Ministra exposto em seu voto no julgamento do REsp 992.749/MS:

Ao tratar da sucessão concorrente, o Código Civil (art. 1.829, I) a excluiu quando o cônjuge sobrevivente tivesse sido casado com o *de cujus* no regime “da separação obrigatória de bens”. Ao não incluir nas ressalvas da sucessão concorrente a separação consensual de bens, pode levar à interpretação literal de que o que não entrou em comunhão, em vida, entrará após a morte. Essa interpretação, todavia, colide com a disposição do art. 1.639, fundado no princípio da autodeterminação do casal, o qual pode livremente escolher o regime de bens que lhe convier, mediante pacto antenupcial ou alteração posterior de regime diverso. Tampouco se pode isolar uma norma legal de outra, mas sim buscar a inteligência que resulte da harmonização delas (LÔBO, 2018, p. 149-150) (destaques do autor).

Merece menção também o voto do Ministro Moura Ribeiro no julgamento do REsp 1.472.945/RJ, o qual afirma que, a despeito de o regime de bens e o Direito Sucessório não se confundirem, é necessária a interpretação sistemática do artigo 1.829, I, à luz do artigo 1.687, ambos do Código Civil, a fim de preservar a autonomia das partes (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014c, p. 16).

O artigo 1.687 do Código Civil dispõe que, no regime da separação convencional de bens, os bens de cada cônjuge serão de administração e propriedade exclusivas de cada um. Por conseguinte, esse ponto de vista pressupõe que o artigo 1.829, inciso I, deve ser interpretado sob a mesma ótica, ou seja, que os bens daqueles que se casaram pelo regime da separação convencional de bens não se transmitam ao cônjuge sobrevivente com a morte do outro.

Ademais, em 2017, após já haver sete decisões sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens teria direito a concorrer com os descendentes do autor da herança, a Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Ag. Rg. AREsp 187.515/RS, frisa que seu entendimento permanece aquele exposto no REsp 992.749/MS e que há “umbilical a relação entre o Direito de Família e das Sucessões” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2017a, p. 8).

Na mesma oportunidade, a Ministra Nancy Andrighi acrescenta que, não obstante o Direito das Sucessões e o Direito de Família serem disciplinas independentes, esses dois ramos do Direito formam um “sistema binário” que deverá observar os mesmos princípios (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2017a, p. 8-9).

A Ministra Nancy Andrighi, depois de defender os reflexos do Direito de Família no Direito das Sucessões, sustenta que a interpretação isolada do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil pode levar ao entendimento equivocado de que, de fato, a exceção à concorrência seria apenas na hipótese do regime de separação obrigatória de bens, devido à remissão feita no artigo do Código Civil. Por esse motivo, para a Ministra, é que deve ser feita uma “análise sistemática”, respeitando a autonomia das partes também na concorrência do cônjuge casado no regime da separação convencional de bens com os descendentes do autor da herança (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2017a, p. 10).

Ainda sobre a interpretação, o Ministro Sidnei Beneti, em seu voto no REsp 992.749/MS, afirma:

Prefere-se a interpretação afinada com o senso comum, pois não seria justo incentivar interpretação que não seja imediata e claramente inteligível para ser humano comum, em matéria de incidência comum a todos os segmentos sociais, bem diferente do que ocorre no tocante a interpretação de disposições legais destinadas a setores específicos, dos quais exigível o conhecimento técnico-jurídico apto à sutileza interpretativa própria do setor.

Em verdade e a rigor, as partes, ao casar-se sob o regime da separação convencional, celebrado com a solenidade da assinatura de escritura pública, terão, mesmo, mais convicção da obrigatoriedade da separação de bens do que no casamento pela separação legal de bens, decorrente de previsão legal nem sempre presente na memória dos nubentes -- conquanto, também obrigatória (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 32).

O Ministro Sidnei Beneti defende que a interpretação deveser lógica: se casados no regime da separação convencional de bens, os cônjuges desejaram que seus patrimônios não se comunicassem, dessa forma deverá permanecer também após a morte (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 32).

Para interpretar o sistema normativo como um todo, o Ministro Moura Ribeiro, em seu voto no REsp 1.382.170/SP, argumentou que não se pode esquecer dos descendentes, que também merecem proteção jurídica e, se o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens, concorresse com os filhos do autor da herança, o legislador estaria a diminuir a quota dos descendentes (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2015a, p. 14).

Por outro lado, o Ministro João Otávio de Noronha, pelo que se extrai do seu voto no REsp 1.346.324/SP, entende que, para solução da controvérsia, deve-se interpretar sistematicamente o Direito das Sucessões e não esse com outras áreas do Direito Civil. Destaca o Ministro que o artigo 1.845 do Código Civil garante ao cônjuge a condição de herdeiro necessário e observa que, pelas regras da hermenêutica jurídica, onde a lei não distinguiu, o intérprete não poderá fazê-lo, e, considerando que não há exceção a que o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens concorra com os descendentes do autor da herança, não há motivo para que lhe seja afastado este direito (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014a, p. 16).

Em seu voto no julgamento do REsp 1.472.945/RJ, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva ressalta que o pacto antenupcial apenas rege o patrimônio dos cônjuges durante a vigência do casamento, não podendo regulamentar o Direito Sucessório, cujo fato gerador é a morte e não o casamento dos cônjuges. E conclui que, como são sistemas distintos, pelo princípio da especificidade, não merecem necessariamente tratamento homogêneo (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014c, p. 8).

Além disso, o Ministro João Otávio de Noronha, no REsp 1.346.324/SP, menciona que seu entendimento está em consonância com o Enunciado nº 270 do Conselho da Justiça Federal, o qual reconhece o direito à concorrência do cônjuge, casado no regime da separação convencional de bens, com os descendentes do autor da herança de acordo com o artigo 1.829, inciso I, do Código Civil (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014a, p. 21).

Sobre esse tema, colaciona-se do voto vencedor do Ministro João Otávio de Noronha no REsp 1.382.170/GO, que se expressa no seguinte sentido acerca da interpretação sistemática:

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 (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2015a, p. 20) (destaques no original).

Assim, para Noronha, a interpretação sistemática deve ser feita dentro do próprio sistema do Direito das Sucessões, tratando os ramos do Direito Civil como separados e utilizando cada princípio dentro de sua área para se chegar a uma conclusão. Contrariamente a Ministra Nancy Andrighi sustenta que o Direito de Família (regime de bens) e o Direito das Sucessões andam de mãos dadas, mesmo porque o próprio legislador vinculou o direito sucessório do cônjuge, neste caso, ao regime de bens pelo qual fora casado.

Em vista disso, o direito de o cônjuge concorrer com os descendentes, quando casado pelo regime da separação convencional de bens, deve ser analisado à luz dos regimes de bens, pressupondo o Código Civil como um só sistema, que deve manter sua coerência interna.

2.3 O respeito à autonomia *versus* norma de ordem pública

A Ministra Nancy Andrighi, conforme se depreende do seu voto no REsp 992.749/MS, assevera que, para interpretação do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, deve-se levar em conta também os princípios e diretrizes teóricas que cercam o ordenamento jurídico brasileiro: dignidade da pessoa humana, autonomia e a boa-fé. O autor da herança, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, tem o direito de ter sua autonomia, exercida em vida, respeitada (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 19).

Destarte, defende em seu voto que deve ser acatada, sobretudo, a vontade dos nubentes ao escolherem o regime de bens que obriga as partes na vida e na morte. A Ministra defende que, no regime da separação legal e no regime da separação convencional de bens, não será o cônjuge herdeiro legítimo. E ainda ressalta:

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 (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 25).

Dessa maneira, para a Ministra, nenhum argumento é forte o suficiente para ir contra a manifestação da vontade livremente pactuada entre as partes. Se os cônjuges escolheram pela incomunicabilidade dos bens e, durante a vigência da união, não houve doações, nem mudança no regime de bens, permitida consoante o artigo 1.639, § 2º, do Código Civil, também não fora realizado testamento em favor do cônjuge, é sinal de que a vontade do *de cujus* era de que os bens permanecessem incomunicáveis (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 26-27).

Como apontado pela Ministra Nancy Andrighi, uma vez estipulado o regime de separação previsto no artigo 1.687 do Código Civil, a administração e fruição de cada bem será exclusiva de cada cônjuge, havendo, então, distinção absoluta entre o patrimônio de cada um, não havendo comunicação nem mesmo dos frutos ou de massa patrimonial comum. Sobre essa divisão dos bens de cada cônjuge, observa a Ministra:

Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações.

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 (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 25) (sem grifo no original).

Aponta, ademais, a Ministra que deve ser respeitada a vontade das partes que pactuaram a incomunicabilidade de seus bens e que, caso fosse a vontade das partes que acontecesse o contrário, isto é, que seus bens passassem ao consorte, utilizariam de outros institutos previstos no ordenamento jurídico brasileiro para resguardar algum patrimônio ao cônjuge sobrevivente (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 26).

A Ministra Nancy Andrighi argumenta, em seu voto no Ag. Rg. AREsp 187.515/RS, que deixar de respeitar essa autonomia na escolha do regime de bens e conceder a concorrência ao cônjuge casado no regime da separação convencional de bens com os descendentes são verdadeira “draconiana intervenção estatal na vida privada”, pois estar-se-ia a alterar o regime de bens após a morte e contra a vontade do autor da herança (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2017a, p. 11).

Para Ministra Nancy Andrighi, como o casamento foi celebrado pela livre vontade das partes sob o regime da separação convencional de bens, significa que ambos escolheram a separação de seu patrimônio e não se deve violar a vontade do cônjuge, principalmente depois de sua morte. A Ministra também assevera, na decisão pioneira, que:

O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade.

Em conclusão, o regime de separação de bens fixado por livre convenção entre a recorrida e o falecido, como se vê, está contemplado nas restrições previstas no

art. 1.829, I, do CC/02, em interpretação conjugada com o art. 1.687 do mesmo código, o que retira da recorrida a condição de herdeira necessária do autor da herança, em concorrência com os recorrentes, descendentes daquele (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 27-28)

A Ministra Nancy Andrighi afirma o respeito à autonomia não só no que tange à vontade do *de cuius* em não entregar seu patrimônio a seu cônjuge, mas também, com isso, em preservar um patrimônio maior a seus descendentes.

O entendimento adotado na decisão do REsp 992.749/MS é corrente minoritária e foi criticado por Teixeira e Rettore (2015, p. 129), ao tratar do regime da separação convencional de bens. Destacam que, no regime da separação convencional, foi dado direito ao cônjuge supérstite de concorrer com os descendentes do autor da herança com o intuito de não o deixar desamparado quando da morte de seu consorte, haja vista que não tem direito à meação. E ressaltam as autoras que não cabe arguir desrespeito ao regime de bens, pois esse não produz efeitos após a morte:

(...) o regime de bens tem eficácia *inter vivos*, servindo apenas como condição para determinar o recolhimento ou não de parte da herança, se concorrer com descendentes do autor da herança. Portanto, não há que se falar em jogar por terra o referido dispositivo, em função do limite da sua eficácia; dar-lhe nova interpretação, estendendo seus efeitos para depois da morte é que abala a segurança jurídica afeta às relações patrimoniais, pois tal alternativa hermenêutica contraria expressa disposição legal, vez que o regime de bens previsto no art. 1.647 CC – separação convencional ou total de bens – não se confunde com o determinado no art. 1.641 CC – separação obrigatória ou legal de bens. Para modificação de tal entendimento, seria necessário reforma legislativa, o que ainda não ocorreu (TEIXEIRA; RETTORE, 2015, p. 129).

O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em seu voto no REsp 1.472.945/RJ, a fim de se contrapor ao argumento da Ministra Nancy Andrighi, aduz que não há que se falar em autonomia, porque o concurso hereditário, no regime da separação convencional de bens, é norma de ordem pública, não podendo haver disposição no pacto antenupcial em sentido contrário sob pena de nulidade, consoante exposto no artigo 1.655 do Código Civil (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014c, p. 9).

O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva anota que o regime de bens não tem vigência depois da morte de um dos cônjuges, considerando que a sociedade conjugal se extingue com a morte, de acordo com o artigo 1.571, inciso I, do Código Civil (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014c, p. 8), e defende que a concorrência no caso em discussão é um direito que foi concedido ao cônjuge que não tem direito à meação:

O objetivo da regra é garantir o sustento do cônjuge supérstite e, em última análise, a sua própria dignidade, já que, em razão do regime de bens, poderia ficar à mercê de toda sorte e azar em virtude do falecimento de seu cônjuge, fato que por si só é uma tragédia pessoal. A concorrência se justifica justamente por esse motivo, e se coaduna com a finalidade protetiva do cônjuge no campo do direito sucessório, almejada pelo legislador, em histórico avanço, devendo-se observar o **princípio da vedação ao retrocesso social** (REsp nº 1.329.993/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 18/3/2014) (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014c, p. 9) (destaques no original).

Ao interpretar sistematicamente o artigo 1.845 e o artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, portanto, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva chega à conclusão contrária à da Ministra Nancy Andrighi por entender que, se a lei não retirou expressamente a condição de concorrência do

cônjuge, casado no regime da separação convencional de bens, com os descendentes do autor da herança na sucessão legítima, não cabe ao Judiciário tirar-lhe esse direito (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014c, p. 10).

Aponta ainda que a opção dos cônjuges pelo regime de separação convencional de bens não necessariamente se dá pelo fato de que não querem a comunicação de seus bens:

Ressalte-se, aliás, que a opção dos cônjuges pelo regime de separação de bens pode se dar pelos mais diversos motivos, dentre os quais uma maior facilidade na administração do patrimônio de cada um ou prevenir a sua eventual redução em caso de divórcio, não cabendo projetar a ausência de meação na seara sucessória. Não se pode presumir, no entanto, que o pacto antenupcial nesse sentido seja fruto do desejo dos nubentes em perpetuar a intransmissibilidade entre seus patrimônios (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014c, p. 9).

Verifica-se sobre esse argumento uma divergência entre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça. Enquanto, para a Ministra Nancy Andrichi, deve-se respeitar a manifestação de vontade expressa em vida, no momento da escolha do regime de bens pelos nubentes, no entendimento do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em se tratando de Direito das Sucessões, não se deve respeito à autonomia exercida no momento da escolha do regime de bens, visto que se trata de norma de ordem pública. Ademais, o mesmo Ministro comenta, no REsp 1.472.945/RJ, que a interpretação em sentido contrário não coaduna com a proteção dada ao cônjuge pelo ordenamento jurídico brasileiro após o advento do Código Civil de 2002, elevando-o à categoria de herdeiro necessário (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014c, p. 10), como se verá a seguir.

2.4 O cônjuge como herdeiro necessário

O Código Civil de 2002 elevou o cônjuge sobrevivente à categoria de herdeiro necessário, direito esse, que não lhe era conferido no Código Civil de 1916. Com isso, o intuito do legislador, de acordo com o Ministro Raul Araújo, em seu voto no REsp 1.382.170/SP, foi “garantir ao cônjuge supérstite condições mínimas para sua sobrevivência, de modo a não ficar completamente desamparado com o falecimento de seu consorte” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2015a, p. 33).

A Ministra Nancy Andrichi, conforme já abordado, no REsp 1.346.324/SP, afasta expressamente a concorrência do cônjuge, casado no regime da separação convencional de bens, com os descendentes, pois, por sua interpretação, não se pode violar a escolha feita em conjunto pelos cônjuges pela separação de patrimônios depois do óbito de um deles (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014a, p. 9).

Entretanto, o Ministro João Otávio de Noronha entende equivocada essa afirmação feita pela Ministra Nancy Andrichi. Em seus votos proferidos no REsp 1.346.324/SP e no REsp 1.430.763/SP, contrapõe-se ao argumento da Ministra e ressalta que a condição de herdeiro necessário do cônjuge não se confunde com a concorrência com os descendentes:

A qualidade de "necessário" atribuída ao cônjuge não o torna privilegiado em relação aos descendentes ou aos ascendentes do falecido. Poderia a lei simplesmente mantê-lo como herdeiro facultativo, na forma do Código Civil de 1916, e ainda assim dispor que ele concorreria com os descendentes e ascendentes tal qual estabelecido no atual art. 1.829, I e II. Não era indispensável a condição de "necessário" para essa finalidade. Sua inclusão no rol de herdeiros necessários no novo Código significou avanço apenas no que tange à garantia conferida à legítima de que agora participa, embora lhe tenha trazido também ônus, como o dever de conferir o valor das doações recebidas do *de cujus* (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014a, p. 17) (destaques no original).

Para o Ministro, a discussão acerca do artigo 1.829, inciso I, deve levar à compreensão de em que regimes de bens o viúvo concorrerá com os descendentes do falecido, mas nunca para definir se o cônjuge é ou não herdeiro necessário, com o objetivo de não afrontar o artigo 1.845 do Código Civil (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014a, p. 17).

Conclui o Ministro João Otávio de Noronha que, a depender do regime de bens adotado pelo casal, o cônjuge será herdeiro necessário e adiciona:

E a norma contida no art. 1.829, I, do mesmo codex não altera essa realidade. O que ali está definido são as situações em que o herdeiro necessário cônjuge concorre com o herdeiro necessário descendente. E aí, sim, a lei estabelece que, a depender do regime de bens adotado, tais herdeiros necessários concorrem ou não entre si aos bens da herança. E percebam: a lei não afasta a condição de herdeiro necessário do cônjuge nos casos em que não admite a concorrência; simplesmente atribui ao descendente a primazia na ordem da vocação hereditária. Sob esse aspecto, não vejo nenhuma dificuldade em interpretar referido dispositivo legal (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014a, p. 16) (destaques no original).

Nessa interpretação, o cônjuge poderia não ser herdeiro necessário, como ocorria no Código Civil de 1916, e concorrer com os descendentes, ou seja, a sua condição de herdeiro necessário não se dá pela sua inclusão na primeira classe de ordem de vocação hereditária (artigo 1.829, inciso I do Código Civil), mas sim pelo fato de estar mencionado no artigo 1.845 do Código Civil (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014a, p. 17).

O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em seu voto no REsp 1.430.763/SP, ressalta que é evidente a intenção do legislador de privilegiar o cônjuge ao elevá-lo à categoria de herdeiro necessário, acrescentando-o ao rol do artigo 1.845 do Código Civil, e assegurando-lhe condições mínimas para sobrevivência (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014b, p. 37).

Já a Ministra Nancy Andrighi, em seu voto no REsp 992.749/MS, defende que, em nenhum dos regimes da separação de bens, o cônjuge é herdeiro necessário em concorrência com os descendentes na sucessão legítima (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 21).

Diante desses argumentos, é coerente concordar com o posicionamento dos Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e João Otávio de Noronha, já que, de fato, a concorrência do cônjuge com os descendentes prevista no artigo 1.829, inciso I, do Código Civil é independente de sua qualidade de herdeiro necessário. Por esse motivo, eventual exceção à regra da concorrência do cônjuge com os descendentes, não retirará sua qualidade de herdeiro necessário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise das dez decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da concorrência do cônjuge, casado no regime da separação convencional de bens, com os descendentes do autor da herança, entre 11 de janeiro de 2003 e 31 de março de 2019, verificou-se que apenas uma, a primeira delas – REsp 992.749/MS –, negou ao cônjuge casado no regime da separação convencional de bens o direito a concorrer com os descendentes do autor da herança, decisão que foi unânime. Os demais recursos analisados concederam ao cônjuge casado no regime da separação convencional de bens o direito à concorrência com os descendentes do autor da herança, cinco por maioria, e quatro, por unanimidade.

Diante dos votos, pode-se observar mudança radical de entendimento em relação ao que foi decidido no REsp 992.749/MS em 2009 em comparação com o atual entendimento da Corte Superior acerca do assunto, tendo em vista que as decisões dos últimos dois recursos julgados sobre o tema, Agravo Interno no EREsp 1.354.742/MG e Agravo Interno no REsp 1.318.249/GO, foram unânimes e em contrário ao estabelecido naquela, ou seja, para reconhecer o direito do cônjuge

supérstite casado no regime da separação convencional de bens de concorrer com os descendentes do *de cujus*.

Inclusive a Ministra Nancy Andrighi, que insistiu por anos no seu posicionamento no REsp 992.749/MS, ao final, mudou de entendimento por ser voto vencido no tema, porém não justificou a mudança de voto; assim como os Ministros Sidnei Beneti e Moura Ribeiro.

Foi bastante debatido, nos acórdãos, acerca da abrangência da nomenclatura dos regime de separação de bens mencionado no artigo 1829, inciso I, do Código Civil. A Ministra Nancy Andrighi defende veementemente que o regime da separação obrigatória engloba dois regimes de bens: o legal e o convencional.

O regime da separação convencional de bens não é obrigatório. Os cônjuges escolhem casar-se sob este regime, visto que querem manter seus patrimônios separados por algum motivo, ou porque isso facilita a administração de seus bens, porém esse regime de bens não é imposto pela legislação, como o da separação legal o é, uma vez que, enquadrando-se nas hipóteses previstas do artigo 1.641 do Código Civil, os nubentes não poderão escolher outro regime.

É importante ressaltar também outro fundamento bastante utilizado pelos Ministros que é o da interpretação sistemática. Curioso que a Ministra Nancy Andrighi entende por interpretação sistemática uma coisa, e o Ministro João Otávio de Noronha, outra. Para a Ministra Nancy Andrighi, a interpretação sistemática é a interpretação de todo o sistema normativo e ela reconhece que se trata de uma relação profunda entre o Direito das Sucessões e o Direito de Família, de maneira que deve ser feita a leitura conformadora do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil com os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia e com dispositivos legais que tratam dos regimes de bens, até porque a concorrência na primeira classe da ordem de vocação hereditária depende do regime de bens.

Já o Ministro João Otávio de Noronha defende que a interpretação sistemática deve ser feita dentro de cada sistema, sendo o sistema do Direito das Sucessões, diferente do sistema dos regimes de bens, seara do Direito de Família.

A Ministra Nancy Andrighi também defende a autonomia dos cônjuges que optaram casar pelo regime da separação convencional de bens, pressupondo-se que não queriam que seus patrimônios se misturassem e que decisão em sentido oposto caracterizaria verdadeira violação à vontade do *de cujus* após a sua morte, eis que estar-se-ia diante de uma “transmutação de regime de bens *post mortem*”.

Ao contrário, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva arguiu que não há alteração de regime de bens ao se conceder direito à herança ao cônjuge, que fora casado pelo regime de separação convencional de bens, em concorrência com os descendentes. Isso porque o regime de bens cessa com a morte, conforme previsto no artigo 1.571, inciso I do Código Civil e, a partir de então, por estar encerrada a sociedade conjugal, abre-se a sucessão e aplica-se o Direito das Sucessões, que, com o intuito de salvaguardar o cônjuge que não teve direito à meação, concedeu a esse, o direito de concorrer com os descendentes do autor da herança. Não há, por conseguinte, que se falar em desrespeito à autonomia, eis que no Direito das Sucessões se trata de norma de ordem pública, diferentemente do exercício da autonomia na escolha do regime de bens por ocasião do casamento ou da união estável.

Todavia, ainda que a manifestação de vontade expressa no momento da escolha do regime de bens, garantida não apenas infraconstitucionalmente pelo artigo 1.639 do Código Civil, mas também constitucionalmente, já que fundada no direito fundamental à liberdade, não produza efeitos depois de findo o casamento, percebe-se uma conexão entre o regime de bens e o Direito das Sucessões na primeira classe da ordem sucessória, posto que o legislador faz depender do regime de bens o direito de o cônjuge concorrer com os descendentes do falecido.

O fato de o Código Civil 2002 ter elevado o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, através do artigo 1.845, também foi utilizado como argumento pelos Ministros. Por diversas vezes, a Ministra Nancy Andrighi expressamente exprimiu que o cônjuge casado no regime da separação

convencional de bens não ostenta a condição de herdeiro necessário para concorrer com os descendentes do autor da herança. Contrapondo-se a essa afirmação, o Ministro João Otávio de Noronha aduz que, ao alegar isso, a Ministra Nancy Andrighi não observou o disposto no artigo 1.845 do Código Civil.

Menciona o Ministro João Otávio de Noronha que o artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, quando limitou a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes a determinados regimes de bens, não afastou a condição de herdeiro necessário do cônjuge, tendo em vista que o cônjuge não é herdeiro necessário por estar na primeira classe da ordem de vocação hereditária, mas sim por estar no rol do artigo 1.845 do Código Civil.

Tanto é verdade que o cônjuge casado no regime da separação obrigatória não concorre com os descendentes, mas será herdeiro necessário se não houver descendentes do falecido, pois concorrerá com os ascendentes; ou, na ausência desses, herdará toda a legítima. Eis que, para ter essa qualidade, basta a menção expressa no artigo 1.845 do Código Civil.

Conclui-se que a tese predominante não só na doutrina, mas também no Superior Tribunal de Justiça é aquele de que o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens concorrerá com os descendentes do autor da herança na sucessão legítima. Entendimento que merece prosperar, visto que, apesar de os argumentos de que há desrespeito à autonomia e de que a interpretação sistemática não pode desconsiderar os reflexos dos princípios gerais do Direito e das normas relativas aos regimes de bens no Direito das Sucessões, defendidos pela Ministra Nancy Andrighi, a lei é clara quanto aos regimes de bens que excluem a concorrência, e o regime da separação convencional de bens não se inclui neles.

Ademais, pode-se perceber que, com base em um mesmo argumento ou em um mesmo princípio, um artigo de lei pode ser interpretado diferentemente ou até utilizado de outra forma para defender posicionamentos divergentes. A respeito da interpretação sistemática, tanto a Ministra Nancy Andrighi como o Ministro João Otávio de Noronha afirmaram ser essa necessária para a solução da controvérsia em estudo, no entanto, cada um entende o instituto de uma forma diferente e, tão diferente, que resultam em soluções opostas para o caso.

Consoante abordado, o Código Civil de 2002, no que tange à sucessão, privilegiou o cônjuge sobrevivente, em vista do que era previsto no Código Civil anterior. Assim, a interpretação literal é de que: a lei é clara nas exceções, e o regime de separação convencional de bens não está excluído, portanto o cônjuge casado sob este regime concorrerá com os descendentes do autor da herança.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 21 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 992.749/Mato Grosso do Sul. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 01 dez. 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=888680&num_registro=200702295979&data=20100205&formato=PDF. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.346.324/São Paulo. Relator para o acórdão: Min. João Otávio de Noronha. 19 ago. 2014a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1512249&num_registro=201502334627&data=20160520&formato=PDF. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.430.763/São Paulo. Relator para o acórdão: Min. João Otávio de Noronha. 19 ago. 2014b. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1327283&num_registro=201400113462&data=20141202&formato=PDF. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.472.945/Rio de Janeiro. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 23 out. 2014c. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1354688&num_registro=201303350033&data=20141119&formato=PDF. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.382.170/São Paulo. Relator para o acórdão: Min. João Otávio de Noronha. 22 abr. 2015a. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1382593&num_registro=201301311977&data=20150526&formato=PDF. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.472.945/Rio de Janeiro. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira. 24 jun. 2015b. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1422360&num_registro=201303350033&data=20150629&formato=PDF. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.334.340/Minas Gerais. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 17 set. 2015c. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1443042&num_registro=201201469894&data=20151008&formato=PDF. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 187.515/Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 19 set. 2017a. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1584000&num_registro=201201172074&data=20171005&formato=PDF. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.354.742/Minas Gerais. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 13 dez. 2017b. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1669754&num_registro=201202453819&data=20171218&formato=PDF. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial 1.318.249/Goiás. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 22 mai. 2018. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1715839&num_registro=201100666112&data=20180604&formato=PDF. Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 646.721/Rio Grande do Sul. Relator: Min. Roberto Barroso. 10 mai. 2017a. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 878.694/Minas Gerais. Relator: Min. Roberto Barroso. 10 mai. 2017b. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>. Acesso em: 09 ago. 2020.

LÔBO, Paulo. Direito civil: sucessões. 4. edição, São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229122/cfi/4!/4/4@0.00:13.5>. Acesso em: 22 ago.2019. Acesso restrito.

REALE, Miguel. O cônjuge no novo Código Civil. Migalhas. 2003. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/1612/o-conjuge-no-novo-codigo-civil>. Acesso em: 27 jul. 2020.

SÊCO, Thaís Fernanda Tenório; REIS, Felipe Guerra David. 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. Revista Brasileira de Direito Civil. Jun. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/35/29>. Acesso em: 16 out. 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado.; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. Divergências doutrinárias e jurisprudenciais no direito sucessório: a sucessão do cônjuge no regime da separação convencional de bens e a sua concorrência com descendentes nos casos de filiação híbrida. Revista Brasileira de Direito Civil. Set. 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/93/89>. Acesso em: 16 out. 2019.