

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.382.170 - SP (2013/0131197-7)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
RECORRENTE : **FLÁVIA MATARAZZO**
ADVOGADOS : **FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS E OUTRO(S)**
JOSÉ BEN HUR DE ESCOBAR FERRAZ JUNIOR
FLÁVIO CÉSAR DE TOLEDO PINHEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : **SILVIA MARIA ARANHA MATARAZZO**
ADVOGADOS : **MARIO SERGIO DE MELLO FERREIRA**
FERNANDO SILVA PRIORE E OUTRO(S)

EMENTA

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Raul Araújo acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha e negando provimento ao recurso especial, por maioria, negar provimento ao recurso especial, vencido o Sr. Ministro Moura Ribeiro, Relator.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e Marco Aurélio Bellizze.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 22 de abril de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 1.382.170 - SP (2013/0131197-7)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
RECORRENTE : FLÁVIA MATARAZZO
ADVOGADOS : FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS E OUTRO(S)
JOSÉ BEN HUR DE ESCOBAR FERRAZ JUNIOR
FLÁVIO CÉSAR DE TOLEDO PINHEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : SILVIA MARIA ARANHA MATARAZZO
ADVOGADOS : MARIO SERGIO DE MELLO FERREIRA
FERNANDO SILVA PRIORE E OUTRO(S)

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO:

Trata-se de recurso especial interposto por FLÁVIA MATARAZZO com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo com a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Inventário. Decisão que declarou o cônjuge supérstite não herdeiro nem meeiro - Viúva que foi casada com o autor da herança pelo regime da separação convencional. Decisão que contraria a lei, em especial os arts. 1.845 e 1.829 do Código Civil. Decisão reformada. Agravo provido (e-STJ, fl. 351).

A recorrente aponta ofensa ao art. 1.829, I, do CC/02, além de dissídio jurisprudencial.

Afirma, em síntese, que o cônjuge casado no regime de separação convencional de bens, com pacto nupcial, não concorre com herdeiro necessário do autor da herança.

Sustenta que o acórdão recorrido contrariou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual, no julgamento do Recurso Especial nº 992.749/MS, firmou o entendimento de que *tanto na separação legal como na separação convencional, não remanesce, para o cônjuge, direito à meação, tampouco à concorrência, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte* (e-STJ, fl. 383).

Acrescenta que o Tribunal *a quo violentou a vontade do defunto, concedendo herança ao cônjuge sobrevivente, como se fosse 'herdeiro necessário', quando, na verdade, a viúva é apenas herdeira testamentária* (e-STJ, fl. 383).

Superior Tribunal de Justiça

Contrarrrazões do recurso especial (e-STJ, fls. 452/471).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial (e-STJ, fls. 487/502).

É o relatório.



VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO:

Na sessão de julgamento da Terceira Turma, aos 18/11/2014, o presente feito foi afetado para que o tema aqui destacado (interpretação do art. 1.829, I, do CC/02) possa ter entendimento pacificado no âmbito desta Seção, considerando a existência de precedentes divergentes nas Turmas julgadoras.

Na referida sessão, tendo em vista que no julgamento do Recurso Especial nº 1.472.945/RJ, realizado na sessão do dia 23/10/2014, da relatoria do Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, a Terceira Turma, por maioria de votos, modificou o entendimento que até então prevalecia, o que foi retratado no Recurso Especial nº 992.749/MS, da relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, meu voto seguiu no sentido de prestigiar a maioria, ressalvado o meu entendimento contrário.

Naquela oportunidade, se discutiu o alcance da norma do art. 1.829, I, do CC/02, e a Terceira Turma concluiu que:

[...] a mais adequada interpretação, no que diz respeito à separação convencional de bens, é aquela que entende ter o cônjuge direitos sucessórios em concorrência com os herdeiros do autor da herança, sendo essa, de resto a interpretação literal, lógica e sistemática do próprio dispositivo [...].

Agora, diante da afetação da matéria para esta Segunda Seção, apresento meu posicionamento sobre o tema, baseado no voto-vista que proferi no julgamento do aludido recurso, no qual fui vencido, para que a questão seja debatida por todos os ilustres componentes.

De início, conquanto se combata no apelo nobre decisão interlocutória proferida em ação de inventário, não se deve aplicar a regra do art. 542, § 3º, do CPC, ao caso concreto, porque o procedimento pode se encerrar sem que haja propriamente decisão de mérito.

Presentes os requisitos de admissibilidade, passo ao exame do mérito do recurso especial.

A questão central da lide é a interpretação do art. 1.829, I, do CC/02, no que se refere ao regime de separação convencional total de bens, visando definir a possibilidade de participação da cônjuge supérstite na sucessão do autor da herança como herdeira necessária e em concorrência com a descendente do falecido.

A recorrida, casada sob o regime da separação convencional total de bens, interpôs na origem agravo de instrumento contra decisão proferida nos autos do inventário de FRANCISCO MATARAZZO, seu marido, porque não foi reconhecida a sua

Superior Tribunal de Justiça

condição de meeira e nem sequer de herdeira necessária.

O Tribunal local proveu o recurso porque *a viúva não foi casada com o autor da herança pelo regime da separação obrigatória*, assim não se aplica a ela a exceção legal que impede certas pessoas de sucederem na condição de herdeiro necessário (e-STJ, fl. 353). Acrescentou que essa era a vontade do falecido, que inclusive a beneficiou no testamento que deixou (e-STJ, fls. 355/356).

A recorrente sustenta que cônjuge casado no regime de separação convencional de bens, com pacto nupcial, não concorre com herdeiro necessário do autor da herança.

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.

O art. 1.687 do CC/2002 dispõe que *estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real*.

Cabe esclarecer que o art. 1.829, I, do CC/02 estabelece que a sucessão legítima é deferida aos descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado com o falecido no regime da separação obrigatória de bens.

Portanto, a melhor exegese é aquela que entende não ser possível a alteração dos efeitos jurídicos do regime matrimonial *post mortem* na separação convencional de bens, devendo ser mantida a coerência ante a vontade manifestada pelos cônjuges durante a vida em comum.

Dessarte, pouco importa se os cônjuges permaneceram casados por poucos meses ou longos anos, pois o direito à sucessão não pode ser visto como um “prêmio” concedido ao cônjuge supérstite, mas, sim, como um direito que lhe é resguardado em respeito ao regime de bens que adotaram e à proteção que cada um quis dar à sua prole *post mortem*.

A liberdade prevista no art. 5º, *caput*, da CF, é sintetizada na autonomia da vontade no âmbito do Direito privado, desde que ele não o vede.

O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e impede a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, corrobora a interpretação

conjunta dos arts. 1.829, I, e 1.687 do CC/02.

Não há que se confundir regime de bens e direito sucessório, mas há que se interpretar, de forma sistemática, os dispositivos legais que permitam a preservação dos fins da livre manifestação de vontade admitida pela lei, já que aquele deita efeitos sobre este.

O regime da separação total de bens é obrigatório tanto por força do pacto antenupcial quanto por força de lei, e os seus objetivos jurídicos devem preponderar.

Interpretação diversa esvaziaria o art. 1.687 do CC/02 e, por consequência, a livre manifestação da vontade no momento crucial da morte de um dos cônjuges.

Esse é o posicionamento de MIGUEL REALE:

Se o cônjuge casado no regime de separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança, estaríamos ferindo substancialmente o disposto no art. 1.687, sem o qual desapareceria todo o regime da separação de bens, em razão do conflito inadmissível entre esse artigo e o art. 1.829, I, fato que jamais poderá ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática.

Entre uma interpretação que esvazia o art. 1.687 no momento crucial da morte de um dos cônjuges e uma outra que interpreta de maneira complementar os dois citados artigos, não se pode deixar de dar preferência à segunda solução, a qual, ademais, atende à interpretação sistemática, essencial à exegese jurídica.

Se, no entanto, apesar da argumentação por mim aqui desenvolvida, ainda persistir a dúvida sobre o inc. I do art. 1.829, o remédio será emendá-lo, eliminado o adjetivo "obrigatória". Com essa supressão o cônjuge sobrevivente não teria a qualidade de herdeiro, 'se casado com o falecido no regime de comunhão universal, ou no de separação de bens'.

("Estudos Preliminares do Código Civil". Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, pág. 63).

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE compartilha do mesmo entendimento:

A coerência e cientificidade de Reale mais uma vez se impõe: desconsiderar os efeitos decorrentes do regime de separação convencional revela-se, senão difícil, impossível, e desconsiderar a vontade manifesta das partes materializada no pacto antenupcial implicaria invalidar um ato jurídico formal, que produziu todos os efeitos durante a vida em comum do casal e, pois, não poderia deixar de valer após a morte de um de seus subscritores.

*Desconsiderar o escopo da separação convencional, devidamente materializada no formalismo do pacto antenupcial, acarretaria uma insegurança jurídica que fica negada veementemente, pelas mais elementares noções de Direito. **Ou, como agudamente concluiu Daneluzzi, 'os titulares dos bens tinham certeza que eles permaneceriam no âmbito de determinada família; o que veio a causar espécie é que essas pessoas não terão mais a mesma certeza, o que poderá provocar insegurança jurídica, em que pesem as justificativas para tal mudança coadunarem com o anseio de transformação familiar, privilegiando a afetividade, em detrimento da consanguinidade'** (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) "Comentários ao Novo Código Civil". Ed. Forense, São Paulo, 5ª ed., 2009, v. XXI, pág. 277/278).*

No julgamento do REsp nº 1.111.095/RJ pela Quarta Turma, o Ministro FERNANDO GONÇALVES proferiu voto-vista seguindo a citada orientação doutrinária de MIGUEL REALE e concluiu que a melhor exegese do art. 1.829, I, do CC/02 não é a que considera o cônjuge sobrevivente, casado no regime de separação convencional de bens, herdeiro necessário.

Confira-se, por oportuno, a argumentação utilizada:

De fato, o legislador reconhece aos nubentes, já desde o Código Civil de 1916, a possibilidade de autodeterminação no que se refere ao seu patrimônio, autorizando-lhes a escolha do regime de bens, dentre os quais o da separação total, no qual, segundo Pontes de Miranda, "os patrimônios dos cônjuges permanecem incomunicáveis, de ordinário sob a administração exclusiva de cada cônjuge, que só precisa da outorga do outro cônjuge, para a alienação dos bens de raiz" (Tratado de Direito Privado. São Paulo: Ed. Borsói, tomo 8, p. 343), incomunicabilidade que se perpetua com o falecimento de um deles, dada a possibilidade de se excluir o cônjuge sobrevivente da qualidade de herdeiro, através de testamento, como no caso em comento.

Assim, qualquer que seja a razão pela qual os cônjuges decidem por renunciar um ao patrimônio do outro, essa determinação é respeitada pela lei anterior. No novo Código Civil, porém, adotada interpretação literal do art. 1829, se conclui pela inclusão do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário, o que no caso de separação convencional de bens, significa que é concedido aos consortes liberdade de autodeterminação em vida, retirada essa, porém, com o advento da morte, transformando a sucessão em uma espécie de proteção previdenciária.

Cuida-se, iniludivelmente, de quebra na estrutura do sistema codificado. Com efeito, não há como compatibilizar as disposições

Superior Tribunal de Justiça

do art. 1639, que autoriza os nubentes a estipular o que lhes aprouver em relação a seus bens, bem como do art. 1687, que permite a adoção do regime de separação absoluta de bens (afastando, inclusive, a necessidade de outorga do outro cônjuge para a alienação de bens), com os termos do art. 1829, que eleva o cônjuge sobrevivente à qualidade de herdeiro necessário, determinando, inexoravelmente, a comunicabilidade dos patrimônios. De fato, seria de se questionar o porquê de se escolher a incomunicabilidade de bens, se eles necessariamente se somarão no futuro.

Tal inconsistência é apontada pelo Professor Miguel Reale, que a respeito do tema assim se pronuncia, **verbis** :

Em um código os artigos se interpretam uns pelos outros", eis a primeira regra de Hermenêutica Jurídica estabelecida pelo Jurisconsulto Jean Portalis, um dos principais elaboradores do Código Napoleão.

Desse entendimento básico me lembrei ao surgirem dúvidas quanto ao verdadeiro sentido do inciso I do art. 1.829 do novo Código Civil, segundo o qual a sucessão legítima cabe, em primeira linha, aos "descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares".

Há quem entenda que, desse modo, o cônjuge seria herdeiro necessário também na hipótese de ter casado no regime de separação de bens (art. 1.687), o que não me parece aceitável.

Essa dúvida resulta do fato de ter o art. 1.829, supratranscrito, excluído o cônjuge somente no caso de "separação obrigatória". A interpretação desse dispositivo isoladamente pode levar a uma conclusão errônea, devendo, porém, o intérprete situá-lo no contexto sistemático das regras pertinentes à questão que está sendo examinada. (Estudos Preliminares do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 61 e 62)

Tecidas essas considerações, o ilustre professor faz um aparte para explicar a razão pela qual se teve por bem incluir o cônjuge como herdeiro necessário foi a alteração do regime legal de bens, da comunhão para a comunhão parcial, o que pode resultar em nada sobrar para o meeiro, se o patrimônio do falecido se compuser exclusivamente de bens particulares. De todo modo, sobre a interpretação do art. 1.829, I, concluiu:

Recordada a razão pela qual o cônjuge se tornou herdeiro,

não é demais salientar a importância que o elemento histórico tem no processo interpretativo. Tendo, pois, presente a finalidade que o legislador tinha em vista alcançar, estamos em condições de analisar melhor o sentido do mencionado inciso, mantida que seja sua redação atual.

Nessa ordem de idéias, duas são as hipóteses de separação obrigatória: uma delas é a prevista no parágrafo único do art. 1.641, abrangendo vários casos; a outra resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens.

A obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão 'separação obrigatória' aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1641.

Essa minha conclusão ainda mais se impõe ao verificarmos que - 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. 1687, sem o qual desapareceria todo o regime de separação de bens, em razão de conflito inadmissível entre esse artigo e o art. 1829, inc. I, fato que jamais poderá ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática.

Entre uma interpretação que esvazia o art. 1687 no momento crucial da morte de um dos cônjuges e uma outra que interpreta de maneira complementar os dois citados artigos, não se pode deixar de dar preferência à segunda solução, a qual, ademais, atende à interpretação sistemática, essencial à exegese jurídica.

(Op. cit, p. 62 e 63).

Pouco resta a acrescentar.

De fato, a interpretação ampliativa do termo "separação obrigatória", constante do art. 1829, inciso I, do Código Civil de 2002, para abranger não somente as hipóteses elencadas no art. 1640, parágrafo único, mas também os casos em que os cônjuges estipulam a separação absoluta de seus patrimônios, não esbarra na intenção do legislador quando decide corrigir eventuais injustiças decorrentes da alteração do regime legal, ao mesmo tempo em que respeita o direito de autodeterminação concedido aos cônjuges no atinente a seu patrimônio tanto pela legislação anterior, quanto pela presente.

Além disso, se evita a perplexidade retratada no caso em comento, no qual os cônjuges de maneira cristalina e reiterada estipulam a forma de destinação de seus bens e acabam por ter suas determinações feridas, ainda que **post mortem** .

Cumpra assinalar que a proteção ao cônjuge sobrevivente, para

Superior Tribunal de Justiça

aqueles que não se conformam com a renúncia ao patrimônio do falecido feita quando da escolha do regime de bens, pode se dar por outras formas que não sua qualificação como herdeiro necessário, a exemplo da estipulação de usufruto vitalício a seu favor, nos exatos moldes do presente caso.

Naquela oportunidade, o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, com propriedade, consignou no seu voto-vista as seguintes conclusões:

- tendo sido fixado, em pacto antenupcial firmado sob a égide do Código Civil de 1916, o regime de separação de bens, em estrita observância ao referido princípio da autonomia da vontade, lei alguma posterior poderia alterá-lo por se tratar de ato jurídico perfeito;*
- permanecendo, portanto, com plena eficácia, o pacto antenupcial, devem ser respeitados os atos jurídicos subseqüentes, dele advindos, especialmente o testamento celebrado por um dos cônjuges;*
- existe no plano sucessório, influência inegável do regime de bens no casamento, não se podendo afirmar que são absolutamente independentes e sem relacionamento no tocante às causas e aos efeitos esses institutos que a lei particulariza nos direitos de família e das sucessões;*
- a dissolução do casamento pela morte dos cônjuges não autoriza que a partilha de seus bens particulares seja realizada por forma diversa da admitida pelo regime de bens a que submetido o casamento e nem transforma o testamento, se feito por qualquer deles em conformidade com as disposições da lei e levando em conta o pacto antenupcial adotado, em ato jurídico inoperante, imperfeito e inacabado.*

O aludido julgado ficou com a seguinte ementa:

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. PACTO ANTENUPCIAL. SEPARAÇÃO DE BENS. MORTE DO VARÃO. VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. ATO JURÍDICO PERFEITO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. HERDEIRO NECESSÁRIO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA.

1. O pacto antenupcial firmado sob a égide do Código de 1916 constitui ato jurídico perfeito, devendo ser respeitados os atos que o sucedem, sob pena de maltrato aos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva.

2. Por outro lado, ainda que afastada a discussão acerca de direito intertemporal e submetida a questão à regulamentação do novo Código Civil, prevalece a vontade do testador. Com efeito, a interpretação sistemática do Codex autoriza conclusão no sentido

Superior Tribunal de Justiça

de que o cônjuge sobrevivente, nas hipóteses de separação convencional de bens, não pode ser admitido como herdeiro necessário.

3. *Recurso conhecido e provido*" (REsp nº 1.111.096/RJ, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, Rel. p. acórdão Ministro FERNANDO GONÇALVES, Quarta Turma, DJe de 11/02/2010).

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, ao tratar do assunto, afirma que o art. 1.829, inciso I, do CC/02 deve ser interpretado de forma ampla, de modo a excluir da concorrência na herança o cônjuge sobrevivente com os descendentes, se casado com o falecido no regime da separação convencional:

'o crucial e polêmico questionamento, sempre invocado, é o de se a previsão do art. 1.829, I, do Código Civil, exclui da concorrência o cônjuge sobrevivente com os descendentes na herança, apenas e tão-somente se casado com o falecido no regime da separação obrigatória, isto é, refere-se apenas à situação matrimonial imposta por lei, ou abrange, indistintamente, todo e qualquer regime de separação de bens, tanto o legal quanto o convencional (ou consensual).

Tudo aponta para uma exegese finalista (ou teleológica) que guarda coerência com o sistema civil brasileiro encarado como um todo e, portanto, tendente a interpretar a nova norma codificada de forma ampla, abrangendo, indistintamente, tanto o regime da separação legal de bens quanto o convencional (LEITE, Eduardo de Oliveira. "Comentários ao Novo Código Civil. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 5ª edição., 2009, vol. XXI, pág. 276).

ZENO VELOSO, sobre o dispositivo legal supracitado, afirma que o legislador cominou um ônus (impossibilidade de concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido na herança) aos que se casaram no regime de separação obrigatória de bens, porque *o patrimônio que permaneceu incomunicável em vida não deve mudar de situação depois da morte, pelo menos com relação aos descendentes do falecido, que ficarão com todos os bens que ele deixou, sem precisar dividi-los com o cônjuge sobrevivente* ("Direito hereditário do cônjuge e do companheiro". Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 69/70).

MARIA BERENICE DIAS defende que a redação do art. 1.829, I, do CC/02 não atende ao princípio da razoabilidade, por afrontar a igualdade e a liberdade que sustentam o dogma maior da dignidade humana:

A falta de congruência da lei torna-se mais evidente ao se atentar que, no regime convencional da separação, em que um

cônjuge não é herdeiro do outro, o sobrevivente é brindado com o direito de concorrer com os sucessores .

Tratamentos tão antagônicos e paradoxais não permitem identificar a lógica que norteou a casuística limitação levada a efeito pelo legislador. Quando se depara com situações que refogem à razão, não se conseguindo chegar a uma interpretação que se conforme com a justiça, há que reconhecer que deixou o codificador de atender ao princípio da razoabilidade, diretriz constitucional que cada vez mais vem sendo invocada para subtrair eficácia a leis que afrontam os princípios prevalentes do sistema jurídico. São a igualdade e a liberdade, que sustentam o dogma maior de respeito à dignidade humana. E nada, absolutamente nada autoriza infringência ao princípio da igualdade, ao se darem soluções díspares a hipóteses idênticas e tratamento idêntico a situações diametralmente distintas. Também nítida é a afronta ao princípio da liberdade ao se facultar a escolha do regime de bens e introduzir modificações que desconfiguram a natureza do instituto e alteram a vontade dos cônjuges.

Desarrazoado não disponibilizar a alguém qualquer possibilidade de definir o destino que quer dar a seus bens.

(Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br>, visualizado em 9/10/2014)

Ao dizer que a redação do inciso I do art. 1.829 do CC/02 é *tormentosamente terrível*, SÍLVIO DE SALVO VENOSA pontifica que em matéria de direito hereditário do cônjuge, assim como do convivente, este Código Civil de 2002 representa uma tragédia jurídica, um desprestígio e um despreparo do nosso meio jurídico e de nossos legisladores, tamanhas as impropriedades dos textos que afluem para perplexidades interpretativas e acrescenta que melhor será que seja reescrito e que se apague o que foi feito, como uma mancha na cultura jurídica nacional. Ressalta que o mal está feito e a lei está vigente, recomendando que ela seja aplicada da forma mais socialmente aceitável e adverte que injustiças e insegurança sociais serão inevitáveis ("Código Civil Interpretado", Ed. Atlas, São Paulo, 2010, pág. 1.662)

O casal NERY também entende que a escolha do regime matrimonial deve ser preservada após a morte e que a regra inserida no art. 1.829, inciso I, do CC/02 não se coaduna com a finalidade do regime jurídico da separação de bens:

I: 16. Separação convencional. Crítica e sugestão “de lege ferenda”. O CC fez uma escolha política: quis, como regra, instituir como herdeiro necessário o cônjuge sobrevivente. (...)

De fato, a solução do CC 1829 I não se coaduna com a finalidade institucional do regime jurídico da separação de bens no

casamento. Manifestações da doutrina e do público em geral evidenciam, entretanto, que a vontade da lei não corresponderia à vontade geral com relação, principalmente, à condição de herdeiro dos casados sob o regime da separação convencional de bens. Destarte, fazemos sugestão para que a norma possa ser reformada, no sentido de excluir-se do CC 1829 I a expressão “obrigatória”, bem como a remissão equivocada ao CC 1640 par.ún. Com isso, não concorreria com o herdeiro descendente do morto o casado sob o regime da separação de bens, em qualquer de suas modalidades (separação obrigatória e separação convencional) (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”. Ed. RT, São Paulo, 3ª ed., 2005, pág. 844).

Por isso, enquanto não houver a alteração legislativa, a melhor solução será interpretar o texto legal de acordo com o sistema jurídico estabelecido na Constituição Federal e no Código Civil.

É louvável a posição que vê na Lei Maior proteção ao cônjuge sobrevivente como corolário da dignidade da pessoa humana.

No entanto, sob outro prisma, os filhos teriam diminuída sua participação na herança, apesar da livre manifestação da vontade pactuada em vida pelos cônjuges, na maioria das vezes, com a pretensão de melhor proteger o direito sucessório da prole. E não se pode esquecer que os filhos também merecem a proteção da lei, visando a preservação da sua dignidade.

MAURO ANTONINI, que compartilha da posição aqui abraçada, também não vê solução para o cônjuge que pretende preservar íntegro o direito sucessório da prole, pois a única hipótese que vislumbra (pacto antenupcial com cláusula de exclusão da concorrência do cônjuge com os descendentes na sucessão *causa mortis*), também necessitaria de um melhor olhar jurídico:

O problema não resolvido pelo atual Código – e parece ser a fonte de preocupação do professor Miguel Reale – é o receio do cônjuge, casado por separação convencional, de, com sua morte, parte de seu patrimônio se transferir ao sobrevivente e, depois, aos filhos exclusivos deste ou a um possível novo cônjuge. Não se vislumbra, no entanto, saída para essas situações em face da redação atual do art. 1.829, I. Uma solução, “de lege ferenda”, seria a proposta pelo professor Miguel Reale, de suprimir a expressão obrigatória, passando a ser excluído da concorrência o cônjuge casado por qualquer modalidade de separação, convencional ou legal. A desvantagem seria a de que o sistema do atual Código, de proteger o cônjuge

sobrevivente em cota hereditária nos bens particulares, seria desvirtuado, retrocedendo-se ao sistema do Código Civil de 1916, com significativo atraso em relação às legislações de outros países, mais avançadas, que conferem maior proteção ao viúvo.

Outra solução, também “de lege ferenda”, talvez mais apropriada, seria permitir que, no pacto antenupcial, ao se optar pela separação convencional, fosse possível acrescentar a exclusão da concorrência com os descendentes na sucessão “causa mortis”. A questão seria relegada, assim, à opção dos nubentes, segundo suas conveniências, preservando-se, em contrapartida, a possibilidade de manter a maior proteção do cônjuge pela qual optou o atual Código. **Essa solução, como salientado, demanda alteração legislativa por causa da norma que veda o pacto sucessório** (sobre a impossibilidade de pacto sucessório, ainda que para fins de renúncia a direito hereditário, em pacto antenupcial, confira-se lição de MONTEIRO, Washington de Barros. “Curso de Direito Civil, 21 ed. São Paulo, Saraiva, 1983, v. II, p. 152). Essa alteração legislativa parece possível, uma vez que, por exemplo, há disposições do Código Civil Português que permitem pacto sucessório restrito entre cônjuges no pacto antenupcial (cf. arts. 1.700 a 1.707) (PELUZO, Cezar (org.). “Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência. Ed. Manole, São Paulo, 1ª ed., 2007, pág.1.822).

Por fim, o acórdão de relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI bem expressa o meu entendimento sobre a matéria:

Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência.

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

- Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança,

por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02.

- Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes.

- O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância.

- **Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte.** Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.

- **Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos.**

- No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal – declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal – é a seguinte: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos.

- **A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”.**

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

- **Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado,**

não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.

- Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens post mortem, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria.

- Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública.

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

Recurso especial provido.

Pedido cautelar incidental julgado prejudicado.

(REsp nº 992.749/MS, Terceira Turma, julgado em 1º/12/2009, DJe 5/2/2010).

Feitas tais considerações, a melhor interpretação do art. 1.829, I, do CC/2002, é a que está em consonância com o disposto no art. 1.687 do mesmo diploma, valorizando a autonomia da vontade dos cônjuges na escolha do regime de bens, mantendo os seus efeitos jurídicos intactos após a morte de um deles.

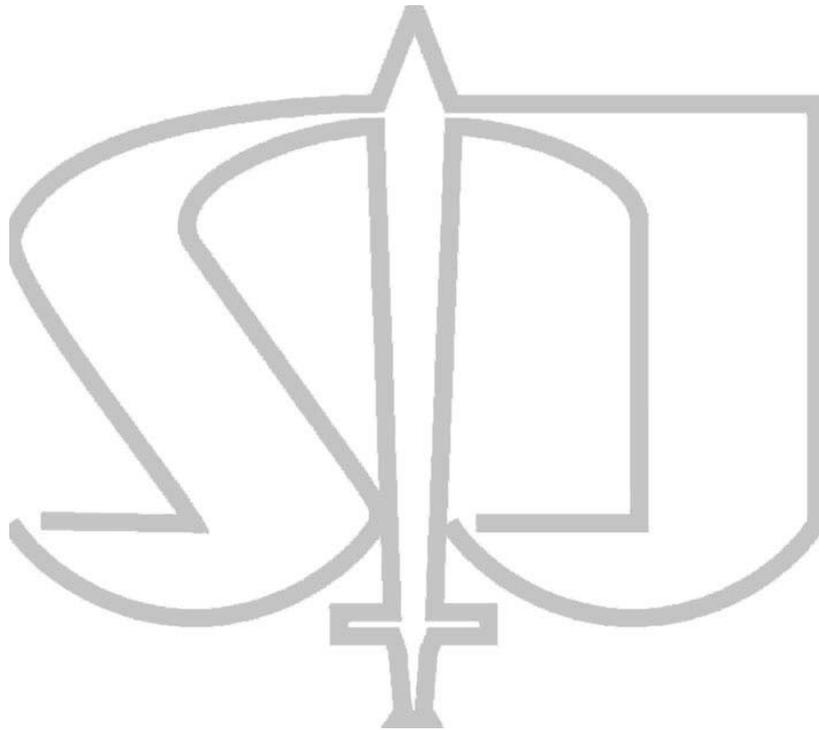
Para finalizar, vale lembrar o ensinamento de CLÓVIS BELIVÁQUA no sentido de que o regime da separação pode resultar de pacto antenupcial ou da imposição da lei nos casos do art. 258, parágrafo único ("Código Civil dos Estados Unidos do Brasil", Ed. Paulo Azevedo Ltda., Rio de Janeiro, v. II, 1956, 11ª ed, pág. 156), o que melhor se coaduna com o disposto na norma em comento.

De outra parte, a pretensão da recorrente de redução do percentual do

Superior Tribunal de Justiça

legado deixado pelo falecido à viúva não está respaldada em nenhuma dispositivo de lei federal, revelando a deficiência da fundamentação, o que atrai a incidência da Súmula nº 284 do STF.

Nessas condições, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso especial para reformar o acórdão recorrido e declarar que a viúva supérstite, casada pelo regime da separação convencional de bens, não ostenta a qualidade de herdeira necessária, mas apenas de legatária instituída por testamento deixado pelo finado.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.382.170 - SP (2013/0131197-7)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
RECORRENTE : FLÁVIA MATARAZZO
ADVOGADOS : FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS E OUTRO(S)
JOSÉ BEN HUR DE ESCOBAR FERRAZ JUNIOR
FLÁVIO CÉSAR DE TOLEDO PINHEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : SILVIA MARIA ARANHA MATARAZZO
ADVOGADOS : MARIO SERGIO DE MELLO FERREIRA
FERNANDO SILVA PRIORE E OUTRO(S)

EMENTA

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.

VOTO VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Trata-se de recurso especial cuja questão de fundo diz respeito à possibilidade de o cônjuge supérstite participar, na sucessão, como herdeiro necessário – em concorrência, portanto, com os herdeiros do falecido – nos casos de casamento realizado sob o regime de separação convencional de bens.

O acórdão estadual consigna, em síntese, que "a viúva não foi casada com o autor da herança pelo regime da separação obrigatória, assim não se aplica a ela a exceção legal que impede certas pessoas de sucederem na condição de herdeiro necessário".

O relator, por seu turno, está a prover o recurso especial por entender, em síntese, que

Superior Tribunal de Justiça

"não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte". Assevera que "a interpretação sistemática do Código Civil autoriza a conclusão".

Inicialmente, gostaria de dizer que não tenho dúvida de que a metodologia do Direito nos sugere a interpretação sistemática para dirimir questões de maior complexidade e amplitude jurídicas.

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.

Em seu voto, o relator traz à baila, a título de paradigma, acórdão proferido no julgamento do REsp n. 1.111.095/RJ, precedente que, a meu ver, não se aplica ao presente caso. Ali, a situação é outra. O cônjuge varão fez um testamento em 2001, deixando a totalidade de seus bens para o sobrinho, vindo a falecer em 26 de maio de 2004, quando vigente o novo Código Civil, que alterou a ordem da vocação hereditária para incluir o cônjuge supérstite como herdeiro. Logo após, morre a esposa. Os herdeiros desta defendiam, então, que a parte que estava reservada a ela na sucessão do falecido seria deles.

Ora, o nosso direito é categórico, e muito, ao tratar a questão. Dizia o Código Civil de 1916 no art. 1.577: "A capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei em vigor". Capacidade para suceder é exatamente a ordem da vocação hereditária, de quem sucede.

Qual era a discussão naquele caso do Recurso Especial n. 1.111.095/RJ? O cônjuge fez um testamento, deixando a totalidade dos bens para o sobrinho. Todavia, no momento em que veio a falecer, já havia nova ordem de vocação hereditária estabelecida pelo novel Código Civil. Nesse

Superior Tribunal de Justiça

contexto, o testamento teria, necessariamente, que respeitar a participação da esposa, já que ela, com o novo Código Civil, passou à condição de herdeira.

Contudo, não foi esse o entendimento da Quarta Turma do STJ. E qual foi o fundamento utilizado? O do ato jurídico perfeito. Pasmem! Ato jurídico perfeito em matéria de testamento e naquelas condições seria incabível. Todos o sabem. É regime jurídico. Observa-se a lei da data da elaboração do testamento nos aspectos formais e, no aspecto sucessório, a data de abertura de sucessão. Como frisado, o art. 1.577 do Código Civil de 1916 (art. 1.787 do novo Código) já preceituava: "A capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei em vigor". A lei é bastante clara. Não há ato jurídico contra a lei. Não houve mudança da lei desrespeitando o ato jurídico. A Código já dizia que a lei vigente à data da abertura é que regula a sucessão.

A teoria do ato jurídico perfeito, lamentavelmente, em termos de aspecto jurídico, vingou. Por que lamentavelmente? Porque quebrou toda a tradição do nosso direito, desde Clóvis e Carlos Maximiliano, passando por Caio Mário da Silva Pereira e Paulo Nader, entre outros.

De qualquer modo, esse é apenas um acórdão que, quero crer, não prevaleceria na atual composição da Turma julgadora. E mais: é um acórdão que não tem nada a ver com o caso ora em exame.

Aqui, a questão que se discute não é da lei vigente ao tempo da sucessão, mas saber se a legislação atual confere à mulher casada sob o regime da separação convencional a condição de herdeira necessária.

A Terceira Turma, ao abordar a questão, no julgamento dos REsp. ns. 1.430.763/SP e 1.346.324/SP – ocorrido na assentada de 19/8/2014 (DJe de 2/12/2014) e no qual fui designado relator para os respectivos acórdãos –, entendeu que sim, que no regime de separação convencional de bens o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido.

Circunscrevo-me, portanto, a renovar, a seguir, os argumentos expendidos naquela oportunidade, de todo aplicáveis à hipótese dos presentes autos:

"Estabelece o novo Código Civil, em seu art. 1.845, o seguinte: '*São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge*'. Nada mais.

Ora, pelas mais mezinhas regras de hermenêutica, sabe-se que, onde a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo. Referido dispositivo legal não abre nenhuma exceção à regra, ou seja, o cônjuge será sempre herdeiro necessário, independentemente do regime de bens adotado pelo casal.

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

Superior Tribunal de Justiça

concorre com o herdeiro necessário descendente. 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. A conclusão da eminente relatora, de não admitir a condição de herdeiro necessário ao cônjuge casado sob o regime de separação total de bens, a meu ver – e com renovada vênia –, viola, de maneira escancarada, o já mencionado art. 1.845 do Código Civil.

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 sido trazido também ônus, como o dever de conferir o valor das doações recebidas do *de cuius*.

Em resumo, entendo que a interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil deve limitar-se à definição das hipóteses em que descendentes e cônjuge sobrevivente concorrem aos bens da herança, mas nunca levar à conclusão de que o cônjuge não seja herdeiro necessário, sob pena de ofensa ao art. 1.845.

Não concordo também com a interpretação dada ao art. 1.829, I, do Código Civil pela qual se afasta a possibilidade de o cônjuge casado no regime de separação convencional de bens concorrer com o descendente na sucessão do falecido.

Como decidi no voto divergente proferido no REsp n. 1.111.095/RJ –, embora a hipótese lá tratada não seja exatamente igual à do caso presente –, *'importa destacar que, se a lei fez algumas ressalvas quanto ao direito de herdar em razão do regime de casamento ser o de comunhão universal ou parcial, ou de separação obrigatória, não fez nenhuma quando o regime escolhido for o de separação de bens não obrigatório, de forma que, nessa hipótese, o cônjuge casado sob tal regime, bem como sob comunhão parcial na qual não haja bens comuns, é exatamente aquele que a lei buscou proteger, pois, em tese, ele ficaria sem quaisquer bens, sem amparo, já que, segundo a regra anterior, além de não herdar (em razão da presença de descendentes) ainda não haveria bens a partilhar'*.

Essa, aliás, é a posição dominante hoje na doutrina nacional, embora não uníssona. Confira-se:

'Retornando à leitura e interpretação do art. 1.829, I, do CC, e já sabendo quando não há concorrência sucessória entre descendente e cônjuge – observadas as questões suscitadas acima –, podemos concluir que haverá, então, concorrência entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do *de cuius* no regime da separação convencional de bens (CC, arts. 1.687 e 1.688), no regime da participação final nos aquestos (CC, arts. 1.672 e s.) e no regime da comunhão parcial de bens, se o autor da herança deixou bens particulares (quanto a tais bens), observando o que eu disse antes, quando falei na hipótese de o casamento estar submetido a regime da comunhão universal, mas o *de cuius* ter deixado bens particulares, que, portanto, não se comunicam.

Para fixar bem o entendimento, relembre-se: o Código Civil, no art. 1.829, I, indicou, expressamente, os regimes de bens do casamento em que não ocorre a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes, e não está citado o regime da separação convencional, razão pela qual só se pode chegar a uma

Superior Tribunal de Justiça

conclusão: há concorrência entre o cônjuge e os descendentes se o casamento seguiu esse regime da separação convencional, referido no art. 1.687.

[...]

Esse pacífico e generalizado entendimento, doutrinário e jurisprudencial, foi abalado, todavia, por uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma, Resp n. 992.749-MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, data do julgamento: 1º-12-2009). A Turma, por unanimidade, acolheu o pedido de três herdeiros, filhos do de cujus, para negar a procedência do pedido de habitação (*rectius*: habilitação) no inventário, formulado pela madrasta deles, viúva do pai, sendo o casamento submetido ao regime da separação convencional de bens, conforme pacto antenupcial que os nubentes haviam celebrado.

Na Ementa, consta que '*O regime da separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal, (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância. Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge não é herdeiro necessário*'.

Trata-se de uma decisão, data maxima venia, que viola diretamente preceito legal (CC, art. 1.829, I). A separação obrigatória (cogente) não se confunde com a separação convencional, que decorreu da livre manifestação de vontade dos interessados. A meu ver, o acórdão do STJ, no aludido recurso especial, baralhou os conceitos de regime de bens e de sucessão hereditária. O art. 1.829, I, do Código Civil indicou, expressamente, os regimes de bens do casamento em que não há concorrência sucessória entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do falecido. E o regime de separação convencional de bens não está referido na relação legal, não estando autorizado o intérprete a espichar o elenco normativo, que não pode ser ampliado, como regra excepcional que é.

Provavelmente, o STJ decidiu considerando o caso concreto: na época de seu casamento, o falecido contava cinquenta e um anos e a esposa, vinte e um; o autor da herança, quando se casou em segundas núpcias, já havia formado o seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; o casamento durou pouco tempo: apenas dez meses. Talvez isso tudo explique, mas não justifica, o mencionado aresto. Esse meu posicionamento, obviamente, é científico, puramente doutrinário, e aproveito para ratificar meu grande apreço e admiração pela notável figura de magistrada que a Ministra Nancy Andrighi.

Apesar desse julgado da Terceira Turma do STJ – que deverá ficar sozinho –, vão prevalecer e continuar sendo aplicadas as disposições do Código Civil: o cônjuge casado sob o regime da separação obrigatória de bens não concorre com os descendentes do de cujus; o cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens concorre, sim, com os descendentes do falecido. É a doutrina adotada neste livro.' (Zeno Venoso. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69/72.)

Flávio Tartuce e José Fernando Simão referem-se ao mesmo acórdão proferido no REsp n. 992.749/MS, nos seguintes termos:

[...] No Recurso Especial 992.749/MS, decidiu a Terceira Turma do STJ o seguinte: '*O regime de separação obrigatória de bens previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/2002, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime da separação de bens à sua observância. Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de*

Superior Tribunal de Justiça

bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte' (Informativo n. 418 do STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 1º.12.2009).

Mostrar a fragilidade dos argumentos adotados se faz necessário. Basicamente dois são os argumentos equivocados que serviram de fundamento à decisão.

O primeiro deles é o seguinte: 'O regime de separação obrigatória de bens previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes'. O grande problema do argumento é que ele não encontra guarida na doutrina pátria. Trata-se, na verdade, de tese que contraria todas as lições dos civilistas mais antigos aos mais novos.

A doutrina brasileira repudia tal entendimento, sendo que, partindo das lições de Beviláqua e chegando a Maria Helena Diniz, o desacerto da informação contida no acórdão revela-se evidente.

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

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

Na verdade, pretende a decisão em comento utilizar-se da ideia de ultratividade, ou seja, a eficácia de um instituto que não mais existe. Repita-se que se a morte extingue o casamento, extingue a sociedade conjugal e também o regime de bens, não se admitindo que o instituto permaneça produzindo efeitos depois de extinto. Haveria algo como uma eficácia póstuma do regime de bens que um dia existiu. Curiosa a interpretação jurisprudencial, porque, novamente, não encontra guarida na doutrina pátria' (*Direito Civil: direito das sucessões*, vol. 6., 6ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 162/168.)

Peço vênha para transcrever também esclarecedora lição de Mauro Antonini:

'[...] uma vez que o inciso I exclui a concorrência no regime da separação obrigatória de bens, sem mencionar a separação convencional, passou-se a entender na doutrina que, sendo convencional, o cônjuge concorre à herança em todos os bens. Mantém-se, assim, a coerência com a regra geral enunciada: na separação convencional todos os bens são particulares, de modo que o viúvo não tem meação a resguardá-lo, devendo ser deferida cota hereditária para protegê-lo.

Ante a consagrada dicotomia entre separação obrigatória e convencional, aquela imposta pela lei a determinadas situações, esta resultante da opção dos nubentes em pacto antenupcial, a doutrina majoritária aponta equívoco na remissão, do inciso I do art. 1.829, ao art. 1.640, parágrafo único, pois a separação obrigatória está contemplada no art. 1.641 e o art. 1.640, parágrafo único, não diz respeito à

Superior Tribunal de Justiça

separação obrigatória ou convencional. Diante desse equívoco que, à primeira vista, parecia evidente, o Projeto de Lei n. 276/2007 (reapresentação do PL n. 6.960/2002) propõe corrigir a remissão, passando a constar art. 1.641.

Essas conclusões que pareciam tranquilas foram refutadas pelo professor Miguel Reale, em artigo publicado no jornal O Estado de S. Paulo de 12 de abril de 2003, no qual afirmou que a menção à separação obrigatória visa a abranger tanto a separação imposta por lei como a convencional. Argumenta o professor que, prevalecendo a concorrência na separação convencional, seria esvaziado o art. 1.687, que disciplina o regime de separação de bens, no momento crucial da morte de um dos cônjuges.

Respeitados o saber e a autoridade do ilustre professor, não é possível considerar incluída a separação convencional na expressão separação obrigatória. Em primeiro lugar, por ser, como se disse, consagrada em doutrina e jurisprudência a dicotomia entre as expressões separação obrigatória, imposta por lei, e separação convencional, sem se confundi-las. Assim sendo, não é possível, por maior que seja a autoridade da fonte histórica, adotar interpretação contrária ao texto expresso da lei. Por isso o professor propugna que, não prevalecendo a posição por ele defendida, seja alterado o inciso I, para excluir a expressão obrigatória (em razão da crítica por ele formulada, foi apresentado o Projeto de Lei n. 1.792/2007 para promover tal alteração, incluindo a separação convencional nas exceções à concorrência de cônjuge e descendentes).

Em segundo lugar, por não parecer verdade que a concorrência com os descendentes, no caso da separação convencional, esvazia o art. 1.687, que disciplina tal regime de bens. A separação convencional não acarretava, no regime do Código Civil de 1916, nem no atual, vedação a direito sucessório do cônjuge sobrevivente. Pelo contrário, o cônjuge figurava no Código anterior, e ainda figura no atual, na terceira classe da ordem de vocação hereditária e recolhe toda a herança à falta de descendentes e ascendentes, qualquer que seja o regime de bens. Além disso, no atual Código, como adiante será visto em detalhes, o cônjuge sempre concorre com ascendentes, qualquer que seja o regime de bens. No Código Civil de 1916 (art. 1.611, § 1º), o casado pela separação convencional tinha direito ao usufruto viual; no Código atual, é assegurado a ele o direito real de habitação. Como se percebe nessas situações, não há incompatibilidade entre proteção patrimonial sucessória ao cônjuge sobrevivente e o regime de separação convencional. Diante disso, a ampliação dessa proteção, estendendo-lhe o direito à concorrência com os descendentes, não acarreta conflito com o art. 1.687.

Em terceiro e último lugar, é de se repisar o atual Código ter visado à proteção muito mais ampla do que a do sistema anterior ao cônjuge sobrevivente. Procurou, ainda, deferir-lhe cota hereditária, em concorrência com os descendentes, nos bens particulres, para que não fique desprotegido na viuvez. A concorrência na separação convencional está afinada com esses princípios. Seria incoerente assegurar ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que sejam os únicos deixados pelo de cujus, e não conferir o mesmo direito ao casado pela separação convencional. Quando se casaram pela comunhão parcial, o intuito foi evitar a comunicação dos bens anteriores ao casamento. Apesar dessa opção dos nubentes, na sucessão, o viúvo terá participação hereditária nesses bens. Pela mesma razão deve ser assegurada cota na herança dos bens particulares quando se trata de separação convencional' (*Código Civil comentado*, Coordenador Ministro Cezar Peluso, 4ª ed. Barueri: Manole, 2010, p. 2.153/54.)

Diversos outros autores de nomeada seguem a mesma trilha, entre os quais se destacam Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*, vol. VI, 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 132/133); Maria Helena Diniz (*Direito das Sucessões*, 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 113); Fábio Ulhoa

Superior Tribunal de Justiça

Coelho (*Curso de Direito Civil*, vol. 5, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 259/260); Luiz Paulo Vieira de Carvalho (*Direito Civil: questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões*, 3ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 283).

No mesmo sentido, caminha o Enunciado n. 270 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil:

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

Acentuo ainda que o art. 1.829, I, do Código Civil, ao elencar os regimes de bens nos quais não há concorrência entre cônjuge supérstite e descendentes do falecido, menciona o da separação obrigatória e faz constar entre parênteses o art. 1.640, parágrafo único. Significa dizer que a separação obrigatória a que alude o dispositivo é aquela prevista no artigo mencionado entre parênteses.

Como registrado na doutrina de Mauro Antonini, já referida, a menção ao art. 1.640 constitui equívoco a ser sanado. Tal dispositivo legal não trata da questão. A referência correta é ao art. 1.641, que elenca os casos em que é obrigatória a adoção do regime de separação.

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."

Ante o exposto, e com devida vênia do eminente relator, **nego provimento ao recurso especial.**

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA SEÇÃO**

Número Registro: 2013/0131197-7

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.382.170 / SP

Números Origem: 00076459620118260000 00229444120108260100 100100229440 229444120108260100
76459620118260000

PAUTA: 11/02/2015

JULGADO: 11/02/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS

Secretária

Bela. ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FLÁVIA MATARAZZO
ADVOGADOS : FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS E OUTRO(S)
JOSÉ BEN HUR DE ESCOBAR FERRAZ JUNIOR
FLÁVIO CÉSAR DE TOLEDO PINHEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : SILVIA MARIA ARANHA MATARAZZO
ADVOGADOS : MARIO SERGIO DE MELLO FERREIRA
FERNANDO SILVA PRIORE E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Sucessões - Inventário e Partilha

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou oralmente o Dr. FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS, pela RECORRENTE FLÁVIA MATARAZZO.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Moura Ribeiro, Relator, dando parcial provimento ao recurso especial, e o voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha inaugurando a divergência e negando provimento ao recurso especial, pediu VISTA o Sr. Ministro Raul Araújo.

Aguardam os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e Marco Aurélio Bellizze.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.382.170 - SP (2013/0131197-7)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
RECORRENTE : FLÁVIA MATARAZZO
ADVOGADOS : FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS E OUTRO(S)
JOSÉ BEN HUR DE ESCOBAR FERRAZ JUNIOR
FLÁVIO CÉSAR DE TOLEDO PINHEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : SILVIA MARIA ARANHA MATARAZZO
ADVOGADOS : MARIO SERGIO DE MELLO FERREIRA
FERNANDO SILVA PRIORE E OUTRO(S)

VOTO-VISTA

MINISTRO RAUL ARAÚJO:

No presente recurso especial, houve dissenso entre os votos do ilustre **Ministro MOURA RIBEIRO**, relator do feito, e do eminente **Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**, que inaugurou a divergência.

Diante da riqueza dos debates e da qualidade dos votos proferidos, pedi vista dos autos para uma melhor capacitação acerca da controvérsia, quanto à questão.

O cerne do debate, como já devidamente salientado nos votos divergentes, cinge-se à interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil, mais especificamente quanto à qualidade de herdeiro necessário conferida ao cônjuge supérstite, quando casado com o falecido sob o regime de separação convencional de bens.

A norma pertinente do Código Civil de 2002 tem o seguinte enunciado:

"Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte :

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

II - (...)

III - (...)

IV - (...)." (grifou-se)

A divergência estabelecida reside, basicamente, na equiparação ou não da hipótese de regime de separação convencional de bens à de separação obrigatória (expressamente disciplinada no art. 1.641 do CC/2002), para fins de inclusão ou não do cônjuge sobrevivente no rol de herdeiros necessários do falecido.

Superior Tribunal de Justiça

O eminente **Ministro MOURA RIBEIRO** adotou a seguinte interpretação para o referido dispositivo legal, em resumo:

"A questão central da lide é a interpretação do art. 1.829, I, do CC, no que se refere ao regime da separação convencional total de bens, visando definir a possibilidade de participação do cônjuge supérstite na sucessão como herdeiro necessário em concorrência com a descendente do falecido.

.....

Pois bem. Foge à minha compreensão jurídica o regime da separação convencional total de bens que 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 faz sentido possibilitar aos cônjuges a livre escolha do regime de bens, formalizada no pacto antenupcial, para depois negar os efeitos práticos do regime licitamente escolhido.

O art. 1.687 do Código Civil dispõe que "estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real."

Cabe esclarecer que o art. 1.829, I, do Código Civil estabelece que a sucessão legítima é deferida aos descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado com o falecido no regime da separação obrigatória de bens.

Portanto, a melhor exegese é aquela que entende não ser possível a alteração dos efeitos jurídicos do regime matrimonial post mortem na separação convencional de bens, devendo ser mantida a coerência ante a vontade manifestada pelos cônjuges durante a vida em comum.

Dessarte, pouco importa se os cônjuges permaneceram casados por poucos meses ou longos anos, pois o direito à sucessão não pode ser visto como um "prêmio" concedido ao cônjuge supérstite, mas sim como um direito que lhe é resguardado, em respeito ao regime de bens que adotaram e à proteção que cada um quis dar à sua prole post mortem.

A liberdade, prevista no art. 5º, caput, da CF, é sintetizada na autonomia da vontade no âmbito do Direito privado.

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, corrobora a interpretação conjunta dos arts. 1.829, I, e 1.687 do Código Civil.

Não há que se confundir regime de bens e direito sucessório, mas há que se interpretar, de forma sistemática, os dispositivos legais que permitam a preservação dos fins da livre manifestação de vontade admitida pela lei.

O regime da separação total de bens é obrigatório tanto por força do pacto antenupcial quanto por força de lei e os seus objetivos jurídicos

Superior Tribunal de Justiça

devem preponderar.

Interpretação diversa esvaziaria o art. 1.687 do Código Civil e, por consequência, a livre manifestação da vontade no momento crucial da morte de um dos cônjuges.

Esse é o posicionamento de MIGUEL REALE:

Se o cônjuge casado no regime de separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança, estaríamos ferindo substancialmente o disposto no art. 1.687, sem o qual desapareceria todo o regime da separação de bens, em razão do conflito inadmissível entre esse artigo e o art. 1.829, I, fato que jamais poderá ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática.

Entre uma interpretação que esvazia o art. 1.687 no momento crucial da morte de um dos cônjuges e uma outra que interpreta de maneira complementar os dois citados artigos, não se pode deixar de dar preferência à segunda solução, a qual, ademais, atende à interpretação sistemática, essencial à exegese jurídica.

Se, no entanto, apesar da argumentação por mim aqui desenvolvida, ainda persistir a dúvida sobre o inc. I do art. 1.829, o remédio será emendá-lo, eliminado o adjetivo "obrigatória". Com essa supressão o cônjuge sobrevivente não teria a qualidade de herdeiro, "se casado com o falecido no regime de comunhão universal, ou no de separação de bens".

("Estudos Preliminares do Código Civil". Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, pág. 63).

.....
No julgamento do REsp nº 1.111.095/RJ, pela Quarta Turma, o Ministro FERNANDO GONÇALVES proferiu voto-vista, seguindo a citada orientação doutrinária de MIGUEL REALE, e concluiu que a melhor exegese do art. 1.829, inciso I, do Código Civil não é a que considera o cônjuge sobrevivente, casado no regime de separação convencional de bens, herdeiro necessário. Confirma-se, por oportuno, a argumentação utilizada:

.....
..
Naquela oportunidade, o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, com propriedade, consignou no seu voto-vista as seguintes conclusões:

- tendo sido fixado em pacto antenupcial firmado sob a égide do Código Civil de 1916, o regime de separação de bens, em estrita observância ao referido princípio da autonomia da vontade, lei alguma posterior poderia alterá-lo por se tratar de ato jurídico perfeito;

- permanecendo, portanto, com plena eficácia o pacto antenupcial, devem ser respeitados os atos jurídicos subsequentes, dele advindos, especialmente o testamento celebrado por um dos cônjuges;

- existe no plano sucessório, influência inegável do regime de bens no casamento, não se podendo afirmar que são absolutamente independentes e sem relacionamento no tocante às causas e aos efeitos esses institutos que a lei particulariza nos direitos de família e das

Superior Tribunal de Justiça

sucessões;

- a dissolução do casamento pela morte dos cônjuges não autoriza que a partilha de seus bens particulares seja realizada por forma diversa da admitida pelo regime de bens a que submetido o casamento e nem transforma o testamento, se feito por qualquer deles em conformidade com as disposições da lei e levando em conta o pacto antenupcial adotado, em ato jurídico inoperante, imperfeito e acabado.

.....

...

Enquanto não houver a alteração legislativa, a melhor solução será interpretar o texto legal de acordo com o sistema jurídico estabelecido na Constituição Federal e no Código Civil.

É louvável a posição que vê na Lei Maior proteção ao cônjuge sobrevivente como corolário da dignidade da pessoa humana.

No entanto, sob outro prisma, os filhos teriam diminuída sua participação na herança, apesar da livre manifestação da vontade pactuada em vida pelos cônjuges, na maioria das vezes, com a pretensão de melhor proteger o direito sucessório de sua prole. E não se pode esquecer que os filhos também merecem a proteção da lei, visando a preservação da sua dignidade.

MAURO ANTONINI, que compartilha da posição adotada pelo Relator, também não vê solução para o cônjuge que pretende preservar íntegro o direito sucessório da prole, pois a única hipótese que vislumbra (pacto antenupcial com cláusula de exclusão da concorrência do cônjuge com os descendentes na sucessão "causa mortis") também necessitaria de alteração legislativa:

.....

Feitas tais considerações, a melhor interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil, é a que está em consonância com o disposto no art. 1.687 do mesmo diploma, valorizando a autonomia privada da vontade das partes na escolha do regime de bens, mantendo os seus efeitos jurídicos intactos após a morte.

Nessas condições, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso especial para reformar o acórdão recorrido e declarar que a viúva supérstite, casada pelo regime da separação convencional de bens, não ostenta a qualidade de herdeira necessária, mas apenas de legatária instituída por testamento do finado."

O preclaro **Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**, por sua vez, abriu a divergência, proferindo voto oral na sessão de julgamento, fazendo remissão aos fundamentos de outro voto proferido em caso análogo (REsp 1.430.763/SP). Naquele julgado, assim se manifestou, em síntese:

"Estabelece o novo Código Civil, em seu art. 1.845, o seguinte: "São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge". Nada mais.

Superior Tribunal de Justiça

Ora, pelas mais comezinhas regras de hermenêutica, sabe-se que, onde a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo. Referido dispositivo legal não abre nenhuma exceção à regra, ou seja, o cônjuge será sempre herdeiro necessário, independentemente do regime de bens adotado pelo casal.

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. A conclusão da eminente relatora, de não admitir a condição de herdeiro necessário ao cônjuge casado sob o regime de separação total de bens, a meu ver – e com renovada vênua –, viola, de maneira escancarada, o já mencionado art. 1.845 do Código Civil.

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.

Em resumo, entendo que a interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil deve limitar-se à definição das hipóteses em que descendentes e cônjuge sobrevivente concorrem aos bens da herança, mas nunca levar à conclusão de que o cônjuge não seja herdeiro necessário, sob pena de ofensa ao art. 1.845.

Não concordo também com a interpretação dada ao art. 1.829, I, do Código Civil pela qual se afasta a possibilidade de o cônjuge casado no regime de separação convencional de bens concorrer com o descendente na sucessão do falecido.

Como decidi no voto divergente proferido no REsp n. 1.111.095/RJ –, embora a hipótese lá tratada não seja exatamente igual à do caso presente –, importa destacar que, se a lei fez algumas ressalvas quanto ao direito de herdar em razão do regime de casamento ser o de comunhão universal ou parcial, ou de separação obrigatória, não fez nenhuma quando o regime escolhido for o de separação de bens não obrigatório, de forma que, nessa hipótese, o cônjuge casado sob tal regime, bem como sob comunhão parcial na qual não haja bens comuns, é exatamente aquele que a lei buscou proteger, pois, em tese, ele ficaria sem quaisquer bens, sem amparo, já que, segundo a regra anterior, além de não herdar (em razão da presença de

Superior Tribunal de Justiça

descendentes) ainda não haveria bens a partilhar'.

Essa, aliás, é a posição dominante hoje na doutrina nacional, embora não uníssona. Confira-se:

.....
...

No mesmo sentido, caminha o Enunciado n. 270 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil:

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

Acentuo ainda que o art. 1.829, I, do Código Civil, ao elencar os regimes de bens nos quais não há concorrência entre cônjuge supérstite e descendentes do falecido, menciona o da separação obrigatória e faz constar entre parênteses o art. 1.640, parágrafo único. Significa dizer que a separação obrigatória a que alude o dispositivo é aquela prevista no artigo mencionado entre parênteses.

Como registrado na doutrina de Mauro Antonini, já referida, a menção ao art. 1.640 constitui equívoco a ser sanado. Tal dispositivo legal não trata da questão. A referência correta é ao art. 1.641, que elenca os casos em que é obrigatória a adoção do regime de separação.

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."

Com a devida vênia do eminente **Ministro Moura Ribeiro**, acompanho a divergência inaugurada pelo eminente **Ministro João Otávio de Noronha**.

De início, a propósito do tema ora em debate, é importante registrar a notória intenção do legislador em conferir especial atenção ao cônjuge supérstite na seara do direito sucessório, com as alterações perpetradas no novo Código Civil, elevando-o à condição de herdeiro do cônjuge falecido.

Tal preocupação do legislador assenta-se na ideia de garantir ao cônjuge supérstite condições mínimas para sua sobrevivência, de modo a não ficar completamente desamparado com o falecimento de seu consorte. A real intenção do legislador sinaliza no sentido da preservação do mínimo de dignidade do cônjuge sobrevivente, após a morte do outro.

Nesse sentido, confira-se a lição de **Giselda Hironaka** sobre o tema:

Superior Tribunal de Justiça

"(...) E nessa ordem de valores parece ter andado bem o legislador quando elevou o cônjuge e o companheiro a sucessores em grau de concorrência com os descendentes e ascendentes do de cujus, em quota-parte dependente da verificação de certos pressupostos que serão devidamente analisados nos tópicos pertinentes. É que, em fazendo com que o cônjuge supérstite concorra na sucessão do morto, premia aquele que esteve a seu lado até o momento de sua morte sem indagar se este contribuiu ou não para a aquisição dos bens postos em sucessão. Mas não deixa também de privilegiar os descendentes do autor da herança, garantindo-lhes meios de iniciar ou dar continuidade as suas vidas (...)". (Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Comentários ao Código Civil*, vol. 20, coord. Antônio Junqueira de Azevedo, São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 14 - grifou-se)

No que se refere especificamente à controvérsia ora analisada, a solução não se pode dissociar da consolidada regra de hermenêutica segundo a qual não é admitida a interpretação extensiva de norma excepcional que restringe direitos, sob pena de violação aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da separação dos poderes. Como bem ressaltado pelo em. **Ministro João Otávio de Noronha** em seu voto, *"sabe-se que, onde a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo"*.

Com efeito, a regra insculpida no art. 1.829, I, do Código Civil é literal no sentido de mencionar que somente o cônjuge casado sob o "regime de separação obrigatória de bens" não pode concorrer com os descendentes do *de cujus*, sem nenhuma remissão ao "regime da separação convencional".

Nesse sentido, transcreve-se trecho do voto proferido pelo ilustre **Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva**, no julgamento do REsp 1.472.945/RJ, que analisou hipótese análoga à presente, *verbis*:

"Com efeito, o cônjuge sobrevivente, casado sob a égide do regime de separação convencional, foi inegavelmente, elevado à categoria de herdeiro necessário, como se afere do teor do art. 1.845 do Código Civil de 2002. Por conseguinte, passou a concorrer com os descendentes na sucessão legítima, já que o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art. 1.829, I, do Código Civil. O artigo indicou expressamente quais os regimes de bens não comportariam a concorrência entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do falecido, não havendo referência alguma ao regime da separação convencional de bens.

Desse modo, incide a reconhecida máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de

violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988).

(...)

Ora, não é possível considerar incluída a separação convencional na expressão separação obrigatória, não havendo sequer falar na aplicação analógica de aspectos restritivos de outros institutos previstos pelo legislador para abarcar fatos da vida e atos jurídicos com particularidades bem definidas, de modo que incabível restringir a interpretação onde o legislador não o fez."

O mencionado precedente tem a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. INVENTÁRIO E PARTILHA. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. PACTO ANTENUPCIAL POR ESCRITURA PÚBLICA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. CONCORRÊNCIA NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA COM DESCENDENTES. CONDIÇÃO DE HERDEIRO. RECONHECIMENTO. EXEGESE DO ART. 1.829, I, DO CC/02. AVANÇO NO CAMPO SUCESSÓRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL.

1. O art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 confere ao cônjuge casado sob a égide do regime de separação convencional a condição de herdeiro necessário, que concorre com os descendentes do falecido independentemente do período de duração do casamento, com vistas a garantir-lhe o mínimo necessário para uma sobrevivência digna.

2. O intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511 do Código Civil) conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social.

3. O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial.

4. O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço no direito de família, a vida em comum. As situações, porquanto distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade patrimonial não se perpetua post mortem.

5. O concurso hereditário na separação convencional impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, especialmente porque o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art. 1.829, I, do Código Civil.

6. O regime da separação convencional de bens escolhido livremente pelos nubentes à luz do princípio da autonomia de vontade (por meio do

pacto antenupcial), não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, que é imposto de forma cogente pela legislação (art. 1.641 do Código Civil), e no qual efetivamente não há concorrência do cônjuge com o descendente.

7. Aplicação da máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988).

8. O novo Código Civil, ao ampliar os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurou ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que os únicos deixados pelo falecido, direito que pelas mesmas razões deve ser conferido ao casado pela separação convencional, cujo patrimônio é, inexoravelmente, composto somente por acervo particular.

9. Recurso especial não provido.

(REsp 1.472.945/RJ, Rel. **Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe de 19/11/2014)

Noutro giro, o entendimento de que deveria prevalecer para fins sucessórios a vontade dos cônjuges, no que tange a patrimônio, externada na ocasião do casamento com a adoção de regime de bens que exclua da comunhão os bens particulares de cada um, não se mostra acertado, *data venia*.

Com efeito, o regime de bens tal qual disciplinado no Livro de Família do Código Civil, entendido o instituto como opção para disciplinar o patrimônio dos nubentes, não rege o direito sucessório, embora tenha repercussão neste. Ora, a sociedade conjugal se extingue com o falecimento de um dos cônjuges (art. 1.571, I, do Código Civil), incidindo, a partir de então, regras próprias que regulam a transmissão do patrimônio do *de cuius*, no âmbito do Direito das Sucessões, que possui livro próprio e específico no Código Civil.

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.

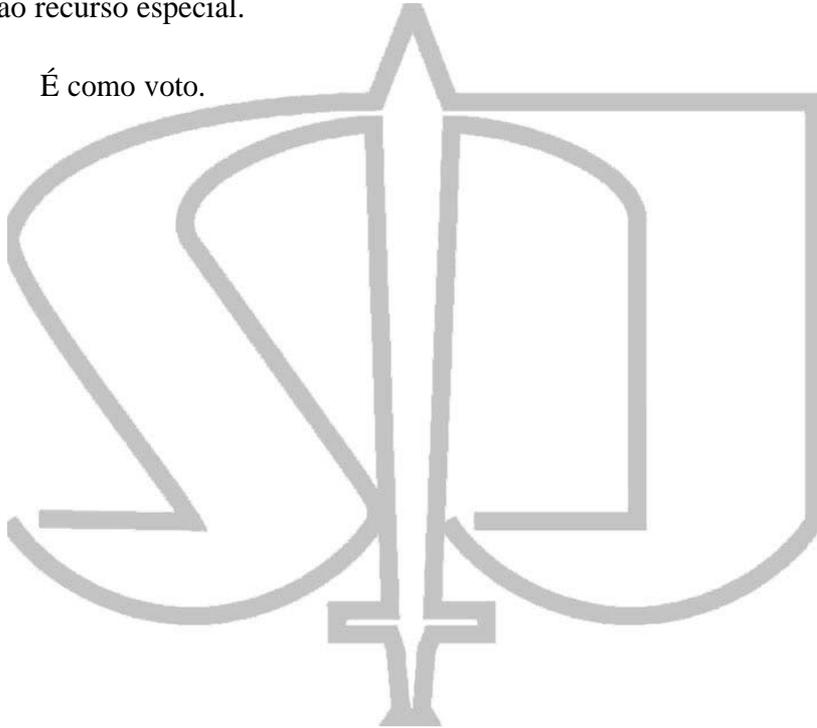
Por fim, frise-se que a tese ora adotada foi chancelada no Enunciado n. 270 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, *verbis*:

Superior Tribunal de Justiça

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

Com essas considerações, pedindo vênia ao **eminente Ministro Moura Ribeiro**, acompanho o bem lançado voto do ilustre **Ministro João Otávio de Noronha**, negando provimento ao recurso especial.

É como voto.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.382.170 - SP (2013/0131197-7)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
RECORRENTE : FLÁVIA MATARAZZO
ADVOGADOS : FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS E OUTRO(S)
JOSÉ BEN HUR DE ESCOBAR FERRAZ JUNIOR
FLÁVIO CÉSAR DE TOLEDO PINHEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : SILVIA MARIA ARANHA MATARAZZO
ADVOGADOS : MARIO SERGIO DE MELLO FERREIRA
FERNANDO SILVA PRIORE E OUTRO(S)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Senhor Presidente, com a devida vênia do Ministro MOURA RIBEIRO, acompanho a divergência.
NEGO PROVIMENTO ao recurso especial.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA SEÇÃO**

Número Registro: 2013/0131197-7

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.382.170 / SP

Números Origem: 00076459620118260000 00229444120108260100 100100229440 229444120108260100
76459620118260000

PAUTA: 22/04/2015

JULGADO: 22/04/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO**

Secretária

Bela. **ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FLÁVIA MATARAZZO
ADVOGADOS : FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS E OUTRO(S)
JOSÉ BEN HUR DE ESCOBAR FERRAZ JUNIOR
FLÁVIO CÉSAR DE TOLEDO PINHEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : SILVIA MARIA ARANHA MATARAZZO
ADVOGADOS : MARIO SERGIO DE MELLO FERREIRA
FERNANDO SILVA PRIORE E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Sucessões - Inventário e Partilha

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Raul Araújo acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha e negando provimento ao recurso especial, a Seção, por maioria, negou provimento ao recurso especial, vencido o Sr. Ministro Moura Ribeiro, Relator.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e Marco Aurélio Bellizze.