



**O DIREITO SUCESSÓRIO NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE  
BENS: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA AUTONOMIA PRIVADA**

**THE SUCCESSION LAW IN THE CONVENTIONAL SEPARATION OF PROPERTY  
REGIME: A CRITICAL ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF PRIVATE  
AUTONOMY**

Gislaine de Oliveira Wohlenberg<sup>1</sup>

**RESUMO**

O presente estudo tem como objetivo pesquisar sobre o direito sucessório no regime da separação convencional de bens, em uma análise crítica da autonomia privada. Frente a isso, a pesquisa pretende responder ao seguinte questionamento: existe efetivamente um respeito ao princípio da autonomia privada no direito sucessório dos cônjuges casados pelo regime da separação convencional de bens? Assim, em um primeiro momento foi feita uma breve análise sobre a possibilidade de convenção de regime de bens na sociedade conjugal, em especial o regime da separação convencional. Em seguida foram abordados os reflexos deste regime no direito sucessório. Por fim, diante da escolha deste regime, uma análise do princípio da autonomia da vontade e sua possível violação no direito sucessório. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, em se tratando ao método de procedimento foi utilizado o monográfico, e em relação a técnicas de pesquisa, utilizou-se o método bibliográfico e jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Estado do Mato Grosso, delimitada pelas palavras-chaves “sucessão” “concorrência” “separação convencional”, e o lapso temporal foi entre 01/01/2014 e 01/01/2020. A seleção se deu pela pertinência temática relativa ao tema objeto de estudo. Teve-se como resposta ao questionamento que o cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens, que busca pela incomunicabilidade de seus bens tanto em vida quando pós morte, não tem sua autonomia respeitada.

**Palavras-chave:** Autonomia da Vontade. Direito Sucessório. Separação Convencional.

---

<sup>1</sup> Graduada no Curso de Direito – Faculdade Dom Alberto. E- mail: [gislainewohlenberg@hotmail.com](mailto:gislainewohlenberg@hotmail.com)



## **ABSTRACT**

The present study aims to research about the succession law in the regime of conventional separation of assets, in a critical analysis of private autonomy. In view of this, the research intends to answer the following question: is there effectively a respect for the principle of private autonomy in the right of succession of married spouses under the regime of conventional separation of assets? Thus, at first, a brief analysis will be made about the possibility of convention of property regime in the conjugal society, especially the conventional separation regime. Then, the reflexes of this regime in the succession law were addressed. Finally, faced with the choice of this regime, an analysis of the principle of autonomy of the will and its possible violation in the succession law. The method of approach used was the deductive one, in the case of the procedural method, the monographic one was used, and in relation to research techniques, the bibliographic and jurisprudential method was used at the Superior Court of Justice, Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul and the State of Mato Grosso, delimited by the keywords "succession" "competition" "conventional separation", and the time lapse was between 01/01/2014 and .01/01/2020. The selection was made due to the thematic pertinence related to the theme studied. The answer to the question was that the spouse married under the regime of conventional separation of assets, who seeks the incommunicability of his assets both in life and after death, doesn't have his autonomy respected.

**Key-words:** Autonomy of Will. Succession Law. Conventional Separation.

## **1 INTRODUÇÃO**

A legislação pátria vigente permite que os cônjuges estipulem, antes de celebrar o casamento, com relação ao patrimônio do casal envolvido, como melhor aprover e da forma que julgarem mais conveniente e justa, conforme disposições do artigo 1.639 do Código Civil Brasileiro. Assim, podem escolher livremente o regime de bens a vigorar após a realização do casamento, salvo nas exceções previstas e mais adiante citadas (BRASIL, 2002). Prospera dessa forma a autonomia privada, protegida pelo direito fundamental de liberdade devidamente elencado na Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Dentre os regimes previstos em nosso ordenamento jurídico encontra-se o da separação convencional de bens. Ao escolher por este regime, através da lavratura da escritura pública de pacto antenupcial, o artigo 1687 do Código Civil prevê que os bens permanecerão sob a administração exclusiva de cada cônjuge, podendo de



forma livre gravar de ônus real ou aliená-los, havendo assim disposição entre os cônjuges expressamente prevista em lei, de que diante da escolha deste regime os bens não sejam comunicados, ou seja, partilhados (BRASIL, 2002).

No entanto, o Código Civil trouxe o cônjuge como herdeiro necessário, estando na ordem de sucessão hereditária em uma posição privilegiada em relação aos descendentes, pois concorre com estes e com os ascendentes, e, ainda, na falta destes herdará individualmente. Com isso, mesmo diante da convenção pelas partes em vida, da incomunicabilidade dos bens, diante de um direito previsto em lei, esta previsão não é observada frente a dissolução da sociedade conjugal por morte, trazendo assim o cônjuge sobrevivente para a sucessão.

Assim, tem-se a problemática desse tema na possibilidade do cônjuge sobrevivente, o qual fora casado pelo regime da separação convencional, concorrer com os descendentes na ordem de sucessão hereditária, conforme dispões o inciso I do art. 1.829 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002). Frente aos reflexos trazidos ao direito sucessório a presente pesquisa buscará responder a seguinte problematização: existe efetivamente um respeito ao princípio da autonomia privada no direito sucessório dos cônjuges casados pelo regime da separação convencional de bens?

Para isso a pesquisa terá como principal objetivo abordar os reflexos do regime da separação convencional de bens no direito sucessório, diante das alterações do Código Civil de 2002, o qual colocou o cônjuge como herdeiro necessário, e, ainda, frente a este regime, o trazendo para a ordem de vocação hereditária em concorrência com descendente, ou isoladamente na falta destes.

O estudo será dividido em três pontos: no primeiro será apresentada a possibilidade permitida por lei de livremente convencionar quanto ao regime de bens que irá disciplinar as relações patrimoniais diante da sociedade conjugal, em especial o regime separação convencional; no segundo será feita a verificação dos reflexos trazidos ao direito sucessório frente a escolha pelo regime da separação convencional de bens; e, no terceiro, será feita uma análise da autonomia da vontade diante da escolha deste regime de bens e a possível violação desta.



Com o objetivo de responder a problematização proposta e realizar a análise do tema apresentado por meio de uma construção lógica, a presente pesquisa será conduzida através do método de abordagem dedutivo, onde a pesquisa partirá da conceituação do regime da separação convencional de bens, para chegar ao ponto específico do referido tema, qual seja, uma análise da autonomia da vontade no direito sucessório. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, em se tratando ao método de procedimento foi utilizado o monográfico, e em relação a técnicas de pesquisa, utilizou-se o método bibliográfico e jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Estado do Mato Grosso, buscando-se embasamento nas doutrinas, bem como artigos científicos e jurisprudências, referentes ao tema, e no estudo das legislações, sendo Código Civil Brasileiro e Constituição Federal. Ressalta-se que a escolha pelos respectivos Tribunais do Rio Grande do Sul e do Mato Grosso para a pesquisa de jurisprudência se deu pelo fato de o primeiro ser o de situação da autora, e de o segundo ter decisão divergente da posição dominante nos demais, fato constatado em pesquisa junto ao depositório do Superior Tribunal de Justiça.

## **2 POSSIBILIDADE DE CONVENÇÃO DO REGIME DE BENS NA SOCIEDADE CONJUGAL: EM ANÁLISE O REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL**

O casamento religioso, até o surgimento da República, era a única forma permitida de união, sendo que dessa maneira, os não católicos não tinham acesso ao matrimônio (GONÇALVES, 2019, p.32). Por muito tempo, o casamento, independentemente da classe social, não dependia de qualquer ligação afetiva, ou seja, o casamento tinha como única finalidade a de constituir família e gerar filhos, dando continuidade assim ao nome da família, sem depender de afeto entre os nubentes.

Os Códigos redigidos a partir do século XIX dedicaram normas sobre a família. Até então, a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços marcantes da família da Antiguidade. A mulher exercia os serviços domésticos e a lei não lhe concedia os mesmos direitos do homem. O marido era conceituado como



representante da sociedade conjugal, aquele que tudo administrava. Nosso Código Civil de 1916 foi resultado dessa época. Os filhos se submetiam à autoridade paterna, e eram tidos como futuros continuadores da família, em uma situação semelhante da família romana (VENOSA, 2019). O homem era visto como figura máxima, o qual tomava decisões, bem como conta de toda a família, do modo que assim entendesse melhor, sem a necessidade do auxílio da esposa, que naquela época, não tinha posição, exceto o dever conjugal para com o esposo.

O direito de família brasileiro teve ampla influência do direito canônico, justificada principalmente pela própria tradição do povo brasileiro, constituído, inicialmente, de colonizadores lusos, frente a cultura religiosa motivada no catolicismo, tornando-se assim natural a grande influência daquele direito em nosso ordenamento (RIZZARDO, 2009).

Somente em 1890 foi instituído o casamento civil em nosso país, diante da promulgação pelo Marechal Deodoro da Fonseca, do Decreto nº 181. Desde então, diante da necessidade de seguir as transformações da sociedade, este vem passando por significativas mudanças. Uma delas foi a chegada do desquite, com o Código Civil de 1916, e posteriormente em 1977 a chegada do divórcio através da Emenda Constitucional nº 9, de 28/06/77. Estabeleceu-se com o passar do tempo uma nova realidade, a qual produziu profunda revolução na própria estrutura social.

A Constituição de 1988 ampliou o conceito de família para além do casamento, passando a considerar outros relacionamentos como entidade familiar, assegurando inclusive, especial proteção a união estável, deixando com isso de ser o casamento o único a identificar a existência de uma família, trazendo em seu artigo 226 a proteção à família tanto fundada no casamento, quanto na união de fato. Assim, ao se falar das relações jurídicas da sociedade conjugal, falamos em relações trazidas tanto pelo casamento quanto pela união estável, a qual teve sua proteção garantida pela Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Quanto ao conceito, mesmo com toda a preocupação em relação ao casamento, o legislador não traz qualquer definição ou conceito a este instituto, o qual se limitou a estabelecer requisitos essenciais para a sua celebração, os direitos e deveres dos cônjuges, bem como disciplinar quanto aos regimes de bens. Além de



dispor sobre as questões patrimoniais, que decorrem da dissolução do vínculo conjugal.

O casamento civil está previsto em nosso ordenamento jurídico, sendo estabelecido como comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, disposto no artigo 1511 do Código Civil (BRASIL, 2002). Do ponto de vista do direito, o casamento estabelece um vínculo jurídico entre o homem e a mulher, com o objetivo de uma convivência de auxílio e de integração físico psíquica, bem como, ainda da criação e proteção da prole, tendo o casamento um sentido ético e moral (VENOSA, 2019).

Além de alterar o estado civil dos cônjuges e criar um vínculo afetivo e familiar, o casamento cria também um vínculo patrimonial, dispendo o artigo 1639 do Código Civil que, sendo assim, antes de realizado, faz-se necessário estipular quanto aos seus bens, o que melhor lhes aprouver (BRASIL, 2002).

Com isso, frente a esta liberdade de escolha e diante da possibilidade trazida pelo ordenamento jurídico, considerando o princípio da liberdade, como fundamento base da Carta Magna, ao se falar em casamento é necessário ir além dos direitos e deveres dos cônjuges e pactuar quanto a relação patrimonial. Gonçalves (2019), corrobora com a necessidade de disciplinar as relações econômicas dos cônjuges, seja entre si ou em relação a terceiros, durante o casamento, onde serão reguladas em especial quanto à aquisição dos bens, e com isto sobre a administração dos mesmos. Ainda nesse sentido: “A convivência familiar enseja o entrelaçamento não só de vidas, mas também de patrimônios [...]” (DIAS, 2016, p. 509). O casamento sempre foi visto com cunho patrimonial. Quando se uniam as famílias, se uniam os patrimônios.

Diante da previsão legal trazida pelo artigo 1639 do Código Civil, que dispõe que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que melhor lhes aprouver” (BRASIL, 2002), Gonçalves (2019), traz que este dispositivo descreve o princípio base da liberdade que possibilita aos nubentes a escolha do que melhor convier quanto aos seus bens, justificado na ideia de que eles estão acima diante da opção que lhes convém.



A escolha do regime de bens é feita no pacto antenupcial, o qual é um contrato solene e condicional, onde os nubentes decidem sobre o regime de bens que irá vigorar entre eles, após a realização do casamento. Desta forma vem a ser solene, pois só terá validade se lavrado por escritura pública, tornando nulo do contrário e condicional, porque sua eficácia está condicionada a realização do casamento (GONÇALVES, 2019). Se este não foi feito, ou for nulo ou ineficaz, “vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial” (CC, art. 1.640, caput), por isso chamado também de regime legal ou supletivo, tendo em vista que a lei supre o silêncio das partes (BRASIL, 2002).

Neste sentido, Lôbo (2013, p.270), corrobora no sentido que: “O pacto antenupcial é o negócio jurídico bilateral de direito de família mediante o qual os nubentes têm autonomia para estruturarem, antes do casamento, o regime de bens distinto da comunhão parcial”.

O Código Civil brasileiro prevê quatro regimes patrimoniais, o da comunhão parcial de bens, chamado de regime legal, o da comunhão universal de bens e o da participação final de aquestos, e o regime da separação de bens que está dividido em separação obrigatória e convencional<sup>2</sup>. Ainda há de ser observada a possibilidade, com observância as exceções de criar um regime misto.

---

<sup>2</sup> O regime da comunhão parcial de bens, previsto no Código Civil dos artigos 1658 a 1666, prevê a comunicabilidade somente os bens adquiridos durante o casamento a título oneroso, não integrando o patrimônio comum os bens adquiridos por cada um deles antes do casamento, assim como os recebidos, durante o casamento, a título gratuito, como doações e heranças, sendo ainda chamado de regime legal, pois diante do silêncio das partes, ou ainda de nulidade ou ineficácia, este vigorará, conforme dispõe o artigo 1640 do Código Civil (BRASIL, 2002). Diferentemente, no regime da comunhão universal de bens (artigos 1667 à 1671 do Código Civil), há comunicação de todos os bens, presentes e futuros, não existindo bens individuais, pois acontece uma união dos patrimônios (incluindo-se também dívidas e crédito), com algumas exceções devidamente elencadas no ordenamento jurídico, sendo uma delas quando o bem é recebido por um deles através de doação gravada com a cláusula de incomunicabilidade, ou seja, que não comunicará ao outro. Sendo necessário, diante desta escolha, a lavratura de pacto antenupcial (BRASIL, 2002). O regime da participação final nos aquestos é um regime misto, que decorre das regras da separação convencional e da comunhão parcial de bens, previsto dos artigos 1672 à 1686 do Código Civil, sendo que cada cônjuge possui patrimônio próprio, conforme disposto em lei, cabendo à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento, ou seja, na constância da união são aplicadas as regras da separação de bens, no entanto em uma dissolução da sociedade por divórcio, serão aplicadas as normas da comunhão parcial de bens, onde serão partilhados os bens adquiridos onerosamente por cada um durante a união (GONÇALVES, 2019). O regime da separação de bens está dividido em separação obrigatória e convencional. A obrigatória, como o próprio nome diz vem da lei, não imperando a vontade dos



O regime da separação convencional de bens prevê no artigo 1687 do citado código, que não haverá comunhão de qualquer bem, seja anterior ou posterior a união, adquirido de forma onerosa ou gratuita, sendo que estes permanecerão sob administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar (BRASIL, 2002). Assim, ao convencionar este regime, não há de se falar em comunicação patrimonial.

Quando convencionado o regime da separação convencional, o casamento não produz efeito na esfera patrimonial dos cônjuges, pois a incomunicabilidade engloba todos os bens presentes e futuros, além de frutos e rendimentos, atribuindo autonomia a cada um na gestão do próprio patrimônio. Cada um detém a posse e a propriedade dos bens tanto dos que trouxe para o casamento, como os que forem a eles subrogados, além dos que cada um adquirir a qualquer título na constância do matrimônio, atendidas as condições do pacto antenupcial (PEREIRA, 2018).

Neste regime, cada cônjuge permanece com a plena propriedade, bem como integral administração e posse de seus próprios bens, podendo forma livre alienar ou gravar de ônus reais, sejam móveis ou imóveis (GONÇALVES, 2019). Assim, há intenção dos cônjuges, diante da escolha do regime da separação convencional de bens, pela incomunicabilidade destes. Há desta forma, diante do casamento união de vida e destino dos cônjuges, no entanto, por pacto antenupcial, e ao convencionarem a separação os cônjuges delimitam os efeitos da união, para não se expandir ao campo patrimonial (RODRIGUES, 2004).

Este regime é de simples compreensão e guarda íntimo vínculo com o princípio da autonomia privada, eis que ao ser este pactuado a previsão é de que os bens não sejam comunicados, ficando estes a administração exclusiva de cada cônjuge, podendo livremente alienar ou gravar.

O princípio da autonomia privada é o poder dos indivíduos de causar, diante da declaração de vontade, por meio da liberdade de escolha, efeitos reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica, defendendo que estes têm poder de regência em relação aos seus interesses, podendo livremente discutir sobre as condições e

---

nubentes, ou seja, a lei impõe que o regime de bens seja este, não havendo aqui liberdade de escolha, estando essas obrigatoriedades previstas no artigo 1641 do Código Civil.



escolha do tipo de contrato (GOMES, 2017). Esse princípio tem como fonte a ideia do ser humano como agente moral, beneficiado de razão, com capacidade definir o melhor para si, e que com isso deve ter liberdade para conduzir-se de acordo com ditas escolhas, com a ressalva de que estas não desde que elas não importunem os direitos do outro nem infrinjam valores outros valores importantes da sociedade (SARMENTO, 2005).

Há de se perceber assim que a base constitucional da autonomia privada é a liberdade, sendo esta uma das mais importantes características do ser humano. Liberdade essa expressada pelas partes ao poder livremente convencionar quanto aos bens na seara patrimonial frente a sociedade conjugal.

Em campo completamente oposto ao da comunhão universal de bens, o objetivo dos cônjuges diante da separação convencional, por meio da vontade e liberdade de escolha manifestada no pacto antenupcial, é de resguardar a exclusividade e a administração do seu patrimônio pessoal, seja anterior ou posterior ao matrimônio (GLAGLIANO; PAMPLONA, 2012).

Ocorre que, essa incomunicabilidade acontecerá no que diz respeito ao direito de família, frente a dissolução da sociedade conjugal em vida, frente a um divórcio, pois quando se tratar de direito sucessório, a depender do caso, haverá comunicação dos bens, não prosperando assim, o que acordaram em vida, diante da possibilidade de livremente convencionar quanto ao regime de bens. Com isso faz-se necessária uma averiguação de quais são os reflexos trazidos ao direito sucessório diante da escolha do regime da separação convencional de bens, tendo em vista que diante desta escolha a busca é pela não comunicabilidade dos bens.

### **3 O(S) REFLEXO (S) DO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS NO DIREITO SUCESSÓRIO**

O Código Civil de 2002 trouxe uma considerável mudança no direito das sucessões ao elencar o cônjuge como herdeiro necessário, tendo em vista que o Código de 1916 reconhecia apenas os descendentes e os ascendentes (art. 1721 do CC/1916), ressaltando ainda que segundo entendimento consolidado do Supremo



Tribunal de Federal ao companheiro é estendido este rol, sendo assim cônjuge ou companheiro<sup>3</sup>. Na atual estrutura do direito sucessório brasileiro o cônjuge segue em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, para herdar toda a herança na falta de descendentes ou ascendentes do sucedido. No entanto, diante da extinção do usufruto vidual<sup>4</sup>, o cônjuge também passou a integrar a categoria dos herdeiros necessários, fazendo assim com que não possa ser afastado da sucessão, sendo que ainda, dependendo do regime de casamento irá concorrer com os herdeiros descendentes e ascendentes nos bens particulares do *de cuius* (MADALENO, 2010).

Reforça-se o disposto no artigo 1845<sup>5</sup> da codificação brasileira, o qual traz o cônjuge como herdeiro necessário, e o protege com a legítima. Lembrando que nem todos os herdeiros legítimos são necessários, no entanto, todos os herdeiros necessários são legítimos (Brasil, 2002). De tal modo, em sendo o cônjuge herdeiro necessário, ao tratar da ordem de vocação hereditária, o legislador além de trazer na terceira classe, após descendentes e ascendentes, o colocou em concorrência, conforme disposto no artigo 1829<sup>6</sup>, da mesma codificação. Desta forma, no direito sucessório, o cônjuge irá concorrer, sendo que na existência de descendentes, serão observados alguns regimes conforme dispõe o artigo anteriormente citado, em havendo ascendentes independente do regime, e não existindo descendentes ou ascendentes este herdará sozinho, excluindo os colaterais. Destarte, Tartuce (2019a) que a única concorrência inexistente a respeito do cônjuge refere-se aos colaterais, isso porque a posição sucessória do cônjuge é anterior. Complementando ainda que

---

<sup>3</sup> STF, Tribunal Pleno, Recurso Especial nº 878.694-MG, Relator: Ministro Roberto Barroso, j. 10/05/2017.

<sup>4</sup> Direito que tinha o cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do *de cuius*. (Artigo 1611, § 1º CC 1916)

<sup>5</sup> Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

<sup>6</sup> 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 - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.



diante dos fatos é possível afirmar que na vigente codificação privada, o cônjuge encontra-se em uma privilegiada posição sucessória.

À vista disso, em salvas exceções quanto ao regime estabelecido, será o cônjuge em sua existência, sempre contemplado, o que o torna então privilegiado frente ao direito das sucessões. Esta inovação trazida pelo Código Civil de 2002, provocou a crítica daqueles que se casaram no aludido regime e foram surpreendidos com a possibilidade, agora existente, de o cônjuge, que se imaginava afastado da sucessão, concorrer com os filhos do falecido. Nessa senda, diante do cônjuge ter sido trazido pelo legislador como herdeiro necessário, em sendo assim preservada sua legítima, e frente à concorrência sucessória na ordem de vocação hereditária, seria o cônjuge, na atualidade, a “estrela” do direito sucessório brasileiro (CARVALHO, 2015), pois estaria este na primeira, segunda e terceira classe.

Diante desta breve análise sobre a vocação hereditária e rol de herdeiros necessários, bem como anteriormente ao regime da separação convencional de bens, é possível então, se observar reflexos trazidos ao direito sucessório, face a escolha do regime da separação convencional, que não vão de encontro a escolha realizada pelos cônjuges em vida, tendo em vista que a escolha em vida deu-se sob inspiração da incomunicabilidade dos bens.

Ocorre que o legislador se esqueceu de citar este regime de bens, entre as exceções ao direito de concorrência, presenteando assim o cônjuge sobrevivente, com parte dos bens do *de cuius*, ainda que não tenha sido este o desejo do casal (DIAS, 2011). Nota-se que esse regime expressa a livre manifestação das partes, com o objetivo do casal afastar os efeitos patrimoniais da sociedade conjugal, sendo esses direitos previstos no ordenamento jurídico, não podendo ser confundido com a separação obrigatória de bens, a qual é imposta por lei, não dependendo da vontade das partes.

Há de ser observado que em vida, quando da dissolução da sociedade conjugal, o regime pactuado tem sua eficácia assegurada, sendo os bens não comunicados, tanto na administração de forma independente dos bens particulares, como após a dissolução, sem que haja confusão de bens. No entanto, não é verificado o mesmo, quando a sociedade conjugal se resolve pelo falecimento de um dos



cônjuges. Assim sendo, o que se entende da letra fria da lei, e de sua atual interpretação pelos tribunais, é que há a comunicação de patrimônio, mesmo contra a expressa manifestação das partes (RAAD, 2018). Verifica-se com isso que o legislador se ateu em preservar a vontade das partes diante de uma dissolução em vida, mas não com a morte.

Ocorre que a opção pelo regramento patrimonial foi uma decisão tomada em conjunto pelos cônjuges, e sendo destes a manifestação pela não comunicação da esfera patrimonial, não cabe ao legislador tal perspectiva, conforme traz a Ministra Nancy Andrighi (2009)<sup>7</sup>, que nesta situação haveria a alteração do regime matrimonial de bens *post mortem*, pois com o sim do casamento pela morte de um seria alterado o regime da separação convencional de bens, o qual foi livremente convencionalizado em vida, fazendo com que o cônjuge sobrevivente recebesse bens que eram de exclusiva propriedade do autor da herança, sendo que este patrimônio foi recusado em vida, quando da lavratura do pacto antenupcial, por vontade própria, além de embasado em previsão legal.

Na mesma linha, se não há comunicação de bens por expressa e determinada vontade dos cônjuges durante a constância do casamento, não haveria motivo para que diante do falecimento de um dos houvesse essa comunicação (GONÇALVES, 2019). A escolha realizada em vida frente a liberdade de escolha dos cônjuges, deverá ser respeitada, pois há assim convergência entre o direito de família (em vida) e o direito sucessório (pós morte), prevenindo conflitos sucessórios, pois essa era a vontade dos cônjuges.

Verifica-se assim, a concorrência impositiva do cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação convencional, diante de um afronta autonomia privada, frente a liberdade de escolha devidamente disposta no ordenamento jurídico, tornando assim ineficaz o pacto antenupcial quando da morte, frente ao direito sucessório, que diante da escolha entre as partes, o qual fora celebrado perante a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, e ainda frente ao direito de liberdade de escolha com a devida previsão legal, acaba indo contra a expressa vontade das

---

<sup>7</sup> STJ, 3ª Turma, REsp 992.749/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 01.12.2009.



partes em relação ao direito sucessório. Diante desse confronto, faz-se necessário analisar o princípio da autonomia da vontade.

#### **4 UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E SUA POSSÍVEL VIOLAÇÃO FRENTE AO DIREITO SUCESSÓRIO**

Para ser analisado o assunto pertinente ao presente capítulo além da pesquisa bibliográfica, diante de livros e artigos científicos foi utilizada uma pesquisa jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Estado do Mato Grosso (a escolha pelos respectivos Tribunais do Rio Grande do Sul e do Mato Grosso para a pesquisa de jurisprudência se deu pelo fato de o primeiro ser o de situação da autora, e de o segundo ter decisão divergente da posição dominante nos demais, fato constatado em pesquisa junto ao depositório do Superior Tribunal de Justiça), tendo a referida pesquisa sido delimitada pelas palavras-chaves “sucessão” “concorrência” “separação convencional”, tendo sido delimitado o lapso temporal entre 01/01/2014 e 01/01/2020. A seleção das jurisprudências se deu pela análise de que houve decisão de forma favorável, desfavorável e diante de conflitos posterior uniformização e assim assunto consolidado, ou seja, pela pertinência temática.

Ao possibilitar a escolha pelo regime de bens que melhor aprover, estamos falando da permissão trazida pelo artigo 1639 do Código Civil de 2002, de livremente convencionar, salvo as exceções, que traz a obrigatoriedade da separação de bens no casamento das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; da pessoa maior de 70 anos e de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial, conforme o artigo 1641 do mesmo Código (BRASIL, 2002). Essa liberdade de poder contratar está diretamente ligada a vontade como elemento principal. Em falando de vontade, “a vontade é o próprio elemento propulsor do domínio do ser humano em relação às demais espécies que vivem sobre a Terra[...]” (TARTUCE, 2019c, p. 94). Isso demonstra a diferenciação entre fatos humanos diante dos fatos naturais.



Tem-se o negócio jurídico como instrumento da liberdade humana, tendo como base a vontade. A autonomia, por si só remete-se a ideia autodeterminação, de liberdade para reger os atos de acordo com seus interesses. Nas palavras de Tartuce (2019c), o princípio da autonomia privada, constitui-se de um regramento básico, de ordem particular, no entanto motivado por normas de ordem pública, sendo que na constituição do contrato, além da vontade das partes, estão presentes também, e devem ser levados em consideração outros fatores, como políticos, psicológicos, sociais e econômicos. Assim, ainda que a autonomia privada retrata os interesses particulares do indivíduo, o instituto só se efetiva, em seu real sentido, quando há problematização das relações entre a vontade e a norma, estando relacionada com a manifestação da vontade livre, ou seja liberdade de escolha que está prevista em lei (TARTUCE, 2019b).

Ainda, para o referido autor, este princípio substitui o princípio da autonomia da vontade, sendo que “da liberdade e da dignidade humana, sendo o direito que a pessoa tem de se autorregulamentar. Há plena liberdade na escolha do regime de bens, conforme o art. 1.639, caput, do CC/2002” (TARTUCE, 2019b, p. 201). A liberdade é uma ferramenta conferida ao indivíduo para que em sociedade, possa desenvolver em sua máxima, suas capacidades e destrezas, para dar razão à sua existência, trazendo ainda a liberdade como princípio constitucional, base do ordenamento jurídico brasileiro, o qual encaminha a aplicação do Direito como instrumento apto a garantir oportunidades ao sujeito para exercer seu poder de auto disposição e para que assim possa guiar o rumo de sua vida como melhor convier (RAAD, 2018). Assim, verifica-se a autonomia privada, como forma de estabelecer o poder de escolha dentro do que a lei permite, estando este poder de escolha atrelado ao princípio da liberdade e da legalidade, pois mesmo diante da vontade do indivíduo as disposições legislativas devem ser observadas e respeitadas.

O direito fundamental de liberdade é garantido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, e está diretamente ligado às relações conjugais relativas, dentre outras a liberdade de livremente convencionar quanto ao regime de bens (BRASIL, 1988). Neste sentido, “o direito, por meio de suas normas e valores, assegura ao indivíduo uma esfera de liberdade que julga essencial para que a vivência



do ser humano seja correspondente ao princípio da dignidade [...]” (RAAD, 2018, p. 10), tendo-se, assim, o direito de liberdade representado pelo princípio da autonomia privada.

O vínculo conjugal gera não apenas efeitos jurídicos pessoais, mas também patrimoniais dos indivíduos. Conforme Pereira (2018), os jurídicos se referem aos direitos e obrigações entre os cônjuges, como a fidelidade e a mútua assistência, já os patrimoniais consolidam no regime de bens. Estabelece-se um regime de bens no casamento, tendo em vista que “a convivência familiar enseja o entrelaçamento não só de vidas, mas também de patrimônios, tornando indispensável que fiquem definidas, antes das núpcias, as questões atinentes aos bens, às rendas e às responsabilidades de cada consorte” (DIAS, 2011, p. 219-220). Talvez por esse sentido que a lei não trata apenas da celebração e dissolução, mas também estabelece que questões de convívio e ordem econômica, “como a família se torna titular do domínio e da posse do acervo patrimonial que a compõe, são previstos regimes de bens: modelos pré-fabricados criados pelo legislador e disponibilizados aos nubentes” (DIAS, 2011, p. 219-220).

Desta forma, verifica-se que as relações econômicas, oriundas da questão patrimonial, existentes entre os nubentes frente a sociedade conjugal são disciplinadas por princípios jurídicos chamados de regime de bens (PEREIRA, 2018). Diante desta relação e da autonomia prevista no ordenamento jurídico, frente a possibilidade de escolha pelo regime de bens a vigorar após a realização das núpcias, e sendo convencionalizado, por livre escolha o regime da separação de bens, estão estes, decidindo sobre a organização patrimonial da sociedade conjugal, afastando a comunhão de bens (RAAD, 2018). No entanto, o pacto antenupcial se tornou ineficaz, pois a possibilidade de escolha elencada no Código Civil quanto ao regime de casamento tem reflexos diferentes na dissolução em vida ou pós morte.

Com isso, questiona-se quanto aos efeitos trazidos pelo regime da separação convencional de bens, frente ao direito sucessório, tendo em vista ter sido uma escolha realizada pelos cônjuges em vida para que não houvesse a comunicação dos bens, e, no entanto, diante do falecimento não é levado em consideração. Ademais, em se tratando do regime em questão, ao prever pela sociedade conjugal, os nubentes



de comum acordo, diante da previsão legal e em vida, elegeram diante da lavratura de pacto antenupcial este regime de bens para que não houvesse confusão patrimonial.

Ocorre que há um sério problema quanto a concorrência sucessória em dito, frente a redação do artigo 1829, inc. I do Código Civil, pois o legislador utilizou a expressão separação obrigatória, no entanto, entre parênteses, citou o art. 1.640, parágrafo único, da referida codificação, que se refere a autonomia conferida aos nubentes pela escolha do regime de bens, através da lavratura de pacto antenupcial por escritura pública (BRASIL, 2002). Assim, diante dessa leitura o que ocorre frente ao direito sucessório, dos cônjuges casados pelo regime da separação de bens é a interpretação, havendo assim entendimentos distintos, sendo que há os que defendem pela exclusão da concorrência em virtude da livre escolha permitida e feita pelos nubentes, e os pela existência diante da interpretação do artigo 1829, I do Código Civil.

Dentre os que defendem pela exclusão, Lôbo (2013, p. 136), sustenta que ao escolher livremente por pacto antenupcial ou quando o aceitam (o que também é expressão da liberdade e de se autodeterminar), tem como principal objetivo os efeitos no desfazimento da união por morte. Interpretar o efeito essencial do regime de separação convencional de bens (incomunicabilidade) tira o sentido lógico de suas finalidades, “e nega respeito à liberdade de escolha e, conseqüentemente, ao princípio constitucional da liberdade (art. 5.º da Constituição) que é expressão do macroprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inc. III, da Constituição)”. Trazendo ainda o doutrinador que desta forma “não há dignidade se a pessoa não pode organizar livremente o seu projeto de vida privada e familiar”. Neste sentido, encontra-se jurisprudência isolada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. INDEFERIMENTO DA QUALIDADE DE HERDEIRA DA CÔNJUGE SUPÉRSTITE. [...] CASAMENTO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. PACTO ANTINUPCIAL. DIREITO DE CONCORRÊNCIA HEREDITÁRIA COM DESCENDENTES DO FALECIDO. DESCABIMENTO. PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA DA VONTADE DOS CONTRAENTES E DA BOA-FÉ OBJETIVA. MELHOR INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO DESPROVIDO. [...] Os princípios da autonomia da vontade, eticidade e boa-fé objetiva impõem a prevalência do regime de



separação convencional com pacto antenupcial não só em vida, mas também após a morte dos nubentes, sob pena de se impor partilha patrimonial de forma diversa da desejada pelo falecido, acatando-se a incoerência de que consortes teriam liberdade de autodeterminação em vida, que seria desrespeitada com o advento da morte. Razão pela qual há que se interpretar o art. 1.829, I, do Código Civil com ressalvas, inclusive com o escólio de Miguel Reale [...]. **Assim, há que ser mantida a decisão que declara que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação total de bens convencional por escritura pública de pacto antenupcial não é herdeiro em concorrência com descendentes do falecido.** (MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 144854/2014. Relator: Des. Marilsen Andrade Addario.). (grifos nossos)

Nota-se que foi mantida nesta decisão, a vontade do cônjuge e assim interpretado o artigo da nossa codificação de forma a não haver concorrência sucessória, destacando que a autonomia deve prevalecer, frente ao pacto antenupcial, para que não sejam partilhados os bens de forma oposta àquela por eles desejada em vida, imperando assim a autonomia privada e o desejo pela não comunicação dos bens também diante do falecimento.

Também no sentido pela exclusão, defendendo que na separação de bens o cônjuge não merece a condição de herdeiro, Reale (2005, p. 229) assim nos traz: “em um código os artigos se interpretam uns pelos outros, eis a primeira regra de hermenêutica jurídica.” Assim, considera que mesmo constando no artigo a expressão “obrigatória”, deveria o intérprete readequá-la colocar no contexto regrado à questão em voga.

Em se considerando o cônjuge no regime de separação de bens herdeiro necessário do *de cuius*, o disposto no art. 1.687, estaria sendo violado, e com isso desapareceria todo o regime da separação de bens, diante de um conflito que não se poderia admitir entre tal artigo e o 1.829, I, fato não admissível em uma codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática (REALE, 2003). Diante desse conflito o regime objeto do presente estudo das relações conjugais.

Persistindo a dúvida sobre o inciso I, do artigo 1829, diante de tais interpretações e para que esse regime não fosse extraído do ordenamento jurídico, em detrimento dos indivíduos que não desejam por uma comunicação patrimonial, tanto em vida quanto *pós* morte, a solução seria emendá-lo, eliminado o adjetivo “obrigatória”. Assim, o supérstite não teria a qualidade de herdeiro, em concorrência com os descendentes, “se casado este com, o falecido no regime da comunhão



universal, ou no de separação” (REALE, 2003, p. 63). Há inclusive, projetos legislativos buscando alteração deste artigo, dentre eles o antigo Projeto Ricardo Fiúza – atual PL 699/2011, que pretende alterar a menção constante do inciso I do art. 1.829, no qual consta artigo 1640, para o art. 1.641 da própria codificação. Essa alteração, para Tartuce (2019a, p. 276), visa “corrigir o que parece ser mais um cochilo legislativo”, pois o citado artigo faz menção ao “obrigatória”, no entanto entre parênteses faz menção ao artigo 1640 que trata do pacto antenupcial, que estaria relacionado a “convencional” e não obrigatória.

Já dentre os que defendem pela existência da concorrência, encontra-se Maluf (2013, p. 205), o qual alega que este regime “não se enquadra na exceção do inciso I do art. 1.829 do CC”, tendo assim, o cônjuge sobrevivente direito à herança em concorrência com os descendentes. Acerca do mesmo tema, Carvalho (2015, p. 338), argumenta trazendo o “pacto antenupcial como negócio jurídico *inter vivos*, com seus efeitos limitados a disciplinar questões patrimoniais do casamento e não com eficácia *pós mortem*, quando do rompimento do vínculo conjugal”. Neste sentido, quanto às decisões o STJ, tem se pronunciado:

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. (Recurso Especial nº 1.382.170-SP. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, DF, 22 de abril de 2015.) (grifos nossos)

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. Documento: 1443042 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 08/10/2015 Página



4 de 4 Superior Tribunal de Justiça 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 n. 1.472.945/RJ, Relator o Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 19/11/2014). (grifos nossos)

Nota-se, pelas decisões acima que o artigo 1.829, I do Código Civil tem sido interpretado de forma a não excluir o cônjuge sobrevivente da condição de herdeiro necessário, e desta forma este vem a concorrer com os descendentes na sucessão. Em análise, observa-se que tais decisões têm se baseado pelo fato de que este regime não foi citado no referido dispositivo legal como exceção à regra da concorrência, por ter sido esse direito foi ampliado pelo novo Código Civil, ao cônjuge supérstite sendo assim, assegurado a este a concorrência. Tal matéria foi inclusive julgada pela Segunda Seção Superior Tribunal de Justiça, e tendo nesta ratificado o posicionamento de decisão agravada:



PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC/2002. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC. SÚMULA N. 168/STJ. 1. **A atual jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens ostenta a condição de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido**, a teor do que dispõe o art. 1.829, I, do CC/2002, e de que a exceção recai somente na hipótese de separação legal de bens fundada no art. 1.641 do CC/2002. 2. Tal circunstância atrai, no caso concreto, a incidência do Enunciado n. 168 da Súmula do STJ. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EREsp 1472945/RJ, Relator o Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 29/06/2015) (grifos nossos)

Verifica-se na decisão acima, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que há concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes no regime da separação convencional. Ainda, no mesmo sentido, diante da grande divergência em relação ao assunto o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM DESCENDENTES. CASAMENTO SOB O REGIME CONVENCIONAL DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL. 1. Demonstrada como relevante a questão de direito atinente à interpretação do art. 1.829, I, do CCB (concorrência do cônjuge supérstite, casado pelo regime da separação total de bens, com os descendentes do de cujus), e havendo interesse público na assunção de competência, pela necessidade de pacificar o tratamento que vem recebendo, sopesado o antagonismo das interpretações adotadas nas Câmaras competentes para o exame da matéria, imperioso o julgamento do recurso pelo 4º Grupo, órgão jurisdicional colegiado de maior hierarquia indicado pelo Regimento Interno da Corte. Observância dos arts. 555, § 1º, do CPC, 13, II, 'b', e §§ 1º e 2º, e 169, XXXII, do RITJRS e 1º, III e parágrafo único, da Emenda Regimental nº 06/2005. 2. **O cônjuge supérstite, casado pelo regime da separação convencional de bens, concorre com os descendentes aos bens deixados pelo falecido, por força do disposto no art. 1.829, I, CCB.** Enunciado nº 270 da III Jornada de Direito Civil do CJF. À UNANIMIDADE, RECONHECERAM O INTERESSE PÚBLICO NA ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA E NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Uniformização de Jurisprudência. Quarto Grupo Cível. Nº 70062220777/RS, Relator o Ministro DES RICARDO MOREIRA LINS PASTL, 31/10/2014.) (grifos nossos)

Assim, diante da decisão acima, pode-se verificar que o referido Tribunal, diante da existência de evidente divergência a respeito da matéria trazida a baila, qual seja, se o cônjuge supérstite, casado pelo regime da separação convencional de bens,



concorre ou não com os descendentes do autor da herança, bem como diante de interesse público pela necessidade de pacificar o assunto, uniformizou jurisprudência, no sentido de que há concorrência do cônjuge casado pelo regime da separação convencional.

Entende-se assim, que diante de tal posição há sim, a violação da autonomia privada, pois esta não é preservada no direito sucessório, julgando-se assim a referida interpretação como prejudicial às partes. De modo simplório, o “contrato” do pacto antenupcial não versa em nenhuma cláusula expressa a sua validade somente *inter vivos*, o que acaba causando um efeito “placebo” nos contratantes, ao imaginarem que sua vontade será inatingível face ao documento que assinam, personificação física da autonomia privada das partes capazes, e ao final da vida de um deles veem sua autonomia tolhida pelo entendimento jurisdicional. Ou seja, há sim a violação da autonomia privada, o que se interpreta nocivo e prejudicial à segurança jurídica contratada no “negócio” pacto antenupcial.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo buscou analisar o direito sucessório no regime da separação convencional de bens, especificamente, quando da concorrência com os descendentes, frente a uma análise da possível violação da autonomia privada, respondendo a seguinte problemática: existe efetivamente um respeito ao princípio da autonomia privada no direito sucessório dos cônjuges casados pelo regime da separação convencional de bens?

Em um primeiro momento, realizada uma breve análise sobre o casamento e os regimes de bens permitidos em nosso ordenamento jurídico e a possibilidade permitida por lei de livremente convencionar quanto ao regime de bens que irá disciplinar as relações patrimoniais diante da sociedade conjugal, em especial o regime separação convencional, sendo ainda trazido quanto a situação do cônjuge no direito sucessório, com sua atual posição de herdeiro necessário na ordem de vocação hereditária. Posteriormente, foram abordados os reflexos deste regime no direito sucessório, onde se observou que o Código Civil de 2002 trouxe uma



considerável mudança ao direito das sucessões, ao elencar em seu artigo 1845 o cônjuge como herdeiro necessário, tendo em vista que o Código de 1916 reconhecia apenas os descendentes e os ascendentes (art. 1721 do CC/1916). Assim, esses reflexos se constituem pela disposição do cônjuge como herdeiros necessário e com isso o levando a concorrência sucessória com os descendentes do *de cujus*.

Por fim, diante da possibilidade de livremente convencionar por um regime de bens, e frente a escolha do regime da separação convencional, realizou-se uma análise do princípio da autonomia da vontade e sua possível violação no direito sucessório, diante da escolha deste regime. Verificou-se que ao possibilitar a escolha pelo regime de bens que melhor aprouver, é uma permissão trazida pelo ordenamento jurídico em seu artigo 1639, o qual possibilita livremente convencionar, exceto as trazidas como obrigatórias devidamente elencadas no artigo 1641 do mesmo Código, e que essa liberdade de poder contratar está atrelada a vontade como elemento principal. Ainda, percebeu-se que a base constitucional da autonomia privada é a liberdade, sendo esta uma das mais importantes características do ser humano. Liberdade essa expressada pelas partes ao poder livremente convencionar quanto aos bens na seara patrimonial frente a sociedade conjugal, e então diante da escolha do regime da separação convencional.

Diante da escolha desse regime não há comunicação dos bens, os quais permanecem sob a administração exclusiva de cada um, podendo livremente gravar ou alienar, conforme disposto no artigo 1687 do Código Civil. No entanto, pode-se observar que há distinção entre o direito de família e o direito sucessório, sendo que conforme disposto no ordenamento jurídico com a morte há dissolução da sociedade conjugal e, por conseguinte o vínculo conjugal, conforme previsto no artigo 1571 deste (BRASIL, 2002). Assim, entende-se que o direito de família não rege o sucessório, muito embora repercuta nele, pois com o falecimento, extingue-se a sociedade conjugal.

Frente às análises jurisprudenciais observou-se que mesmo tendo sido uma escolha dos cônjuges, em vida, diante de uma previsão jurídica haverá comunicabilidade, e, por consequência, concorrência com os descendentes, tendo em vista o atual entendimento dos tribunais estudados neste sentido.



Notou-se que mesmo sendo um assunto controvertido nas doutrinas, e embora existam decisões isoladas, estas não repercutem nos Tribunais Superiores, sendo que, conforme verificado o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, firmaram entendimento no sentido de que há concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes no regime da separação convencional.

Nesse diapasão, pode se verificar que a autonomia das partes, demonstrada através do pacto antenupcial, que fora o instrumento necessário para a escolha do regime da separação convencional, diante do direito de liberdade previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal, gera apenas efeito *inter vivos*, afastando sua eficácia em morte, isto levando em conta a interpretação e a uniformização jurisprudencial já pisadas. Ou seja, a autonomia trazida através da liberdade de escolha facultada pelo regime patrimonial no casamento- salvo as exceções já exaustivamente mencionadas-, tem seus efeitos e regulamentam tão somente às relações patrimoniais *inter vivos*, não surtindo efeitos *causa mortis*.

E, sob essa ótica, responde-se ao questionamento feito no início deste artigo de forma negativa, eis que a vontade do cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens não prospera, não havendo assim respeito ao princípio da autonomia privada no direito sucessório. Tem-se assim, violado o princípio da autonomia privada daqueles que ao contratar por esse regime buscaram pela incomunicabilidade de seus bens tanto em vida quanto pós morte, não tendo sido expressado em nenhum momento que esta vontade era pactuada somente em vida. Assim, ocorre a ineficácia do pacto antenupcial face à morte como dissolução do vínculo, o qual negócio jurídico formal válido e perfeito, onde partes capazes e providas de legitimidade estipularam, diante de previsão legal, seu projeto e desejo comum quanto a não comunicação patrimonial. Desta forma, além de não respeitar a autonomia privada, essa interpretação desampara os cônjuges, bem como faz com que este regime deixe de existir no direito sucessório, pois presenteia o cônjuge sobrevivente diante da concorrência sucessória com os descendentes, e na falta destes, até mesmo sendo contemplado com todo o quinhão hereditário, diante da comunicabilidade dos bens.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Novo Código Civil Brasileiro**. Legislação Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406)>. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao)>. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 878.694-MG. Relator: Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno. Julgado em 10/05/2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur379763/false>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.382.170-SP. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, DF, 22 de abril de 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1382593&num\\_registro=201301311977&data=20150526&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1382593&num_registro=201301311977&data=20150526&formato=HTML)>. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 992.749/MS, Rel. Ministra Nancy Andrichi, j. 01.12.2009. Disponível em: <<http://servicos.tjmt.jus.br/ViewDocumento.aspx?key=2293bc2d-40f5-439f-be2e-69dea2d7d1d6>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo AgRg nos EREsp 1472945/RJ, Relator o Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 29/06/2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1422360&num\\_registro=201303350033&data=20150629&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1422360&num_registro=201303350033&data=20150629&formato=PDF)>. Acesso em 24 mai. 2020.

BRASIL. Resolução nº 175 de 14/05/2013. **Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>> Acesso em 02 de jun. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 9, de 28 de Junho de 1977**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc09-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm)> Acesso em 24 mai. 2020

BRASIL. **Decreto nº 181, de 24 de Janeiro de 1890**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm)> Acesso em 24 mai. 2020



CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2015.

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

DIAS. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. Rev. Atual e ampla. São Paulo: Revista Tribunais, 2011.

FILHO, Rodolfo Pampolha; GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil: **Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2007.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6 – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

JUSBRASIL. **Art. 1611, § 1 do Código Civil de 1916 - Lei 3071/16**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11374839/paragrafo-1-artigo-1611-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916>> Acesso em 02 jun. 2020

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**. Saraiva, 2013.

MADALENO, Rolf. **Concorrência sucessória e o trânsito Processual**. Disponível em: <<https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/concorrenca-sucessoria-e-o-transito-processual>>. Acesso em 29 out. 2019.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 144854/2014. Relator: Desa. Marilsen Andrade Addario. Cuiabá, MT, 16 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://sistemadje.tjmt.jus.br/publicacoes/9700-2016.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RAAD, Daniela Russowsky. **O exercício da autonomia privada no Direito Sucessório: Uma reflexão a partir da eficácia do regime da separação de bens**. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/180916>>. Acesso em 20 mai. 2020.

REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.



REALE. **Estudos Preliminares do Código Civil**. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70062220777. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, RS, 31 de outubro de 2014. Disponível em:

<[https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=70062220777&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70062220777&codEmenta=7706337&temIntTeor=true)>. Acesso em: 25 mai. 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 6 v.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 12 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019a. 6 v.

TARTUCE. **Direito Civil: direito de família**. v. 5 . 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b.

TARTUCE. **Direito Civil: teoria geral dos contratos em espécie**. 14 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019c. 3 v.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019.