

O USO DO PACTO ANTENUPCIAL COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Resumo

O presente artigo sustenta uma reflexão sobre o REsp 992.749/MS que desencadeou a possibilidade do pacto antenupcial servir como instrumento para o planejamento sucessório. No âmbito do direito de família, através de Pacto antenupcial, é possível que os nubentes estabeleçam o regime de bens da separação convencional de bens de forma autônoma e livre, porém no âmbito sucessório, pela vedação do *pacta corvina* a autonomia patrimonial é questionada quanto a utilização das regras proibitivas nos contratos antenupciais com a finalidade de planejamento sucessório, a fim de afastar a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes e ascendentes do falecido. Sob o aspecto metodológico utilizou-se o método dedutivo, com pesquisas do tipo teórica e qualitativa, através da utilização de materiais bibliográficos diversificados, como livros, teses, artigo de periódicos, dissertações, sites jornalísticos, análise doutrinária e jurisprudencial jurídica pátria sobre o tema, com objetivo de defender o REsp 992.749/MS que trouxe a possibilidade de utilização do pacto antenupcial também no direito sucessório quanto disposição patrimonial de bens. Assim foi possível ampliar a possibilidade de interpretação conferida ao julgado, bem como estimular o meio acadêmico jurídico aos possíveis avanços neste âmbito, sendo possível acreditar que em momento futuro seguirá outros ordenamentos jurídicos internacionais que priorizam cada vez mais a autonomia da vontade no âmbito da entidade familiar.

Palavras-chave: Pacto antenupcial; REsp 992.749/MS; planejamento sucessório.

Abstract

This article supports a reflection on REsp 992,749/MS that triggered the possibility of the antenupal pact to serve as an instrument for succession planning. Under family law, through the antenupal pact, it is possible that the nubentes establish the regime of assets of the conventional separation of assets autonomously and freely, but in the succession context, by the sealing of the *pacta corvina* the patrimonial autonomy is questioned as to the use of the prohibitive rules in the antenupal contracts for the purpose of succession planning, in order to avoid competition of the surviving spouse with the descendants and ascendants of the deceased. Under the methodological aspect, the deductive method is used, with theoretical and qualitative research, through the use of diversified bibliographic materials, such as books, theses, journal articles, dissertations, journalistic sites, doctrinal analysis and jurisprudential homeland on the subject, with the objective of defending the REsp 992.749/MS that brought the possibility of using the antenupal pact also in the succession right as to patrimonial disposition of assets. Thus, it was possible to expand the possibility of interpretation conferred on the judge, as well as to stimulate the legal academic environment to possible advances in this area, being possible to believe that in the future will follow other international legal systems that increasingly prioritize the autonomy of the will within the family entity.

Keywords: Marriage pact; REsp 992.749/MS; succession planning.

1- INTRODUÇÃO

Com o advento do Código Civil em 2002, sob a égide dos artigos 1.845¹ e 1.829² o cônjuge passou a ser elevado à condição de herdeiro necessário, bem como passou a ser concorrente em determinados regimes de bens, passando a existir uma nova perspectiva sucessória que até a vigência do atual Código Civil não era possível (SILVA, 2019).

A grande maioria da doutrina e jurisprudência pátria entendem que o regime de separação total de bens é um gênero que se divide em duas espécies: separação obrigatória de bens, conceituada como aquele regime estipulado por lei de forma coercitiva, e pela separação convencional de bens sendo pela vontade dos nubentes a celebração de um pacto antenupcial como um contrato de como serão regidos os seus patrimônios. Para a doutrina majoritária, o pacto antenupcial abrange apenas os aspectos em vida compreendidos pelo direito das famílias e não se estende ao direito sucessório (AMORIM; OLIVEIRA, 2020).

Em entendimento a doutrina majoritária, o regime da separação convencional de bens, em caso de morte de um dos pactuantes, permite a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes e ascendentes sobre os bens particulares, ou seja, como herdeiro. Tal analogia decorre da equiparação ao entendimento que é conferido ao regime da comunhão parcial de bens sobre os bens exclusivamente particulares deixados, porém nesta hipótese o cônjuge sobrevivente será meeiro sobre os bens comuns e herdeiro sobre os bens particulares.

O principal fundamento desta corrente além da equiparação ao regime da comunhão parcial de bens, consiste na vedação do artigo 426 do Código Civil, mais conhecido como *pacta corvina*, em que há vedação expressa de acordo que tenha por objeto a herança de pessoa viva, como é visto o pacto antenupcial na perspectiva do direito sucessório.

No entanto, sob o voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi, sob o REsp. nº 992.749/MS, decidiu a 3ª Turma do STJ -Superior Tribunal de Justiça, pelo afastamento da concorrência do cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens, em face do pacto antenupcial existente, afastando a condição de herdeiro, com fundamentação exclusiva da utilização do pacto antenupcial como instrumento de vontade quanto ao patrimônio do falecido em caso de morte.

¹ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

² 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 - Aos cônjuges sobreviventes;
IV - Aos colaterais.

Deste modo, bem como defendido por uma minoria de doutrinadores simpatizantes, e pela doutrina internacional, quanto a utilização do pacto antenupcial como instrumento de planejamento sucessório, o STJ portanto, estabeleceu um conflito doutrinário árduo entre os ramos jurídicos do direito das famílias e das sucessões.

A partir do acervo de materiais bibliográficos, de livros, teses, artigos, periódicos, dissertações, sites, análise doutrinária e jurisprudência pátria e internacional sobre tema, adotando o método indutivo e dedutivo, foi possível realizar de forma descriptiva e analítica a posição conferida ao cônjuge no REsp nº 992.749/MS.

Nesta perspectiva, o presente estudo trouxe a atual posição conferida ao cônjuge sobrevivente no âmbito do direito sucessório sob os regimes de bens tradicionalmente existentes, sendo a comunhão parcial, a comunhão total, a participação final dos aquestos e o regime da separação total de bens. E abordou a discussão acerca da concorrência do cônjuge sobrevivente com descendente e ascendentes no regime da separação convencional de bens afastada na decisão do REsp nº 992.749/MS.

Apesar do conflito doutrinário e jurisprudência pátrio existente quanto ao REsp nº 992.749/MS, inegável é a sua excelente discussão, pois através dele passou a ser possível a utilização do pacto antenupcial como instrumento de planejamento sucessório, sendo possível afastar o cônjuge sobrevivente da condição de herdeiro dos bens particulares do falecido, ainda que de forma minoritária, abriu a possibilidade de estender o pacto antenupcial do direito de família ao direito sucessório.

Ainda que muito autores não compactuem com tal ideia, de forma fundamentada, passou a ser possível uma nova análise sobre a extensão do pacto antenupcial, prevalecendo o aspecto volitivo das partes, ou seja, a intenção dos consortes quanto a destinação de seus bens, tanto na constância da união quanto com a dissolução desta, pelo divórcio ou pela morte.

Assim, necessário o presente estudo a fim de preencher as lacunas jurídicas a respeito da utilização extensiva do pacto antenupcial sob a égide do direito sucessório.

2- A CONDIÇÃO DO CÔNJUGE NO DIREITO SUCESSÓRIO SOB O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Para Dias (2017), as diretrizes dos regimes de bens têm como principal objetivo a definição da origem, titularidade e destino do patrimônio dos nubentes, sendo uma consequência jurídica do casamento. Estes regramentos de ordem patrimonial são indispensáveis, vez que na própria abstenção dos nubentes, o próprio Estado se encarrega de fazê-lo, e assim também o faz na União Estável.

A incidência do regime de bens sob o matrimônio confere a imposição de regras e deveres que permeiam durante o período de união, e mais ainda de maneira imprescindível quando decorre a dissolução da união ou matrimônio, seja pelo divórcio, pela separação, e pela morte (DIAS, 2017).

A comunhão universal de bens reúne todo o acervo patrimonial dos nubentes adquiridos, preexistentes ao matrimônio e tudo que tenha sido adquirido na vigência da união, formando uma universalidade de conjunto de bens, que será dividida igualmente entre os cônjuges ao final do casamento a título de meação (DIAS, 2017).

A meação significa que o patrimônio comum pertencente a ambos os cônjuges será dividido em partes iguais entre eles. Tal direito é irrenunciável, impenhorável e inalienável, e sempre irá incidir quando existirem bens comuns entre os cônjuges ou companheiros. No regime da comunhão total de bens a meação irá incidir sobre todo o acervo de bens do casal, face a característica universal do regime.

Quando da edição do Código Civil de 1916, o regime legal instituído era o da comunhão total de bens, vez que neste período o casamento era indissolúvel por outro motivo que não fosse a morte, em que ensejava a plena união de vida e do patrimônio (DIAS, 2017).

Neste contexto o regime de bens da comunhão total quando decorre da morte de um dos cônjuges, em regra geral, haverá meação sobre todos os bens do casal, preexistentes e adquiridos na constância do matrimônio, salvo testamento em disposição contrária até o limite de metade dos bens. Não haverá herança e nem concorrência de bens ao cônjuge sobrevivente pois este apenas será meeiro de metade total dos bens. No entanto, conforme preconiza o art. 1838 do Código Civil de 2002, na falta de ascendentes e descendentes, a sucessão legítima será integralmente contemplada ao cônjuge sobrevivente (AMORIM; OLIVEIRA, 2020).

Atualmente, sob a vigência do Código Civil de 2002, o regime legal de bens, ou seja, que caso haja abstenção dos nubentes, tanto no casamento quanto na união estável, é o da comunhão parcial de bens. Este regime, segundo Dias (2017), é dividido em 03 (três) blocos patrimoniais, sendo o primeiro e segundo bloco os bens particulares de cada um dos cônjuges ou companheiros adquiridos antes do casamento, e o terceiro bloco serão os aquestos, ou seja, os bens comuns adquiridos na constância do casamento, por ambos ou qualquer dos cônjuges.

Com a dissolução do casamento sob o regime de comunhão parcial haverá meação sobre os bens comuns do casal adquiridos onerosamente, na constância do casamento. Além disso, o cônjuge sobrevivente também será herdeiro caso existam bens particulares do falecido em concurso com os descendentes e ascendentes do falecido (AMORIM; OLIVEIRA, 2020).

Caso existam bens particulares a concorrência do cônjuge sobrevivente ocorrerá da seguinte forma: a) com descendentes: se o sobrevivente concorrer com até 03 (três) filhos em comum ou com descendentes híbridos a quota será igual entre eles; se a concorrência se der com mais de 03 (três) filhos em comum, sua quota será de $\frac{1}{4}$ (um quarto); b) com ascendentes de primeiro grau será igual entre eles a quota parte, e se forem ascendentes de segundo grau será de $\frac{1}{2}$ (metade) em favor do sobrevivente. E conforme preconiza o art. 1.838³ do Código Civil de 2002, na falta de ascendentes e descendentes, a sucessão legítima será integralmente contemplada ao cônjuge sobrevivente, sendo o cônjuge sobrevivente além de meeiro também o herdeiro universal (AMORIM; OLIVEIRA, 2020).

No regime da participação final nos aquestos os bens são divididos em particulares preexistentes ao casamento de ambos os nubentes, e após o casamento passam a existir os bens adquiridos particularmente por ambos, e os bens adquiridos em comum, sendo apenas estes últimos objetos de partilha, os quais incidirá a meação, no entanto, também haverá concorrência com descendentes e ascendentes apenas sobre os bens particulares nos mesmos moldes da concorrência já descrita no regime da comunhão parcial de bens (DIAS, 2017).

Sob o regime da separação convencional ou legal de bens, a qual se contempla hipóteses legais de incidência dispostas nos incisos do art. 1641⁴ do Código Civil, bem como a possibilidade da elaboração de pacto antenupcial por manifestação volitiva dos nubentes, o patrimônio será dividido de forma individual e particular entre os nubentes, sendo cada qual titular de seu próprio patrimônio, independente se preexistente ou adquirido na constância da união (DIAS, 2017).

Com a dissolução pela morte de um deles, em regra não haverá meação de bens, e nem será herdeiro do falecido, portanto, também não haverá a concorrência entre o sobrevivente ascendentes e descendentes. No entanto, tal entendimento não é pacífico na esfera judicial, eis que embasa a discussão do presente trabalho (AMORIM; OLIVEIRA, 2020).

Ao analisar os aspectos jurídicos sucessórios do cônjuge sob o artigo 1.603⁵ Código Civil de 1916 podemos perceber que o cônjuge apenas era incluso na sucessão legítima se não

³ Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

⁴ Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

⁵ Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - Aos descendentes.

II - Aos ascendentes.

III - Ao cônjuge sobrevivente.

IV - Aos colaterais.

houvesse descendentes e ascendentes, sem qualquer previsão de concorrência (BRASIL, 2003). Isto significa que em caso de falecimento eram chamados a suceder primeiro os descendentes, na falta destes os ascendentes, e apenas na falta destes últimos o cônjuge sobrevivente.

Até o ano de 1977, que foi a data de promulgação da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515) o regime legal de bens era o da comunhão universal de bens, que atribuía ao cônjuge sobrevivente o direito a meação sob o valor total de bens, no entanto, sem qualquer concorrência com herdeiros necessários a título de herança (CANTÃO, 2019).

De acordo com Venosa (2013), o Código Civil de 1916 conferia ao cônjuge o direito na meação, esse direito, bem como o direito real de habitação. Para ele a doutrina sempre defendeu a colocação do cônjuge como herdeiro necessário, que passou a ser conquistada, apesar de algumas condições, com o advento do Código Civil de 2002. No momento em que entrou em vigor o atual Código Civil, o cônjuge, e o companheiro, passaram a concorrer na herança como herdeiros de 1^a, 2^a ou 3^a classe.

Notória a conquista trazida aos cônjuges e companheiros pelo Código Civil de 2002 no aspecto sucessório, visto que passaram a ser herdeiros necessários em situação privilegiada, havendo igualdade entre eles e os descendentes no campo do direito sucessório, podendo até mesmo ter acesso a quinhão superior a $\frac{1}{4}$ dos bens a depender do regime de bens e com os ascendentes independentemente do regime de bens adotado (CANTÃO, 2019).

No entanto apesar da doutrina majoritária ter superado tal controvérsia no tocante ao cônjuge casado sob o regime da separação legal ou convencional de bens quanto a existência ou não da concorrência, o REsp 992.749/MS, ainda merece uma análise minuciosa, pois ainda possui grandes apoiadores principalmente pela sua ocorrência no âmbito internacional. *Ana, cuidado com essa afirmação. A própria Nancy Andrichi já voltou atrás em seu posicionamento e atualmente não há mais polêmica sobre o tema*

3- RESP 992.749/MS E SUAS DISCUSSÕES

Para Miranda (2019), o planejamento sucessório é um conjunto de ações e medidas legais, que visam garantir a sucessão de um patrimônio aos herdeiros, por meio de uma postura passiva ou ativa. Na postura passiva, a transferência de bens para os herdeiros ocorre de forma estabelecida em lei. Já na postura ativa, o dono do patrimônio deverá valer-se dos meios legais para determinar a forma como ele pretende que a transferência do seu patrimônio seja feita.

V - Aos Estados, ao Distrito Federal ou a União.

V - Aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

A transferência de patrimônio diante da postura ativa do dono do patrimônio anterior a sua morte poderá ocorrer mais comumente: a) pela disposição testamentária deste; b) pela doação ou cessão em vida de seus bens ou quotas hereditárias, com ou sem reserva de usufruto; c) pela constituição de sociedades, como é o caso das holdings familiares, para a administração e até partilha de bens; d) pela previdência privada e seguros de vida; e) pela formação de negócios jurídicos especiais, como acontece nos *trusts* e nas fundações. No entanto, merece também destaque a escolha do regime de bens adotado no casamento ou na união estável (DELLORE; TARTUCE, 2018).

Necessário esclarecer que com a vigência do Código Civil de 2002, o regime de bens legalmente adotado no Brasil é o da comunhão parcial de bens, no entanto, para a adoção de qualquer outro regime de bens, exceto no caso de separação obrigatória, é necessário a elaboração do pacto antenupcial.

Nele os nubentes, antes do casamento, durante o processo de habilitação ao casamento podem estipular livremente sobre seu regime de bens. Como requisito de validade do ato é estipulado que este ocorra por escritura pública, e para que possa produzir efeitos perante terceiros é necessário que o casamento se concretize e que seja este registrado no Cartório Civil do domicílio conjugal e no Cartório do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges (DIAS, 2017).

Conforme exposto acima sob a classificação do regime de bens, no que tange ao regime da separação total de bens, em que existem patrimônios particulares e incomunicáveis de ambos os cônjuges, com a dissolução pela morte a uma série de questões controvertidas a respeito do tema, que chegou à análise do STJ-Superior Tribunal de Justiça sob o REsp 992.749/MS (STJ, 2010).

A situação chegou ao STJ em Ação de Inventário sob o rito de arrolamento de bens em que os filhos e herdeiros do autor da herança, requerem para si bens deixados pelo falecido, não considerando a viúva deste sob a concorrência dos bens, vez que o matrimônio havia ocorrido sob o regime da separação total de bens. De outro lado, a viúva, requereu sua habilitação como herdeira necessária do falecido em concorrência com os herdeiros.

A sentença acolheu o pedido da viúva por entender que diante da inexistência de meação pela escolha do regime de bens de forma não obrigatória, esta possui o direito de herdeira, devendo concorrer com os herdeiros sob a herança. Em segunda instância foi mantido o entendimento em favor da concorrência da viúva.

Foi então interposto Recurso Especial sob alegação de ofensa de dispositivos legais quanto a participação ou não da sucessão do cônjuge sobrevivente sob o regime da separação

convencional de bens como herdeiro necessário, em concorrência com os descendentes do falecido. O recurso foi apreciado pela Ministra Relatora Nancy Andrichi.

Quanto à sucessão do cônjuge, a luz do art. 1.829⁶ do Código Civil, levantou três correntes doutrinárias. A primeira corrente deriva do Enunciado 270, da III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, entende que sob o regime da separação convencional de bens não haverá meação, mas haverá concorrência do cônjuge sobrevivente em concurso com os herdeiros apenas sobre os bens particulares deixados.

A segunda corrente, sendo esta majoritária, defende que se o falecido não tiver deixado bens particulares, o sobrevivente não recebe nada, a título de herança, inexistindo concurso com herdeiros. Contudo, se o autor da herança tiver deixado bens particulares, o cônjuge herda em concorrência com os herdeiros, não apenas os bens particulares, mas também os bens comuns, ou seja, todo o acervo hereditário.

Esta corrente tem os seguintes fundamentos: i) de que a herança é um todo indivisível; ii) se o cônjuge sobrevivente for ascendente dos demais herdeiros, terá a garantia de 1/4 da herança; iii) o cônjuge supérstite é herdeiro necessário, e não há sentido em lhe garantir a legítima se ele não herdará, no futuro, esse patrimônio; iv) em um regime de separação convencional, as partes podem firmar pacto antenupcial disciplinando a comunicação dos aquestos, e não obstante o cônjuge sobrevivente os herdará, como ocorre na comunhão parcial sob os bens particulares; v) meação e herança são institutos diversos, vez que a meação do falecido passa a integrar seu patrimônio, não havendo razão para destacá-la para fins de herança;

A terceira corrente, entende que a sucessão do cônjuge em separação convencional de bens não confere ao sobrevivente a meação, mas confere a concorrência sobre os bens particulares e comuns.

Em análise doutrinária, a Ministra Relatora enfatizou o entendimento de Miguel Reale de que o art. 1.829, I do Código Civil traz o termo separação obrigatória como um gênero que possui duas espécies, sendo a separação legal aquela conferida pela lei, e a separação convencional pelo pacto dos nubentes. Ainda assim, para o doutrinador, em ambas as espécies o cônjuge sobrevivente em hipótese alguma será herdeiro necessário do autor da herança.

⁶ 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.

Assim também se posicionou a Ministra ao entender que há distinção de espécies de separação de bens, mas que ambas não conferem ao cônjuge sobrevivente o direito de meação e de concorrência com os herdeiros necessários. Entendimento divergente deste, geraria “quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens”.

O entendimento de que o pacto antenupcial tem força normativa é de fundamento importância pela manifestação lícita e livre dos nubentes, capaz de conferir as partes autonomia. Além disso, necessário enfatizar que o falecido poderia ter contemplado a sobrevivente por testamento ou doação em vida, para que fosse ela protegida financeiramente após a morte, com total autonomia e conhecimento, que possuíam inclusive face a situação fática solene exigida pela própria natureza do pacto, e mesmo assim não o fez.

Ademais, frisou-se que a própria escolha do regime de bens pactuada, já prevê a exclusão da condição de herdeiro. Inclusive, a própria legislação pátria permite, ainda que mediante autorização judicial a alteração do regime de bens a qualquer tempo. Todavia, se após a morte de um dos cônjuges o respectivo pacto for violentado para conceder ao sobrevivente com quem ele nunca quis dividir nada, nem em vida, haverá a partir daí uma violação de vontade do falecido, pela alteração de regime de bens pós morte por interferência de terceiros ou mesmo pelo Estado. Deste modo entendeu a Ministra relatora como sendo a única interpretação viável ao art. 1829, I do Código Civil.

O referido recurso foi então provido em face dos herdeiros necessários, reformando o acórdão proferido, afastando a concorrência do cônjuge sobrevivente com os herdeiros necessários pelo pacto antenupcial.

O precedente firmado pelo STJ sob o REsp 992.749/MS não possui consenso jurisprudencial, pelo contrário é alvo de diversas discussões a serem explanadas.

De acordo com o STJ no REsp 1.472.945-RJ, o Ministro Relator Ricardo Villas Boas Cueva entendeu de maneira diversa enfatizando ser necessário garantir ao cônjuge sobrevivente o mínimo para uma existência digna, e, portanto, conferiu ao cônjuge sobrevivente sob o regime da separação convencional de bens a condição de herdeiro necessário, concorrendo com os demais herdeiros sobre os bens particulares, o que acredita que deve ser equiparado ao regime de bens da separação convencional de bens (STJ, 2014).

O referido recurso também defendeu que o pacto antenupcial celebrado sob tal regime de bens apenas aborda a incomunicabilidade de bens e seu modo de administração no curso do casamento sem qualquer efeito sucessório (STJ, 2014).

Já o REsp 1.382.170/RJ, decidiu que independentemente do regime de bens adotado pelos nubentes, o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário a luz do Código Civil, visando uma proteção mais ampla ao cônjuge sobrevivente. A concorrência apenas é afastada sob o regime da separação legal de bens em que será obrigatória. O referido julgado critica veementemente o recurso em análise, tratando-o como um caso excepcional por ignorar preceito legal e todo o tratamento doutrinário quanto as categorias de separação convencional de bens (STJ, 2015).

O Ministro Relator Honildo Amaral de Mello Castro, sob o entendimento minoritário, em concordância ao recurso em análise, defendeu, sob o REsp 974.241/DF, que há meação do cônjuge sobrevivente sobre os bens comuns apenas, excluindo a concorrência sobre os bens particulares por entender que estes são incomunicáveis, e destinados exclusivamente aos seus descendentes (STJ, 2011).

O REsp 1.117.563/SP, também aos cuidados da Ministra Relatora Nancy Andrichi, novamente aplicou a incongruência apontada pela jurisprudência e doutrina pátria de seu julgado, alvo da presente discussão, afastando a concorrência do sobrevivente casado sob o regime da comunhão parcial de bens sobre os bens particulares, seguindo o mesmo entendimento anterior (AMORIM; OLIVEIRA, 2020).

A fim de tentar sanar tais discussões e controvérsias opostas ao REsp 992.749/MS sob a interpretação conferida ao artigo 1.829, I do Código Civil o Ministro Relator Raul Araújo Júnior, sob o REsp 1.368.123/SP definiu que haverá concorrência em concurso com os herdeiros necessários o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da comunhão parcial de bens apenas sobre os bens particulares deixados pelo falecido, e sobre os bens comuns haverá a meação, seguindo a doutrina majoritária (STJ, 2015).

Para Amorim e Oliveira (2020), a ministra relatora julgou o presente caso levando em conta questões peculiares do caso, quais sejam o pouco tempo de convivência que havia a relação (10 meses), o fato de que o autor da herança já havia formado seu patrimônio durante este segundo casamento, e que por padecer de doença a opção pelo regime da separação convencional de bens já vislumbrava a ausência de concorrência.

Para Orselli (2011), o direito à sucessão legítima não deve depender do regime de bens, pois são institutos distintos e independentes. O regime de bens pertence ao direito de família, enquanto a sucessão legítima decorre do direito das sucessões, que obedece a ordem de vocação hereditária baseada nas relações de afeto que presumem existir entre as pessoas, e não exclusivamente na condição econômica.

Como já dito anteriormente o referido REsp traz uma corrente contraditória de opositores, mas também de seguidores, como Cristiane Caires Geroti (2011) entende que sequer há de se falar em distinção de gênero e espécies sobre os regimes de separação, vez que ambos decorrem do gênero obrigatória, errôneo seria falar que pode ser legal e convencional, vez que se puder ser deliberado será inconsistente utilizar o termo obrigatório, sendo para ela um erro material do dispositivo legal.

No entanto, a autora defende que não há na lei palavras ou expressões inúteis, portanto entende que o referido inciso I do art. 1.829 do Código Civil associado ao art. 1.687 do mesmo dispositivo legal deve sustentar a vontade do casal. Para ela o referido julgado foi devidamente adequado, pois seria um contrassenso à evolução da sociedade, vincular às relações matrimoniais um caráter eminentemente patrimonial, sem opção de exclusivo afeto recíproco.

Apesar de toda a discussão doutrinária e jurisprudencial existente a jurisprudência pátria tende pela desaprovação da decisão proferida, sendo literalmente contra *legem*, apesar de alguns (poucos) apoiadores.

4- PACTO ANTENUPCIAL COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Conforme sugere o doutrinador Leonardo Amaral Pinheiro da Silva em sua obra defende que possa ser acrescido no próprio pacto antenupcial em caso de separação obrigatória de bens, seja convencional ou legal, cláusula expressa, exteriorizando que em caso de eventual falecimento se haverá ou não concorrência entre o sobrevivente e os descendentes sobre os bens particulares deixados. No entanto, o próprio doutrinador enfatiza que o referido pacto poderá ter sua eficácia questionada judicialmente por contrariar dispositivo legal, de acordo com a corrente majoritária (SILVA, 2018).

Neste âmbito necessário esclarecer que a entidade familiar e seus membros possuem autonomia patrimonial, que para Fonseca (2018), é capaz de superar apenas o âmbito do direito das famílias, alcançando também o direito sucessório, o que ocorrem nos casos de planejamento sucessório do autor da herança.

O planejamento sucessório confere ao autor da herança liberdade na disposição de seus bens, através de atos que objetivam a transferência ou manutenção organizada e estável de seu patrimônio em favor de seus sucessores (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018). No entanto, o planejamento sucessório tem como maior barreira o que se entende por “*pacta corvina*”, que é vedado no ordenamento jurídico pátrio, pois dispõe o artigo 426 do Código Civil que “*Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva*” (BRASIL, 2002).

Para Delgado e Marinho Júnior (2019), se as partes convencionarem em pacto antenupcial que nenhum deles concorrerá com descendentes e ascendentes do outro, afastando a regra da concorrência prevista no art. 1.829, incisos I e II do Código Civil, quando aberta a sucessão pelo falecimento de um deles o patrimônio seria exclusivamente revertido aos descendentes e ascendentes.

No entanto, em face do *pacta corvina*, considera-se a proibição de que o pacto antenupcial sirva a esta finalidade. Para Madaleno (2019), esta proibição inutiliza o pacto antenupcial como instrumento importante na otimização do planejamento sucessório. Isto porque, entende o doutrinador que nas considerações sobre renúncia à herança e renúncia à direito concorrencial não incidem prejuízos aos bens jurídicos tutelados pela proibição do *pacta corvina*, de proteção aos bons costumes sucessórios e a eventuais atos lesivos aos autores da herança.

Ademais, existem exceções à regra do *pacta corvina* no próprio ordenamento jurídico, como por exemplo a partilha em vida por doações em favor de todos ou de alguns herdeiros legitimados, e as estipulações de quotas sociais em caso de sociedade empresárias que ocorre pelo contrato social da sociedade (MAMEDE; MAMEDE, 2015). Para Silva (2019), tais exceções às vedações aos pactos sucessórios estão desaparecendo.

No entanto, para Madaleno (2019), o planejamento sucessório vem conquistando espaço nas relações familiares através do pacto antenupcial que tem se mostrado um importante instrumento, que embora inutilizado no âmbito sucessório devido a proibição no ordenamento jurídico brasileiro do *pacta corvina*, poderia servir as relações familiares, prestigiando a autonomia da vontade privada, como já acontece em Portugal, no artigo 1.700 do Código Português⁷ (MADALENO, 2019).

De mesmo modo, Fante e Lucachinski (2019), em seus estudos constataram que no âmbito internacional a autonomia da vontade tem relativizado cada vez mais a proibição dos pactos de caráter sucessórios, que faz com que no Brasil haja uma tendência a revisão da vedação imposta, e sugere para tal uma atualização legislativa que prestigie a autonomia da vontade, ou seja, a utilização do pacto antenupcial como um dos mecanismos de planejamento sucessório.

⁷ Artigo 1.700. 1. A convenção antenupcial pode conter:a) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de qualquer dos esposados, feita pelo outro esposado ou por terceiro nos termos prescritos nos lugares respectivos;b) A instituição de herdeiro ou nomeação de legatário em favor de terceiro, feita por qualquer dos esposados.c) Renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge.2. São também admitidas na convenção antenupcial cláusula de reversão ou fideicomissárias relativas às liberalidades aí efetuadas, sem prejuízos das limitações a que genericamente estão sujeitas essas cláusulas.3-A estipulação referida na alínea c) do nº 1 apenas é admitida caso o regime de bens, convencional ou imperativo, seja o da separação (PORTUGAL, 1966).

5- CONCLUSÃO

Diante todo o exposto é possível perceber que tal controvérsia quanto a existência ou não da concorrência do cônjuge sobrevivente com descendentes e ascendentes, sob a égide do regime da separação convencional ou obrigatória de bens é em grande maioria da doutrina desaprovado, face a interpretação que é dada ao regime da comunhão parcial de bens de forma analógica.

De acordo com a doutrina majoritária, se na comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente é herdeiro de metade dos bens comuns deixados, ele também é herdeiro sobre os bens particulares deixados, em concorrência com os descendentes e ascendentes, e na falta destes é herdeiro integral, por analogia, entendem que sobre os bens particulares na separação convencional de bens, também será o cônjuge sobrevivente herdeiro, e irá concorrer com os descendentes e ascendentes.

Em outro aspecto da doutrina majoritária que discorda do julgado, permeia o entendimento de que o pacto antenupcial permeia apenas o direito de família, e confere o regime de bens durante e vigência do matrimônio e apenas se da dissolução se der com o divórcio e não com a morte, e que se o pacto antenupcial se estender ao direito sucessório, está havendo uma afronta ao princípio do *pacta corvina*, pois está sendo celebrado contrato de herança de pessoa viva, expressamente vedado pelo Código Civil.

Portanto, apesar de entendimento majoritário da doutrina, com o julgamento do REsp 992.749/MS foi o possível a relativização de tais princípios que dão margem ao preceito constitucional de autonomia dos pactuantes quanto a disposição de bens. Além disso, o *pacta corvina* já apresenta exceções que deveriam seguir o mesmo caminho.

Uma vez que o ramo do direito sucessório apresenta cada vez mais um tabu para sociedade acredita-se que a utilização do pacto antenupcial como mecanismo de instrumento sucessória facilitaria tal disposição de vontade para afastar a concorrência do regime de bens na separação convencional, sendo um aliado, tanto no direito das famílias quanto no direito sucessório.

Tal estudo visou ampliar a possibilidade de interpretação conferida ao julgado, bem como estimular o meio acadêmico jurídico aos possíveis avanços neste âmbito, que é possível acreditar que em momento futuro seguirá outros ordenamentos jurídicos internacionais que priorizam cada vez mais a autonomia da vontade no âmbito da entidade familiar.

6- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. Inventário e partilha: teoria e prática. 26. Ed. São Paulo: **Saraiva Educação**. p. 94 – 111.

BRASIL. Código Civil: Código Civil quadro comparativo 1916/2002. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003. Disponível em: **capa1.cdr** (senado.leg.br). Acesso em: 15 mar. 2021. p. 511.

BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: **L10406** (planalto.gov.br). Acesso em: 15 mar. 2021.

CANTÃO, Cíntia Ramalho. A concorrência do cônjuge com os herdeiros na herança deixada pelo “de cuius”, quando casados no regime da parcial comunhão de bens. Disponível em: a concorrência do cônjuge com os herdeiros na herança deixada pelo “de cuius”, quando casados no regime da parcial comunhão de bens jurídico certo (juridicocerto.com). Acesso Em: 15 Mar. 2021.

DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JUNIOR, Jânio Urbano. Posso renunciar à herança em pacto antenupcial? Belo Horizonte: Revista **IBDFAM: FAMÍLIAS E SUCESSÕES**. v. 31, n. 8, p. 09-21, 2019. Bimestral.

DELLORE, Luiz; TARTUCE, Fernanda. 13. Ed. São Paulo: **Método**, 2017.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2017.

FANTE, Cilmara de Lima Correa; LUCACHINSKI, Jéssica. O pacto antenupcial como instrumento de planejamento sucessório face a vedação do pacta corvina. Academia De Direito, vol.1, n.1, p. 323-341. Dez. 2019 Disponível em: Fante e Lucachinski 2019.pdf. Acesso em 15 de mar. de 2021.

FONSECA, Priscila Corrêa da. Manual do planejamento patrimonial das relações afetivas e sucessórias. São Paulo: **Thomson Reuters Brasil**, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 7 v.

GEROTI, Cristiane Caires. O cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário e a limitação da autonomia da vontade. Disponível em: **IBDFAM: O cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário e a limitação da autonomia da vontade privada**. Acesso em 07 de mar. de 2021.

MADALENO, Rolf. Renúncia de herança no pacto antenupcial. Revista **IBDFAM: FAMÍLIAS E SUCESSÕES**. v. 27, n. 8, p.09-58, maio 2018. Bimestral.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. Planejamento sucessório: introdução à arquitetura estratégica: patrimonial e empresarial, com vista à sucessão causa mortis. São Paulo: **Atlas**, 2015.

MIRANDA, Mariana Araújo. Planejamento Patrimonial Sucessório. Disponível em: Planejamento Patrimonial Sucessório - Âmbito Jurídico (ambitojuridico.com.br). Acesso em 15 de março de 2021.

ORSELLI. Helena de Azeredo. A concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido. Disponível em: Microsoft Word - 5 - A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE PAG 74 - 89.doc (furb.br). Acesso em 07 de mar. de 2021.

PORTUGAL. Decreto Lei nº 47344, de novembro de 1966. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação -Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Código Civil. Lisboa, 01 jun. 1997. Disponível em: **DL n.º 47344/66, de 25 de Novembro (pgdlisboa.pt)**. Acesso em: 15 março 2021.

SILVA, Leonardo Amaral Pinheiro da. **Pacto dos noivos:** o que você gostaria de saber sobre regime de bens, mas tem receio de perguntar. 2.ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2018.

SILVA, Rafael Cândido da. Pactos sucessórios e contratos de herança: Estudo sobre a autonomia privada e a sucessão causa mortis. Salvador: **Juspodivum**, 2019.

STJ - REsp: 992749 MS 2007/0229597-9. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data de Julgamento: 01/12/2009. T3 - TERCEIRA TURMA. Data de Publicação: DJe 05/02/2010. RSTJ vol. 217 p. 820. Disponível em: RESP_992749_MS_1270896957930.pdf (jurisprudencia.s3.amazonaws.com). Acesso em: 15 de mar. de 2021.

STJ - REsp: 1472945 RJ 2013/0335003-3. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Data de Julgamento: 23/10/2014. T3 - TERCEIRA TURMA. Data de Publicação: DJe 19/11/2014. Disponível em: **Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 0036899-75.2012.8.19.0000 RJ 2013/0335003-3** (jusbrasil.com.br). Acesso em: 15 de mar. de 2021.

STJ - REsp: 1382170 SP 2013/0131197-7. Relator: Ministro MOURA RIBEIRO. Data de Julgamento: 22/04/2015. S2 - SEGUNDA SEÇÃO. Data de Publicação: DJe 26/05/2015. Disponível em: **Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 0007645-96.2011.8.26.0000 SP 2013/0131197-7** (jusbrasil.com.br). Acesso em: 15 de mar. de 2021.

STJ - REsp 974.241/DF. Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO – Desembargador convocado do TJAP – Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. QUARTA TURMA. Julgamento: 07/06/2011. DJe 5/10/2011. Disponível em: STJ 11/03/2015 - Pg. 4086 | Superior Tribunal de Justiça | Diários Jusbrasil. Acesso em: 15 de março de 2021.

STJ - REsp: 1368123 SP 2012/0103103-3. Relator: Ministro SIDNEI BENETI. Data de Julgamento: 22/04/2015. S2 - SEGUNDA SEÇÃO. Data de Publicação: DJe 08/06/2015. Disponível em: **Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1368123 SP 2012/0103103-3** (jusbrasil.com.br) Acesso em: 15 de mar. de 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito das Sucessões. 13. ed. São Paulo: **Atlas**, 2013. p. 132.