

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

Karla de Augusto Oliveira Sarquis

**A INTERVENÇÃO ESTATAL NA ESFERA DO DIREITO DAS SUCESSÕES EM
CONTRAPOSIÇÃO À AUTONOMIA PRIVADA NA CONCORRÊNCIA DO
CÔNJUGE SOBREVIVENTE COM DESCENDENTES NO REGIME DA
SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS**

São Paulo

2020

Karla de Augusto Oliveira Sarquis

**A INTERVENÇÃO ESTATAL NA ESFERA DO DIREITO DAS SUCESSÕES EM
CONTRAPOSIÇÃO À AUTONOMIA PRIVADA NA CONCORRÊNCIA DO
CÔNJUGE SOBREVIVENTE COM DESCENDENTES NO REGIME DA
SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADOR: Prof. Dr. João Ricardo Brandão Aguirre

São Paulo

2020

Karla de Augusto Oliveira Sarquis

**A INTERVENÇÃO ESTATAL NA ESFERA DO DIREITO DAS SUCESSÕES EM
CONTRAPOSIÇÃO À AUTONOMIA PRIVADA NA CONCORRÊNCIA DO
CÔNJUGE SOBREVIVENTE COM DESCENDENTES NO REGIME DA
SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

Para a minha amada avó, Kina de Oliveira, que me deixou em 2014, a quem devo toda a paixão pela vida acadêmica. Coursou sua primeira graduação aos 50 e terminou a terceira, quando se formou em Psicologia, aos 63 anos. Sua energia, obstinação, curiosidade e seu exemplo de vida foram cruciais para eu criar coragem de perseguir meu sonho. Obrigada por plantar esta semente no meu coração.

AGRADECIMENTOS

Completar essa jornada só foi possível graças à cumplicidade do meu amado parceiro nesta vida, Pedro, que já embarcou comigo em tantas aventuras. Você é meu esteio, meu porto seguro, minha razão e desde sempre me fez acreditar que nada é impossível. Obrigada por tanto amor.

Aos meus queridos filhos: Bárbara, Thomaz e Max, pela infinita paciência de ter aturado diariamente as lições de Direito e conviver com os arroubos histéricos de uma mãe-estudante. Pedro e Antonio foram poupados por não mais habitarem conosco. Só desfrutaram da melhor parte. Que sorte!

A todos os meus colegas da sala B do Mackenzie, que me acolheram sem preconceito, com carinho e tornaram meus dias infinitamente mais felizes nestes últimos cinco anos, em especial Milton, um guerreiro, além dos queridos André, Arthur, Bia Orsi, Daniela, Gabriela, Giovana Perales, Gizela, Josué, Julia, Luiz Gustavo, Pedro Nogueira, Pedro Sperandio, Stéphanie e Thiago. Reaprender a viver sem a alegria diária da companhia de vocês será um desafio e tanto.

Aqueles que me inspiraram no amor ao Direito: Carolina Mellone Etlin, Horácio Bernardes e tio Marcos Assumpção.

A todos os meus queridos professores mackenzistas, cujos corações são feitos de tijolinhos como o meu, representados pela Ana Torezan, que faz nossos olhos brilharem.

Ao querido S. Miro, pela força e alegria incondicional. Uma luz no Mackenzie.

Ao meu orientador João Aguirre, um profissional multitalentoso, um ser humano generoso e um grande amigo que a vida me deu de presente, para sempre.

*“Educação é a arma mais poderosa que você pode usar
para mudar o mundo”*

Nelson Mandela

RESUMO

A proposta é fazer uma retrospectiva da hermenêutica do tema sucessões desde os primórdios, passando pelo Código Civil de 1916 até o Código Civil de 2002 e suas divergências, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Vamos abordar casos concretos e demonstrar como a opção do legislador pela proteção do cônjuge supérstite casado em regime de separação convencional de bens, ratificada pela doutrina majoritária e pela jurisprudência, sem levar em conta a evolução dos costumes e a conquista de direitos que igualam homens e mulheres, acabou por afetar negativamente as relações matrimoniais e familiares, tanto no âmbito afetivo quanto patrimonial e desencadeou uma série de conflitos, produzindo situações de extrema injustiça, incompatíveis com operadores do Direito.

PALAVRAS CHAVES: regime de bens; supérstite; herdeiro; concorrente, sucessões; separação convencional

ABSTRACT

This proposal is to make a retrospective of the hermeneutics of the theme successions from the beginning, passing through Civil Code of 1916 until the Civil Code of 2002 and their divergences, both in doctrine and in jurisprudence. We will address specific cases and demonstrate how the paternalistic option of the legislator for protection against marriage under the regime of conventional use, ratified by majority doctrine and jurisprudence, without taking into account the evolution of customs and the conquest of rights that equated men and women, ended up negatively affecting marital and family relationships, both in the affective and patrimonial spheres and triggered a series of conflicts, producing situations of extreme injustice, incompatible with legal operators.

KEYWORD: matrimonial property scheme; surviving spouse; heir; inheritance law; conventional separation of assets

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 AUTONOMIA PRIVADA NA DISPOSIÇÃO DA LEGÍTIMA	13
1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS	13
1.2 A OPÇÃO DO LEGISLADOR PELA INCLUSÃO DO CÔNJUGE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO E POSTERIORMENTE, O COMPANHEIRO.....	16
1.3 A OMISSÃO LEGISLATIVA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 QUANTO AOS REGIMES DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS E DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS POR MEIO DE PACTO ANTENUPCIAL.....	23
1.4 O TABU BRASILEIRO QUE ENVOLVE AS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS E ASPECTOS SOCIOLÓGICOS E CULTURAIS QUE ELUCIDAM O BAIXO ÍNDICE DE TESTAMENTOS NO BRASIL.....	29
2 A INTERVENÇÃO ESTATAL E A VIOLAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA	35
2.1 O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA: A RELATIVIZAÇÃO DA CAPACIDADE DE INDIVÍDUOS MAIORES DE 70 ANOS.....	35
2.2 A PROTEÇÃO DA VULNERABILIDADE EM CONTRAPOSIÇÃO À AUTONOMIA PRIVADA.....	39
2.3 SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS: A SEPARAÇÃO PATRIMONIAL QUE VALE EM VIDA DEVERIA VALER TAMBÉM NA MORTE.....	41
3 SOLIDARIEDADE FAMILIAR: CONFLITOS NA CONCORRÊNCIA ENTRE CÔNJUGE SUPÉRSTITE E DESCENDENTES COMUNS E UNILATERAIS (HÍBRIDOS).....	50
3.1 A ESCOLHA DO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS PARA RESGUARDAR A HERANÇA DE SUA PROLE NOS BENS PARTICULARES.	50

3.2 AS FAMÍLIAS “ENSAMBLADAS”, SUAS NOVAS CONFIGURAÇÕES E OS REFLEXOS PATRIMONIAIS, COM A INCERTEZA DA DESTINAÇÃO DOS BENS APÓS A MORTE	55
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

O Código Civil atingiu em 2020 sua maioria e, inegavelmente, trouxe contribuições valiosas que repercutiram em uma série de avanços e conquistas para a nossa sociedade. Contudo, em matéria de Direito Sucessório, não consolidou a maturidade necessária para solucionar os infinitos dilemas e conflitos, fruto da evolução do comportamento, dos costumes, das transformações econômicas e sociais e dos novos arranjos familiares que impõem desafios constantes ao Direito.

Concebido sob a égide de um viés paternalista, ainda com resquícios morais do século passado, que enxerga o cônjuge supérstite dotado de uma certa vulnerabilidade, fica evidente que o legislador atuou no sentido de proteger o consorte, que ocupava uma posição muito desprestigiada no Código Civil de 1916.

Por meio de pesquisa doutrinária, jurisprudencial e consulta à legislação, o estudo em questão teve como foco as controvérsias doutrinárias envolvendo o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil que, pela má técnica legiferante, suscita interpretação diversa no que tange à posição do cônjuge supérstite como herdeiro nos regimes de separação convencional de bens. Em que pese o texto normativo, cuja regra é a concorrência, com hipóteses de exclusão no regime de comunhão total de bens, comunhão parcial sem bens particulares e na separação obrigatória de bens, no que se refere à separação convencional em especial a lei foi omissa, devendo haver interpretação conjunta com o artigo 1.687 do mesmo diploma legal para atender ao princípio da unidade sistemática, sob pena de afronta ao princípio da autonomia privada.

Após 2015, o STJ protagonizou uma reviravolta no entendimento pacificado desde 2009 e passou a admitir o direito à sucessão do cônjuge casado sob o regime de separação convencional de bens, em concorrência com os descendentes. Embora pacificado em âmbito jurisprudencial, o tema ainda provoca debates doutrinários acalorados e controvérsias, despertando insegurança jurídica e violação ao princípio da autonomia privada.

1 AUTONOMIA PRIVADA NA DISPOSIÇÃO DA LEGÍTIMA

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

O direito de família brasileiro, com destaque para o direito sucessório, desde os primórdios, foi impregnado pelo seu caráter patriarcal dotado de um viés paternalista, principalmente em relação ao cônjuge sobrevivente, justamente para evitar-lhe a penúria após os longos anos de matrimônio, visto que este era indissolúvel *ex lege* até o advento da Lei 6.515/77, conhecida como a Lei do Divórcio, e regulamentada em 26 de dezembro de 1977.

Conforme ensina Maria Helena Diniz, no sistema regido pelas Ordenações Filipinas, portanto anterior ao Código Civil de 1916, o cônjuge sobrevivente ocupava a quarta posição na linha sucessória, somente herdando os bens deixados pelo falecido “se deste não houvesse descendentes, ascendentes ou colaterais até o décimo grau e, ao tempo do seu falecimento, vivessem juntos sob o mesmo teto”.¹

Ou seja, era praticamente nula a chance de o cônjuge sobrevivente herdar algum patrimônio. A correção veio em 1907, com a chamada Lei Feliciano Pena (Lei 1.830/1907), que alçou o cônjuge sobrevivente ao terceiro lugar na ordem de vocação hereditária.²

Mais de 100 anos separam o Código Civil de 1916 do nosso tempo. Ele foi moldado com base nas Ordenações Filipinas, elaborado em uma realidade social que não se encaixa mais em nosso contexto. Era uma sociedade absolutamente patriarcal, em que a condição subalterna da mulher lhe colocava em uma posição de coadjuvante na relação familiar.

O objetivo do direito sucessório era a preservação do patrimônio dentro do tronco familiar, com a predominância de vínculos de consanguinidade em detrimento do cônjuge sobrevivente, que passa a ocupar o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, depois dos descendentes e ascendentes e desde que não estivessem separados de fato.

1 **DINIZ, Maria Helena.** *Sucessão do cônjuge, do companheiro e outras histórias*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63

2 **VENOSA, Silvio de Salvo.** *Direito Civil - Família e Sucessões*. Vol. 5, 19ª edição, Editora Atlas, São Paulo, p. 709

Para se ter uma ideia do desprestígio do cônjuge no início do século XX, Clóvis Bevilacqua afirmava que marido e mulher não eram parentes, praticamente desdenhando do *affectio maritalis*, o animus dos cônjuges em se tratarem como marido e mulher.³

O homem era o chefe supremo da família, fazendo supor que a mulher dependia do marido tanto econômica quanto emocionalmente, quase numa extensão da relação de paternidade através do casamento. A mulher raramente era responsável pelo sustento da casa e tinha pouca ou nenhuma influência na contribuição para a conformação do patrimônio familiar.

Fato é que o regime vigente no silêncio dos nubentes era a comunhão universal de bens, disposto no art. 258 do Código Civil de 1916, e que, na hipótese de um dos cônjuges vir a falecer, reservava ao cônjuge supérstite apenas a meação, ficando excluído da herança já que não era herdeiro necessário, e poderia também ser afastado via testamento. O legislador optou por um regime de autonomia parcial, em que metade da herança estava reservada aos herdeiros necessários e outra metade o testador poderia dispô-la da maneira que melhor lhe conviesse, inclusive afastando o cônjuge.⁴

Quanto aos efeitos sucessórios dos coniventes, o Código Civil de 1916 era totalmente silente, ignorando sua existência no plano fático. Como lembra Caio Mário da Silva Pereira, foi a Constituição de 1988 em seu artigo 226, §3º e as Leis 8.971/94 e 9.278/96 que determinaram um notável progresso na proteção dos companheiros:

(...) assegurando a primeira dessas leis o direito à sucessão pelo usufruto da quarta parte dos bens do de cujus, havendo filhos deste ou comuns, e da metade, se não os tivesse, e de receber a herança antes dos colaterais, na falta de descendentes ou ascendentes do falecido, garantindo a segunda delas o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família ao sobrevivente, respeitando a igualdade entre os cônjuges e os companheiros.⁵

3 BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da Família*. 8ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1961. p. 35

4 MADALENO, Rolf. *Sucessão Legítima*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 254.

5 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. In: DINIZ, Maria Helena. *Sucessão do cônjuge, do companheiro e outras histórias*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 75

Graças a estes três diplomas normativos, fora garantida certa dose de amparo quando da morte do companheiro, na tentativa de amenizar os impactos negativos sofridos no campo sucessório desta modalidade e nas relações de concubinato, fazendo uma espécie de *mea culpa* na tentativa de não mais cometer as inúmeras injustiças perpetradas na vigência do Código Civil de 1916.

Se fizermos um resgate histórico, verificamos que a sucessão para o direito romano tinha um caráter menos patrimonialista e mais religioso. Como ensina Fustel de Coulanges em seu livro “A Cidade Antiga”, a religião determinava que os bens e o culto de cada família eram inseparáveis, e que o cuidado dos sacrifícios era sempre confiado àquele a quem cabe a herança.⁶

A grande preocupação quando da morte do chefe da família era a transmissão do poder e da perpetuação do culto religioso que identificava o núcleo familiar, geralmente endereçado ao filho varão primogênito, que praticamente substituíra o morto em todas as relações jurídicas⁷. Era mais indigno para um romano morrer sem deixar herdeiro, do que sem deixar testamento, *ab intestato*. Por essa razão, havia a predominância da sucessão testamentária no direito romano.

A tradição da escolha do sucessor do sexo masculino remonta desde o Código de Manu em seu artigo 523, quando já se estabelecia a transmissão da herança para o primogênito baseada na crença de que o primeiro filho homem nascido dava ao homem a condição de pai, e assim sanava sua dívida espiritual com os antepassados.⁸

Como ensina Silvio Venosa, a ideia da sucessão está fincada na continuação da pessoa que faleceu.

O homem, pouco importando a época ou sua crença, sempre acreditou, ou ao menos esperou, poder transcender o acanhado lapso de vida. Já vimos que a personalidade surge com o nascimento e extingue-se com a morte. No direito sucessório, porém, não

6 COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf>

7 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil - Família e Sucessões*. Vol. 5, 20ª ed São Paulo: Atlas, 2020. p. 545

8 CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e do Brasil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. p.57-58

se pode aplicar o brocardo *mors monia solvit*, uma vez que as relações jurídicas permanecem após a morte do titular.⁹

Isto sem contar que o próprio Estado também tem interesse na perpetuação de um patrimônio através da transferência de titularidade, para que não lhe caiba um ônus de administrar um patrimônio vago. O direito à herança também estimula a capacidade produtiva dos indivíduos e a própria economia.¹⁰

Nesse sentido, é válido enfatizar o entendimento do Prof. Arnaldo Wald:

[...] A sucessão mortis causa teve, em certa época histórica, um sentido extrapatrimonial, importando, para a família romana, uma continuação da religião doméstica, em que o pater famílias instituía, na pessoa do herdeiro, o novo titular da soberania familiar. Hoje, o caráter da sucessão é eminente e exclusivamente econômico, caracterizando-se pela assunção dos direitos e deveres do *de cuius* pelos herdeiros e pelo recebimento dos legados pelos legatários.¹¹

O fenômeno jurídico da sucessão é mais do que uma simples transmissão de herança ou do legado. Abrange a substituição de sujeitos e, eventualmente, objetos, a partir da morte de seu titular, e envolve, necessariamente, relações jurídicas patrimoniais, para que o sucessor assumira a titularidade destas relações. Esse conjunto de direitos e obrigações, a herança, encontra guarida em nossa Constituição Federal, no capítulo das garantias fundamentais, art. 5º, XXX, tratando-se, portanto, de cláusula pétrea.¹²

1.2 A OPÇÃO DO LEGISLADOR PELA INCLUSÃO DO CÔNJUGE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO E POSTERIORMENTE, O COMPANHEIRO

Diante da omissão do legislador no Código Civil de 1916 em incluir o cônjuge como herdeiro necessário, por crer que a meação já era suficiente para garantir seu sustento, adveio o

9 VENOSA, **Sílvio de Salvo**. *Direito Civil - Família e Sucessões*. Vol. 5, 20ª edição, São Paulo: Atlas, 2020. p. 546

10 Ibidem. p. 546

11 WALD, **Arnaldo**. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 6º vol. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.15

12 FARIAS, **Cristiano Chaves de**; ROSENVALD, **Nelson**. *Curso de direito civil: sucessões*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 32-34

Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), quase 50 anos depois, que introduziu a figura jurídica do usufruto vidual, reservando $\frac{1}{4}$ dos bens do falecido, dependendo do regime de bens adotado no casamento, tanto ao viúvo quanto à viúva, conforme o art. 1611, §1º:

§ 1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho dêste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do "de cujus.

Era claro o intuito do legislador de proteger o cônjuge sobrevivente, geralmente a mulher, que tinham melhores hábitos alimentares, não fumavam e conseqüentemente eram mais longevas. Sendo assim, corriam o risco de se ver desprovidas de patrimônio e meios de sustento em idade avançada. O usufruto vidual se aplicava a todos os regimes de bens, com exceção à comunhão universal.

Neste sentido, houve algumas divergências doutrinárias e jurisprudenciais à época sobre os pressupostos para a sua concessão, como a plena condição de meios de subsistência do cônjuge sobrevivente, todavia, era cristalino que o critério se dava única e exclusivamente por conta do regime de bens e nada mais.

O Estatuto da Mulher Casada também reservou ao cônjuge sobrevivente o direito ao usufruto e o direito real de habitação, justamente para evitar que fosse despejado de seu próprio lar pelos filhos e herdeiros, desde que aquele fosse o único bem de natureza residencial a ser inventariado¹³, vide parágrafo segundo do mesmo dispositivo acima mencionado:

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

O usufruto vidual, se por um lado amparou o cônjuge sobrevivente, por outro se transformou em fonte de inúmeros conflitos. Era clara, portanto, a opção do legislador em

13 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil - Família e Sucessões*. Vol. 5. 20ª edição. São Paulo: Atlas, 2020. p. 688

extinguir o instituto, sem, contudo, deixar desamparado o consorte que permaneceu vivo, concedendo-lhe alguma vantagem patrimonial¹⁴.

Como ensina Pontes de Miranda, no direito luso-brasileiro sempre houve liberdade de estabelecer pactos antenupciais, justamente por conta da diversidade cultural. A norma que exclui o cônjuge sobrevivente casado no regime de separação convencional de bens da categoria de herdeiro remonta ao período do reinado no Brasil. “Naquela época os casamentos eram feitos por Carta de Ametade, salvo quando entre as partes outra coisa for acordada”.¹⁵.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald destacam as palavras de Miguel Reale, coordenador da comissão elaboradora do projeto que se transmudou no Código Civil:

Tornou-se evidente que o cônjuge, sobretudo quando desprovido de recursos, corria o risco de nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido cabendo a herança por inteiro aos descendentes ou aos ascendentes. Daí a ideia de tornar o cônjuge herdeiro no concernente aos bens particulares do autor da herança.¹⁶

Na concepção de Paulo Lôbo, a promoção do cônjuge sobrevivente à categoria de herdeiro necessário foi uma das mais significativas mudanças do direito sucessório, “superando, a partir do século XX, a vetusta ideia de que o patrimônio deveria circular entre os parentes consanguíneos em detrimento do cônjuge sobrevivente, que era considerado um estranho na família sanguínea do falecido”, como colaciona Rolf Madaleno.¹⁷

Como se depreende da lição de Arnaldo Wald, “a tendência do direito contemporâneo tem sido no sentido de melhorar a posição do cônjuge na ordem de vocação hereditária. É a razão pela qual ele passa a ter o status de herdeiro necessário no novo Código Civil (art. 1.845) e pode concorrer com descendentes ou ascendentes do falecido (CC, art. 1.829)”¹⁸

14 **FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson.** *Curso de direito civil: sucessões.* 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p.311

15 **MIRANDA, Pontes de.** *Tratado de direito privado. Parte Especial.* Tomo VIII. 1.ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 148

16 **REALE, Miguel.** *História do Novo Código Civil.* In: **FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson.** *Curso de direito civil: sucessões.* 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 229

17 **LÔBO, Paulo.** *Direito civil: sucessões.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 6, p. 131. In: **MADALENO, Rolf.** *Sucessão Legítima.* Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 278

18 **WALD, Arnaldo.** *Direito civil: direito das sucessões.* Volume 6 – 14. ed. reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 92

Somente adotou-se a ideia da inclusão do cônjuge como herdeiro necessário no Código Civil de 2002 depois de um acalorado debate, que durou quase 30 anos e que antecedeu a publicação do mesmo no projeto de lei elaborado por Orlando Gomes, que acreditava ser injusta a liberalidade conferida pelo legislador ao testador, no caso deste não ter herdeiros necessários (descendentes e ascendentes), poder dispor livremente da herança sem a obrigatoriedade de contemplar o cônjuge.¹⁹

Porém, o simples ato de alçar o cônjuge à categoria de herdeiro necessário não foi suficiente para conter as críticas em relação à elaboração do diploma nas esferas do direito das sucessões, como abstraímos no texto de Silvio Venosa:

Em matéria de direito hereditário do cônjuge e também do companheiro, o Código Civil brasileiro de 2002 representa verdadeira tragédia, um desprestígio e um desrespeito para nosso meio jurídico e para a sociedade, tamanhas são as impropriedades que desembocam em perplexidades interpretativas. Melhor seria que fosse, nesse aspecto, totalmente reescrito e que se apagasse o que foi feito, como uma mancha na cultura jurídica nacional. É incrível que pessoas presumivelmente cultas como os legisladores pudessem praticar tamanhas falhas estruturais no texto legal. Mas o mal está feito e a lei está vigente. Que a apliquem de forma mais justa possível nossos tribunais!²⁰

Como bem ilustra o mestre Venosa, a redação de muitos artigos é, no mínimo, desastrosa. Na tentativa enviesada de proteger o cônjuge sobrevivente e ignorar a condição do companheiro, acaba por gerar situações conflitantes que não se coadunam com a nossa realidade social e criam aberrações que nem mesmo o melhor e o mais bem-intencionado dos julgadores consegue reparar.

Em um retrocesso inadmissível e inexplicável, o diploma simplesmente ignorou o §3º do artigo 226 da Constituição Brasileira de 1988, portanto anterior ao Código Civil de 2002, e estabeleceu duas categorias de família: aquelas formadas pelo casamento, gozando da prerrogativa do cônjuge como herdeiro necessário, e as famílias formadas sob a égide da união estável, relegadas a uma categoria inferior, cujo companheiro não desfrutava do mesmo

19 **DINIZ, Maria Helena.** *Sucessão do cônjuge, do companheiro e outras histórias.* 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p.64

20 **VENOSA, Silvio de Salvo.** *Direito Civil - Família e Sucessões.* Vol. 5, 20ª edição. São Paulo: Atlas, 2020, p. 691

privilégio, deixando clara a intenção do legislador em estabelecer uma diferença, como se menos família fosse.

Como lamenta Rolf Madaleno, “desfigurando a condição de herdeiro do convivente, que antes era regulada pelas Leis 8.971/1994 e 9.278/1996 e que mantinham notório equilíbrio entre os direitos sucessórios do cônjuge em comparação com os mesmos direitos sucessórios do companheiro”.²¹

Mais relevante do que a modalidade de entidade familiar, é fundamento estatal garantir a sobrevivência digna do cônjuge supérstite, desonerando o Estado e estimulando a continuidade patrimonial para a proteção, para a coesão e para a perpetuação da família.²²

Tudo isto sem falar na ausência de previsão para o companheiro sobrevivente quanto ao direito real de habitação, limitando-se este apenas para o cônjuge, em seu artigo 1.831, contrariando o disposto na Lei 9.278/96 e pairando no ar uma dúvida que abriu margem para inúmeros litígios.

O direito real de habitação tem suas origens do direito romano. Trata-se de direito personalíssimo, que não admite a transferência de titularidade nem a alteração da sua finalidade de servir de moradia apenas ao cônjuge sobrevivente, sendo vedada sua utilização para qualquer outro desígnio (CC, art. 1.414). Tal direito não é concedido de forma automática, pois precisa ser requerido pelo cônjuge ou companheiro supérstite nos autos do inventário, enquanto não realizada a partilha dos bens”²³.

Com atraso inaceitável de 15 anos e os votos vencidos dos ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio Mello foi, finalmente, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, a partir da apreciação, em 10 de maio de 2017, do Tema 809 de Repercussão Geral (RE 878.694 e RE 646.721), dotando o companheiro das mesmas prerrogativas do cônjuge na esfera sucessória, equiparando-os e fixando a seguinte tese:

21 **MADALENO, Rolf**. *Sucessão Legítima*. Editora Forense, 2019. Rio de Janeiro, p. 263

22 *Ibidem*. p. 329.

23 **CAVALCANTI, Carlos; BARRETO, Leonardo; GOMINHO, Leonardo**. *Direito das sucessões e conciliação*. Maceió: UFAL, 2010. p. 44.

No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.²⁴

As divergências abertas na votação tiveram como principais focos a violação da autonomia privada dos conviventes que, se desejassem, poderiam ter convertido a união estável em casamento. Há ainda quem defenda ser necessária uma distinção entre os regimes de união estável e o casamento, porque este último seria revestido de solenidade e, portanto, indispensável para a sua configuração, não se podendo equiparar as figuras de cônjuge e companheiro sob pena de invalidade do contrato por absoluta ausência de forma. Mas é incontestável que a equiparação deve ter reflexos na questão sucessória.

A união estável, na definição de Maria Helena Diniz, nada mais é do que:

(...) a convivência pública, contínua e duradoura de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituir família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convalidação.²⁵

Uma outra questão aborda o lapso temporal para se pleitear o direito sucessório do cônjuge. A lei estipula que a separação de fato não pode ser superior a dois anos para não ver fulminada a pretensão do cônjuge sobrevivente em se tornar herdeiro. Entretanto, se por culpa comprovada do *de cuius*, a chamada culpa mortuária, a convivência tornara-se insuportável, haveria possibilidade de o cônjuge sobrevivente requerer seu quinhão. Mas como fazer a prova dessa condição sem destroçar o ambiente familiar? Para Paulo Lôbo, imputar a culpa ao morto é violar o princípio constitucional da garantia do contraditório e da ampla defesa:

(...) o da garantia de contraditório e de ampla defesa a qualquer acusado ou litigante (art. 5º, LV, da Constituição); o falecido não pode exercê-los nem contraditar a acusação de culpa. Essa incongruente exigência normativa foi apodada de “culpa mortuária” por Rolf Madaleno (2005, p. 146-9), que estende no tempo os efeitos do regime de bens, contrariando o princípio do art. 1.511 do Código Civil, que estabelece que o casamento depende da comunhão plena de vida.²⁶

24 STF (2017). *Recurso Extraordinário 646721 / RS* - Rio Grande Do Sul. Relator: Marco Aurélio. Data do Julgamento: 10/05/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373165/false>

25 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5, p. 396.

26 LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 138

Este lapso temporal de dois anos pode implicar em desfechos complexos e esdrúxulos. Imagine uma situação bem comum: um casal está separado há menos de dois anos e um dos cônjuges constitui, neste ínterim, uma nova relação na modalidade de união estável. Se aquele que abandonou o lar falece, o ex-cônjuge, de quem estava separado há menos de dois anos, ou o companheiro, com quem o falecido coabitava, terá direito a herança?

Para a solução deste corriqueiro problema, J.M. Leoni Lopes de Oliveira estima que haja seis diferentes correntes, apresentadas na obra de Rolf Madaleno²⁷. A primeira, encabeçada por Euclides de Oliveira, estipula que haja uma divisão igualitária entre cônjuge e companheiro.

A segunda corrente, sustentada por Mário Delgado e Carlos Roberto Gonçalves preconiza que o cônjuge herdaria os bens adquiridos antes da constituição da união estável, ou seja, na constância do casamento, enquanto o companheiro teria o direito de herdar sobre os bens que houvesse durante o período da convivência.

Já a terceira corrente, encabeçada por Rolf Madaleno, José Francisco Cahali, Ana Luiza Maia Nevares, Christiano Cassettari, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, à qual nos filiamos, defende a exclusão do cônjuge do direito sucessório e o redirecionamento da herança para o companheiro, já que a separação de fato fulminou o casamento, bastando a simples aferição da decisão espontânea conforme a EC66/2010, seja ele por vontade unilateral ou bilateral, que deixou de coabitar, pouco importando os motivos dessa decisão.

Uma quarta corrente, defendida por Inácio de Carvalho Neto, declara a inconstitucionalidade do §1º do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, excluindo o companheiro da herança. Na quinta corrente, José Luiz Gavião de Almeida coloca a questão sob perspectiva da origem familiar dos eventuais descendentes e, finalmente, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Eduardo de Oliveira Leite e Flavio Tartuce propõem a aplicação do Enunciado 525 do CFJ, no que concerne à concorrência do companheiro nos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

27 MADALENO, Rolf. *Sucessão Legítima*. Editora Forense, 2019. Rio de Janeiro, p. 319

Enfrentar temas espinhosos como estes deixados como legados pelos nossos legisladores tem sido tarefa árdua. Bastaria que um dos cônjuges deixasse o lar, para que ficasse então configurada a autonomia patrimonial futura. “Embora não decretada a separação de corpos nem oficializada a separação ou o divórcio, os bens adquiridos por qualquer dos cônjuges somente a ele passam a pertencer, ainda que se mantenham legalmente na condição de casados”.²⁸

Não coadunamos, *data venia*, com o marco estabelecido pelo legislador, visto que nos relacionamentos pós-modernos o fato de coabitar não pode ser fator determinante para estabelecer o fim de uma relação conjugal, até mesmo porque nas novas conformações familiares, as chamadas famílias mosaicas, é muito comum estabelecer que casais habitem sob tetos diferentes, até mesmo em imóveis conjugados, com seus respectivos filhos de uniões anteriores, e nem por este motivo configura-se a quebra do dever conjugal como a fidelidade recíproca, vida em comum, mútua assistência, respeito e consideração.

1.3 A OMISSÃO LEGISLATIVA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 QUANTO AOS REGIMES DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS E DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS POR MEIO DE PACTO ANTENUPCIAL

No afã de proteger o cônjuge sobrevivente, o legislador, uma vez mais deixou o terreno pantanoso. Pela norma do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente, em regra, concorre com os descendentes, por força da primeira parte do inciso I do art. 1.829. Somente não haverá a concorrência em três hipóteses: se o regime de bens for a comunhão universal; na comunhão parcial, se o autor da herança não houver deixado bens particulares ou no regime da separação obrigatória.

28 Partilha de bens - Imóvel adquirido com valores do FGTS e após a separação. Na união estável, em relação aos direitos patrimoniais, no que couber, aplica-se o regime da comunhão parcial de bens (art. 1725, CC), comunicando-se os bens adquiridos na constância do casamento (art. 1658), salvo exceções expressas. Todavia, a separação de fato extingue o regime de bens, não se comunicando os bens havidos após o término da vida em comum. Recurso improvido (TJRS, 8.^a C.Cív., AC 70023040256, rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, Dje. 29.05.2008). In: **DIAS, Maria Berenice**. *Separação de Corpos e o Desenlace Familiar*. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_763\)12_separacao_de_corpos_e_desenlace_familiar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_763)12_separacao_de_corpos_e_desenlace_familiar.pdf)

Porém, estas três situações não necessariamente configuram a proteção para o cônjuge sobrevivente a qual o legislador certamente quis conferir ao adotar tais regras, como considera explicitamente Silvio Venosa:

Esse texto é um dos que merecem ser aprimorados. A intenção do legislador foi tornar o cônjuge sobrevivente herdeiro quando não existir bens decorrentes de meação. Pode ter sido o casamento regido pela comunhão parcial e o morto ter deixado apenas bens particulares de pouco valor. Ainda, não se mostrará justa, em muitas oportunidades, a exclusão do cônjuge da herança nessa hipótese legal, quando o casamento foi realizado sob o regime de separação obrigatória. Muito trabalho terão, sem dúvida, a jurisprudência e a doutrina, sob o prisma desse artigo.²⁹

O legislador, seja por uma falha ou por simples omissão, se furtou de fazer as devidas ressalvas e distinguir o reflexo sucessório nos regime da separação obrigatória e da separação convencional (artigo 1.829, CC), possibilitando, com isso, um sem número de exegeses truncadas com desfechos pouco previsíveis, desembocando em uma vasta insegurança jurídica, conforme podemos verificar nos acórdãos proferidos pelos Tribunais Superiores, que nem sempre mantém posição uniforme.

Com a edição da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, a separação obrigatória de bens também perde a rigidez de seu caráter para dar lugar a uma modalidade híbrida, que permite a meação nos aquestos adquiridos onerosamente na constância da união, com presunção de esforço em comum, não necessariamente advindo de contribuição financeira. Originariamente, neste regime, o cônjuge sobrevivente não teria nenhuma possibilidade de concorrência com descendentes ou ascendentes. Só recolheria a herança na ausência destas duas categorias de herdeiros. O argumento do STF para edição da súmula é evitar o enriquecimento sem causa, vedado pelos artigos 884 a 886 do Código Civil.

Pode-se verificar a mesma omissão quanto ao regime da participação final dos aquestos, um imbróglio legislativo tão complexo que poucos juristas conseguem esmiuçar. Em vida, o regime tem os efeitos da separação de bens e na morte o efeito na comunhão parcial de

29 VENOSA, **Silvio de Salvo**. *Direito Civil - Família e Sucessões*. Vol. 5, 20ª edição. São Paulo: Atlas, 2020, p. 691

bens. O que requer conhecimento contábil bastante complexo, como bem explica Paulo Lôbo:

O regime de participação final nos aquestos, durante a vida do de cujus tem como referência o regime de separação total de bens, mas na abertura da sucessão, equiparase ao regime de comunhão parcial, convertendo-se os aquestos em bens comuns, sobre os quais deve ser apurada a meação.³⁰

A omissão do legislador quanto ao procedimento adotado em relação ao cônjuge sobrevivente pela dissolução do casamento com a morte de um dos cônjuges no regime da separação convencional pressupõe um viés paternalista e não um simples esquecimento. A doutrina, majoritariamente, também adota a mesma posição e admite a concorrência com os descendentes, no intuito de não deixar que cônjuge sobrevivente fique desamparado. Como não há meação, haverá sucessão com os descendentes.³¹

Com a redação do artigo 1.845 do Código Civil, há na prática a distinção do efeito jurídico para um mesmo regime: a separação de bens. O que seria um contrassenso, porque a norma, quando foi elaborada, não abarcou tal distinção. Trata-se do mesmo regime, sendo que uns se casam por força da lei e outros por manifestação livre de vontade, com pacto antenupcial. Conforme as palavras do ministro relator Moura Ribeiro em seu voto divergente no REsp 1382170, SP 2013/0131197-7:

Isso porque não tem sentido possibilitar aos cônjuges a livre escolha do regime de bens, formalizada no pacto antenupcial, para depois lhes negar os efeitos práticos do regime licitamente escolhido. Dessarte, pouco importa se os cônjuges permaneceram casados por poucos meses ou longos anos, pois o direito à sucessão não pode ser visto como um “prêmio” concedido ao cônjuge supérstite, mas, sim, como um direito que lhe é resguardado em respeito ao regime de bens que adotaram e à proteção que cada um quis dar à sua prole post mortem. A liberdade prevista no art. 5º, caput, da CF, é sintetizada na autonomia da vontade no âmbito do Direito privado, desde que ele não o vede.³²

30 **LÔBO, Paulo**. *Direito civil: sucessões*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p.150

31 **TARTUCE, Flavio, SIMÃO, José Fernando**. *Direito civil: direitos das sucessões*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008. In: **COSTA, Ilton Garcia Da; MERHEB, Marcos Paulo dos Santos Bahig**. *O Regime De Separação Convencional de Bens e a Não Concorrência do Cônjuge Supérstite com os Descendentes do “De Cujus”*. Revista de Direito de Família e Sucessão. Artigo disponibilizado para download em: <http://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/download/4126/pdf>

32 **STJ 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**

Em meio às inúmeras decisões conflitantes espalhadas pelo País acerca do tema, originárias do caos legislativo, em 2009 o Superior Tribunal de Justiça, no emblemático REsp. 992.749/MS, com relatoria da Ministra Nancy Andrighi, restou pacificado o entendimento de que o cônjuge sobrevivente casado no regime de separação convencional de bens não concorria com os descendentes do falecido.³³

A separação de bens, que pode ser convencional ou legal, em ambas as hipóteses é obrigatória, porquanto na primeira, os nubentes se obrigam por meio de pacto antenupcial – contrato solene – lavrado por escritura pública, enquanto na segunda, a obrigação é imposta por meio da previsão legal.³⁴

Nancy Andrighi adotou em seu voto um critério hermenêutico e defendeu que a separação obrigatória mencionada no texto do artigo 1.829 do Código Civil é gênero, da qual a separação convencional é espécie, visto ter sido excluída da redação legal. Afirmou nesse sentido:

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

Apesar da exposição supra, não se segue o posicionamento da Ministra na presente monografia no que tange à classificação de gênero e espécie referente à separação. Ao contrário da nobre ministra, *data venia máxima*, acreditamos ser a separação de bens gênero, da qual separação de bens convencional e separação de bens obrigatória são espécies. Porém, o liame de obrigatoriedade estaria presente no efeito decorrente de ambas espécies, corroborando,

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. (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)

33 **COSTA, Ilton Garcia Da; MERHEB, Marcos Paulo dos Santos Bahig.** *O Regime De Separação Convencional de Bens e a Não Concorrência do Cônjuge Supérstite com os Descendentes do “De Cujus”*. Revista de Direito de Família e Sucessão. Artigo disponibilizado para download em: <http://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/download/4126/pdf>

34 **STF (2009).** *Recurso Especial Nº 992.749/MS* – Mato Grosso do Sul. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 26/05/2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8592148/recurso-especial-resp-992749-ms-2007-0229597-9/inteiro-teor-13675032>

assim, seu entendimento. O gênero separação de bens, infere, obrigatoriamente, na separação absoluta de todos os bens, seja ela convencional ou decorrente de lei.

No entanto, em 2015, o mesmo STJ, em uma reviravolta surpreendente liderada pelo Ministro João Otávio de Noronha, que foi designado como relator do Acórdão no REsp 1382170/SP, proferiu entendimento em sentido oposto, acompanhado pela maioria da seção. No recurso, a filha do falecido sustentou que a viúva não seria herdeira necessária e o ministro construiu sua argumentação contrária afirmando que “o legislador construiu sistemas distintos para a partilha de bens por morte e para a separação em vida por divórcio.”³⁵

Quem determina a ordem da vocação hereditária é o legislador. Ele pode construir um sistema para a separação em vida diverso do da separação por morte. E ele o fez. Ele estabeleceu um sistema para a partilha dos bens por causa mortis e outro sistema para a separação em vida decorrente do divórcio. O legislador distinguiu. Então, a interpretação aqui é sistemática sim, mas dentro dos respectivos sistemas. Não posso pegar um princípio daqui e outro princípio dali, fazer uma miscelânea e criar uma norma diferente daquela que está no Código.³⁶

No mesmo sentido, ficou estabelecido no enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em 08/12/2004:

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

O ministro Moura Ribeiro, que foi voto vencido no referido acórdão, conforme explicitado anteriormente, argumentou em seu posicionamento contrário, que “não remanesce

35 STJ (2015). *Recurso Especial 1.382.170/SP* – São Paulo. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Data do Julgamento: 22/04/2015. Disponível em:

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

36 RESP 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.1382170

para o cônjuge casado mediante separação de bens direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte”.

Mario Luiz Delgado, por sua vez, que à época ocupava a presidência da Comissão Nacional de Assuntos Legislativos do IBDFAM, aduziu em 2015:

Com a morte, extinguiu-se o regime, e o que está em discussão é o direito do cônjuge a uma pequena parte da herança, que, inclusive, pode ser bastante reduzida, bastando que o de cujus tivesse vários filhos e houvesse disposto em testamento toda a metade disponível.³⁷

Na visão de Nelson Nery Jr. a interpretação deveria seguir a letra da lei, pois não o regime não se encontra entre as exceções à concorrência previstas pelo art. 1.829, I, CC:

Havendo herdeiros descendentes, o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional de bens é herdeiro em concorrência com os mesmos descendentes do de cujus.³⁸

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, explica, de forma bem didática, porque a interpretação literal do inciso I do artigo 1.829 fere a sistematicidade do Códex:

Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo nenhum.³⁹

37 **IBDFAM, Assessoria de Comunicação.** *Para especialista, decisão espanta insegurança jurídica sobre sucessão do cônjuge na separação convencional.* 2015. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/noticias/5666/Para+especialista%2C+decis%C3%A3o+espanta+inseguran%C3%A7a+jur%C3%ADdica+sobre+sucess%C3%A3o+do+c%C3%B4njuge+na+separa%C3%A7%C3%A3o+convencional>

38 **JUNIOR, N. Nelson. NERY, M. A. Rosa.** *Código Civil comentado.* 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 987

39 **GRAU, Roberto Eros.** *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito.* São Paulo: Malheiros, 2002. In **SPIES, Tainara Issler.** *Reexaminando as novas formações estruturais do ente familiar na atualidade.* Coordenador: Carlos Silveira Noronha. Porto Alegre: Sulina, 2017. p. 344

Quando há tamanha divergência, nada melhor do que recorrer à sabedoria do presidente da comissão responsável pela elaboração do anteprojeto do Código Civil de 2002, Miguel Reale, que fez uma análise do tema em artigo publicado no jornal *O Estado de S. Paulo*, em 2003:

Nessa ordem de ideias, duas são as hipóteses de separação obrigatória: uma delas é a prevista no parágrafo único do art. 1.641, abrangendo vários casos; a outra resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens. A obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão “separação obrigatória” aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1.641. Essa minha conclusão ainda mais se impõe ao verificarmos que – se o cônjuge casado no regime de separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança – estaríamos ferindo substancialmente o disposto no art. 1.687, sem o qual desapareceria todo o regime separação de bens em razão do conflito inadmissível entre esse artigo e o de n. 1.828, I, fato que jamais poderá ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática.⁴⁰

O que nos parece é uma interferência indevida do Estado em uma questão estritamente privada, sem interesse público ou social. Impor aos consortes efeitos patrimoniais na morte diversos daqueles pretendidos em vida, sob a justificativa de proteger o cônjuge supérstite, não parece minimamente razoável. Um pacto antenupcial é a expressão da vontade bilateral dos cônjuges, com natureza de negócio jurídico que vincula as partes, observado o princípio do *pacta sunt servanda*, sendo que o Estado não integra essa relação jurídica.

1.4 O TABU BRASILEIRO QUE ENVOLVE AS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS E ASPECTOS SOCIOLÓGICOS E CULTURAIS QUE ELUCIDAM O BAIXO ÍNDICE DE TESTAMENTOS NO BRASIL

Que o brasileiro não é afeito à testamentos não é novidade alguma. Essa falta de hábito pode estar ligada ao medo da morte, ao apego demasiado à vida e aos bens, à superstição de que fazer um testamento "chamaria" a morte ou mesmo em relação a aspectos socioeconômicos. A cultura brasileira não privilegia o planejamento, deixando a solução sempre para última hora e não poderia ser diferente, sobretudo nesta seara.

40 REALE, Miguel. *O Cônjuge no novo Código Civil*. O Estado de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 2

Ana Paula de Oliveira Toniolo Pignata faz um alerta em seu artigo: "esse comportamento supersticioso, além de restringir a utilização da sucessão testamentária, faz com que as pessoas a deixem a margem de seu conhecimento, pouco se interessando sobre suas vantagens e funcionalidade"⁴¹ o que acaba reduzindo drasticamente sua utilização. Mas a fragilidade da vida é inexorável, como lamentavelmente estamos testemunhando neste triste período de pandemia do COVID-19.

Além do mais, se levarmos em conta a renda per capita do brasileiro, que em 2019 foi de R\$ 1.439,00 segundo o IBGE, o valor da elaboração do testamento pode ser bastante elevado, praticamente proibitivo, a depender dos bens a serem testados ou mesmo se não houver bens. Contudo, em determinadas circunstâncias, um simples testamento poderia evitar anos de disputas judiciais e controvérsias na família e realizar, em suma, a última vontade do autor da herança, seu objetivo maior. Na lição de Paulo Lôbo:

No Brasil, teve sempre utilidade secundária e residual, não penetrando nos hábitos da população, como se vê na imensa predominância da sucessão legítima nos inventários abertos. São fatores desse pouco uso as exigências formais que a lei impõe aos testamentos, o custo destes e a aceitação social das regras legais da sucessão legítima. É imenso o fosso entre a preferência da doutrina jurídica especializada pela sucessão testamentária e a realidade social brasileira.⁴²

Ao estabelecer o critério para estipular a legítima e seus herdeiros, o legislador brasileiro privilegiou tanto os vínculos familiares de proximidade, como afetivos e levou em conta a questão da dependência material, com o intuito de garantir proteção estes herdeiros mais próximos com metade do acervo dos bens do autor da herança.

O conceito de testamento como propriamente conhecemos na atualidade começou a se desenhar no Direito Romano, mais precisamente no Baixo Império ou período pós-clássico, na lição do mestre Silvio Venosa. Até então, as civilizações mais remotas desconheciam testamento, como ensina Fustel de Coulanges (1957), pois a propriedade estava ligada à família por meio da religião. Em Roma, como já foi mencionado capítulo I desta monografia, a função

41 **PIGNATA, Ana Paula de Oliveira Toniolo.** *O uso restrito da sucessão testamentária no Brasil.* 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32993/o-uso-restrito-da-sucessao-testamentaria-no-brasil>. Acesso em 27/05/2020

42 **LÔBO, Paulo.** *Direito civil: sucessões.* 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 209

do herdeiro era perpetuar a personalidade do morto dentro da família pelo culto dos antepassados, herdando assim a integralidade do patrimônio.

Os romanos instituíram modalidades de testamentos privados e públicos, que poderiam ser a “manifestação de última vontade ao príncipe, transmitia ao poder público para que pudesse arquivá-la, ou a declaração de última vontade do testador ao juiz ou autoridade municipal, que a reduzia a termo”.⁴³

Também foram instituídas no Direito Romano as formas excepcionais de testamento, como o testamento militar, o testamento em tempo de peste (*testamentum pestis tempore*) e o testamento rurícola (*ruri conditum*). As Ordenações Afonsinas recepcionaram a noção romana de testamento, assim também a compilação Filipina, que sofreram transmutações até sua atual forma no nosso ordenamento jurídico.⁴⁴

O princípio da saisine teve sua origem na França, em meados do século XIII, pela qual a propriedade e a posse da herança passavam aos herdeiros no momento subsequente à morte do *de cuius*, recebendo de pleno direito (*son saisis de plein droit*) os bens, direitos e ações do defunto, com a obrigação de cumprir todos os encargos da sucessão.⁴⁵ O referido princípio foi adotado pelo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.784, que estabelece que “*aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*”.

A sucessão testamentária é ato de última vontade, conforme disposto no artigo 1.798 do Código Civil, e o autor da herança só tem o poder de dispor de metade de seu acervo, sendo a outra metade, a legítima, destinada aos herdeiros necessários. A ordem de vocação hereditária é, segundo Sílvio Rodrigues, “a relação preferencial, estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder o finado. O legislador, nessa relação de pessoas, as divide em várias classes”⁴⁶, conforme se pode aduzir da leitura do artigo 1.829 do Código Civil:

43 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: família e sucessões*. Vol. 5, 20ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2020, p.736

44 VENOSA, Sílvio de Salvo. *O testamento em Geral*. Revista Opinião Jurídica. n. 09, 2007. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/download/1900/535>

45 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. Volume VII. 3º ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 4-5.

46 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 97

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.

Cabe aqui ressaltar que a partir da apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, em 10 de maio de 2017, do Tema 809 de Repercussão Geral (RE 878.694 e RE 646.721) ao declarar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, o convivente passa a ser reconhecido, ao lado do cônjuge, como herdeiro necessário, nas relações hétero ou homoafetivas, fixada a seguinte tese:

É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.⁴⁷

Estão previstas três modalidades ordinárias de testamento no artigo 1.862 do Código Civil: público, cerrado e particular, sendo os dois primeiros realizados em cartório na presença de duas testemunhas. O testamento público, como o próprio nome indica, conserva em sua característica a publicidade, ou seja, seu conteúdo pode ser acessado por qualquer interessado; já o testamento cerrado é aquele que só tem validade quando aberto e mantido em segredo.

Por sua vez, o testamento particular é o mais simplificado por dispensar as formalidades, a não ser a presença de três testemunhas. Porém, corre-se o risco de ser anulável por vício ou defeito, na dificuldade ou impossibilidade de localização das testemunhas no momento de sua abertura. Flávio Tartuce define testamento como “um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável, pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para depois de sua morte”⁴⁸.

Há que se mencionar ainda a forma de testamento prevista no artigo 1.879, que "*em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz*".

47 MADALENO, Rolf. *Sucessão Legítima*. Rio de Janeiro: Forense, 2019 p. 263.

48 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Vol. Único. 9ª. Ed. – São Paulo: Método, 2019. p. 1399

Justamente nesse período de isolamento social, causado pela pandemia do COVID-19, essa modalidade de testamento tem sido crescente nos últimos tempos, visto que alguns cartórios suspenderam seus serviços para que se evite o contato físico. Sites de vários cartórios já estão postando recomendações de como elaborar um testamento, indicando na cédula testamentária que a circunstância excepcional seria o isolamento provocado pela pandemia.

Os mais aptos a essa modalidade de testamento encontram-se principalmente na parcela idosa da população, mais vulnerável ao vírus, que deve a todo custo evitar o risco de contágio. Isto sem falar nos pacientes que estão internados em unidades hospitalares, cuja única forma de manifestar sua última vontade é por meio do testamento particular, seja vontade relativa a bens ou disposições de conteúdo extrapatrimoniais, a exemplo do Testamento Vital, ou Diretivas Antecipadas da Vontade, que integram a Resolução do Conselho Federal de Medicina 1995, de 9 de agosto de 2012.

Se a morte é o corolário, a consequência lógica, da vida, nada é mais natural do que asseverar que o direito à vida digna (CF, art. 1º, III) traz consigo, a reboque, o direito a uma morte igualmente digna.⁴⁹

Por dispensar a presença de testemunhas e não ser revestida de formalidades, o testamento particular requer cuidados extras, como detalha Luis Carlos P. Giribone, em seu artigo publicado no site do IBDFAM:

(...) fazer de próprio punho, o que inviabiliza a utilização de processos mecânicos e; ao final, a assinatura do testador. Ressalta-se que o testamento é negócio jurídico formal, sendo essencial que se sejam tomadas todas as cautelas necessárias de modo a evitar seu rompimento, caducidade, ou invalidação no futuro.⁵⁰

Desta forma, a pessoa acometida de enfermidade grave ou com idade avançada não está impedida de testar, pois é requisito que seja maior de 16 anos e capaz, ou seja, disponha de pleno discernimento no momento do ato.

Ninguém gosta de falar de testamento, pois a ele está ligada a ideia de morte, mesmo sendo a única certeza da vida. Mas neste momento que o fantasma da morte bate à

49 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil 1. Parte geral e LINDB*:13a. edição – São Paulo. Atlas, 2015, p. 309

50 GIRIBONE, Luis Carlos P. *Elaboração de testamento particular durante o isolamento social*. 2020. <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1445/A+elabora%C3%A7%C3%A3o+de+testamento+particular+durante+o+isolamento+social+>

nossa porta, é uma oportunidade de olharmos para ela., para depois dela, testamentos. Viveríamos muito mais felizes se parássemos de negar a morte. Lembrar que podemos morrer amanhã nos remete a uma outra dimensão psíquica, que é muito mais saudável do que a denegação da morte. Desta forma, entenderemos melhor a mensagem do Renato Russo, em sua música *Pais e Filhos*: É preciso amar as pessoas/Como se não houvesse amanhã (...). Em um testamento é possível fazer disposições não patrimoniais, o que tem sido mais comum no Direito americano, e que denominam de testamento ético.⁵¹

Por fim, em artigo recentemente publicado para o IBDFAM, Rodrigo da Cunha Pereira traz uma reflexão e uma crítica, com muita sensibilidade, ao excesso de formalismo no Direito sucessório, e se mostra defensor de privilegiar o conteúdo em detrimento da forma, principalmente neste momento crítico da humanidade.

51 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Descomplicando o Direito de Família e Sucessões em tempo de pandemia. Testamento hológrafo e o fetiche das formalidades*. 2020. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1421/Descomplicando+o+Direito+de+Fam%C3%ADlia+e+Sucess%C3%B5es+em+tempo+de+pandemia.+Testamento+hol%C3%B3grafo+e+o+fetiche+das+formalidades>

2 A INTERVENÇÃO ESTATAL E A VIOLAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA

2.1 O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA: A RELATIVIZAÇÃO DA CAPACIDADE DE INDIVÍDUOS MAIORES DE 70 ANOS

Se há na doutrina um tema que é quase unanimidade é a inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, que impõe o regime da separação obrigatória de bens para pessoas acima de 70 anos. Não há um só civilista de peso que concorde com o disparate de considerar alguém acima de 70 anos incapaz a ponto de não possuir autonomia para decidir sobre os reflexos patrimoniais de suas relações conjugais e escolher um regime de bens que melhor se adegue à sua realidade. Como se, ao atingir o marco temporal dos 70 anos, levasse o indivíduo a um abismo que desembocasse na imbecilidade, idiotização e ignorância jurídica.

Fazendo um retrospecto histórico, desde o Império Romano o tema que envolve casamento de idosos provoca polêmica. O imperador Augusto, por exemplo, proibia o casamento de pessoa idosa pela *Lex Papia Pappaea nuptialis* do ano 9 d.C., cujo objetivo era manter a perpetuação de apenas uma única linhagem, incentivar e fortalecer o instituto do casamento. Lei esta que foi revogada por Constantino.⁵²

Certamente a intenção do legislador brasileiro foi a "proteção" do patrimônio do idoso diante de um casamento por interesse, o famoso “golpe do baú”, como leciona Maria Helena Diniz, argumentando que o Estado, desta feita, impõe ao idoso a *capitis diminutio*, ou seja, uma redução de sua capacidade cognitiva ou jurídica.

Neste sentido, aduz Maria Berenice Dias:

[...] se tratar de mera tentativa de limitar o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar é impor sanções patrimoniais.⁵³

52 VELOSO, Zeno. *Direito Civil: temas*. 2a. Edição - Salvador: JusPodivm, 2019, p. 243

53 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 229

Mas o preconceito do legislador vem desde o Código Civil de 1916, que, em seu artigo 258, já estabelecia a vedação para a escolha de um regime que não o da separação obrigatória de bens e “para piorar o cenário envia uma discriminação com relação ao sexo se a nubente fosse mulher, a idade para que o regime obrigatório incidisse era mais baixa.”⁵⁴

Argumentando a favor da vedação, Pontes de Miranda desenvolveu uma curiosa classificação: as mulheres acima de 50 anos eram consideradas em "idade vulnerável" e os homens acima de 60, estavam "em fase de crise afetiva". Claro que devemos dar um crédito e relevar a opinião do nobre mestre, posicionando o doutrinador no contexto histórico da época, cujos valores e padrões são muito distantes da nossa realidade atual.

Mas estamos em 2020, e ninguém dúvida que boa parte dos idosos não se encaixa mais no estereótipo de velhinhos recolhidos em casa, doentes ou senis. Com o advento da internet, das redes sociais e a facilidade de comunicação, com incremento substancial na qualidade de vida proporcionado por avanços tecnológicos na área da saúde, o indivíduo que cruza essa etapa continua ativo, capaz e pronto para viver plenamente sua vida. O Estatuto do Idoso veio conclamar o respeito e a dignidade humana indispensáveis à essa fase da vida. E não deveria o Estado, com sua sanha interventora, atuar de forma a restringir direitos.

O art. 2º do supracitado Estatuto traz a essência da proteção integral ao idoso:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

O artigo 230 da Constituição Federal, que dispõe sobre a proteção do idoso pela família, pela sociedade e pelo o Estado, através de políticas públicas, “*assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida*” é norteador pelos princípios da solidariedade e da proteção e trata-se de norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Na exposição de Rolf Madaleno:

54 VELOSO, **Zeno**. *Direito Civil*. 2a. Edição - Salvador: JusPodivm, 2019, p. 244

Discriminado e isolado pela família e pela sociedade por culpa de sua fragilidade física e mental, deixa o idoso de ser considerado útil experiente, e passa a representar um peso morto na produtividade, notadamente diante das rápidas transformações tecnológicas, e da facilidade com que os mais jovens se adaptam ao seu aprendizado. Apenas têm sobrevivido à constante discriminação e ao isolamento familiar os idosos das classes mais favorecidas, sendo respeitados por suas posses e por seu conhecimento cultural.⁵⁵

Haveria uma presunção de má-fé em relação a aqueles que se casam com alguém maior de 70 anos, como se o idoso não tivesse nenhum atrativo que não o seu patrimônio. Típico preconceito de quem só vislumbra beleza e qualidades naquilo que é jovem e efêmero.

Com a sabedoria de quem já viveu o bastante, o jurista Silvio Rodrigues nos brinda com uma pitada de ironia: “Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém”.⁵⁶

Na I Jornada de Direito Civil, em setembro de 2002, foi aprovado o enunciado nº 125, para a revogação do inciso II do artigo 1.641 do CC (que na época ainda mencionava a idade de 60 anos), acompanhado da seguinte justificativa:

(...) a norma que torna obrigatório o regime de separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade que se tenha alterado drasticamente nos últimos anos também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassar terminado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.⁵⁷

O regime de separação obrigatória sem a possibilidade de conversão, como é o caso dos incisos I e III, do art. 1641 do CC, provocou ao longo do tempo profundas injustiças do ponto de vista patrimonial, e justamente com o intuito de perpetuação de um enriquecimento sem causa, foi editada pelo STF a súmula 377: “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, transformando o regime em uma espécie de comunhão parcial de bens.

55 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 213

56 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - Direito de Família*. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 144

57 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V, enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 30. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>

Em relação à prova do esforço comum, a jurisprudência do STJ majoritariamente considera que o esforço comum do casal é presumido, não necessitando decorrer de atividade remunerada para que seja efetuada a partilha do patrimônio dos bens adquiridos da constância da união, importando, assim, na solidariedade entre os cônjuges.

Se aplicarmos a Súmula 377 e havendo comunicação dos aquestos, então a separação dos bens não é absoluta, segundo o entendimento de Zeno Veloso. Assim, necessariamente implicará na outorga do cônjuge para a prática dos atos mencionados no artigo 1.647 do Código Civil, que só estão dispensados para aqueles casados no regime de separação absoluta, ou seja, a convencional, por meio de pacto antenupcial e de separação obrigatória, contudo, sem a incidência da Súmula 377.

Mais um imbróglio perpetrado pelos nossos legisladores que dá margem à dúbia interpretação. Quando o artigo 1.647 do Código Civil cita a expressão "separação absoluta", ele está querendo se referir a separação convencional ou a separação obrigatória? Essa divisão em duas espécies foi infeliz. Seria melhor que o legislador tivesse encontrado nomenclatura diversa.

Mesmo que haja previsão da incidência da Súmula 377, alguns casais não desejam de forma alguma que haja confusão patrimonial e preferem o afastamento da decisão. O presente trabalho acompanha a linha de pensamento de Zelo Veloso, ou seja, que referida súmula não é matéria de ordem pública, não representa direito indisponível e não tem de ser seguida a qualquer custo, por não se tratar de súmula vinculante, conforme disposto no artigo 927, II, do Código de Processo Civil.

Para Paulo Nader, é admissível a possibilidade de os destinatários da exigência do inciso II do art. 1.641 do Código Civil se valerem de pacto antenupcial caso desejem adotar, livre e espontaneamente, o regime de separação absoluta de bens:

[...] Na prática é possível que não interesse um casal, com idade superior a 60 anos e grandes rendas, a comunhão nos aquestos, sendo lhes permitido, então, se valerem do pacto antenupcial para estipular a separação dos bens presentes e futuros."⁵⁸
(A Lei no. 12.377/2010 aumentou o limite de idade para 70 anos).

O Código Civil estipula em seu artigo 1.639 que os cônjuges têm total liberdade de eleger o regime de bens que melhor lhes convier, mesmo que não esteja previsto em lei, podendo, inclusive, combinar vários regimes. Por se tratar de direito disponível, o legislador prestigiou o princípio da autonomia privada no que tange ao planejamento da nova entidade familiar, a ser constituída e como se dará o efeito de suas relações patrimoniais.⁵⁹

2.2 A PROTEÇÃO DA VULNERABILIDADE EM CONTRAPOSIÇÃO À AUTONOMIA PRIVADA

Quando o Estado se coloca na condição de protetor do indivíduo, o resultado nem sempre é favorável aos destinatários da norma. Temos um punhado de exemplos no nosso arcabouço jurídico, em particular o inciso II do artigo 1641 do Código Civil. Ao retirar do idoso a capacidade de planejamento familiar com a escolha do regime de bens de seu matrimônio, impondo a separação obrigatória a aqueles acima de 70 anos, o Estado interfere diretamente nas relações pessoais, que, segundo a definição de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, é “uma comunhão plena de vida, com propósito de servir a realização fisiopsíquica da pessoa humana, o casamento (assim como as demais comunidades familiares) projeta consequências referentes tanto na pessoa dos cônjuges, quanto ao seu patrimônio.”⁶⁰

Com a restrição imposta no inciso II do referido artigo, o Estado cria duas categorias de indivíduos e fere os princípios da dignidade humana, da liberdade e igualdade, que veda, ainda, qualquer discriminação em razão do sexo ou da idade. Conforme conclama Norberto Bobbio, princípios estes indispensáveis para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Os mecanismos constitucionais que caracterizam o Estado de Direito têm o objetivo de defender o indivíduo dos abusos do poder. São as garantias estendidas aos indivíduos que o protegem da violabilidade do Estado, impondo-o limites.⁶¹

58 **FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson.** *Curso de direito civil: sucessões*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p.326

60 **Id.** *Curso de direito civil: famílias*. 10a. edição - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 295

61 **BOBBIO, Norberto.** *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p.20

Como bem lembram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, o Direito Civil desde sempre atuou sob a ótica da orientação liberal, predominante na Revolução Francesa, cuja base era a proteção patrimonial. No Brasil, a partir da Constituição de 1988, o foco do Direito passa a ser a valorização da dignidade humana, a solidariedade, a liberdade e igualdade sociais, transformando o patrimônio em instrumento de proteção, a chamada “despatrimonialização das relações privadas.”⁶²

Desta forma, diante da excessiva intervenção do Estado na vida do casal, vedada pelo artigo 1.513 do Código Civil, ao dispor que “*é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família*”, em combinação com o artigo 226 §7º da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre a liberdade de planejamento familiar, fica demonstrada a inconstitucionalidade do inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil de 2002 e a inépcia do legislador na técnica legislativa ao proceder à limitação da livre pactuação do regime de bens quando da realização do casamento, impondo a separação obrigatória, afrontando, desta maneira, o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana e causando, desta forma, profundas inseguranças no ambiente matrimonial.

Como se depreende da lição de Renata Multedo e Maria Celina Bodin de Moares:

No âmbito do Estado Democrático de Direito – em que se renova o conceito de ordem pública, de modo a atrelá-lo à realização da dignidade humana – vem sendo afirmada a viabilidade de o próprio casal construir sua ordem familiar. Isso se dá pela possibilidade de os cônjuges ou companheiros pactuarem – e eventualmente recombinarem no curso do casamento – as regras que regerão sua relação conjugal, independentemente de essas disposições coincidirem com as disposições legais.⁶³

Mas isso não significa, necessariamente, que o Estado deva se abster quando verificar situações de vulnerabilidade. Vale sublinhar que a desejada redução da intervenção estatal não significa recusar hipóteses em que o Estado deva desempenhar um papel ativo de ingerência na seara da família. Tais casos, como se viu, são os que envolvem sujeitos vulneráveis, como

62 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 10a. edição - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 299

63 MULTEDO, Renata Vilela; MORAES, Maria Celina Bodin de. *A privatização do casamento*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016, p.7. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/12/Multedo-e-Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.5.n.2.2016.pdf> . Acesso: 25/05/2020

idosos e crianças, violência doméstica no âmbito familiar, dentre outros. Nessas hipóteses, justifica-se plenamente que a liberdade consubstanciada na autonomia privada ceda espaço à incidência de imposições próprias da solidariedade familiar.⁶⁴

Liberdade é um componente essencial à justiça e ela é valiosa por, pelo menos, duas razões diferentes, segundo nos ensina Amartya Sen em sua obra *A Ideia de Justiça*, que traça uma análise das injustiças nas sociedades democráticas contemporâneas:

[...] Em primeiro lugar mais liberdade nos dá mais oportunidade de buscar nossos objetivos - tudo aquilo que valorizamos. Ela ajuda, por exemplo, em nossa aptidão para decidir viver como gostaríamos e para promover os fins que quisermos fazer avançar. Esse aspecto da liberdade está relacionado com nossa destreza para realizar o que valorizamos, não importando qual é o processo através do qual essa realização acontece. Em segundo lugar, podemos atribuir importância ao próprio processo de escolha. Podemos, por exemplo, ter certeza que não estamos sendo forçados algo por causa de restrições impostas por outros.⁶⁵

Por mais nobre que tenha sido a intenção do legislador na proteção do idoso, a norma contida no inciso II do art. 1.641 do CC é revestida de inconstitucionalidade e viola princípios constitucionais quando dá ênfase na questão patrimonial em detrimento da existencial.

2.3 SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS: A SEPARAÇÃO PATRIMONIAL QUE VALE EM VIDA DEVERIA VALER TAMBÉM NA MORTE

O regime da separação de bens caracteriza-se pela ausência de massa comum de patrimônio entre os cônjuges, que são responsáveis pela administração de seus próprios bens, sejam eles anteriores ou posteriores ao casamento e que compõem patrimônios particulares e separados, em caráter absoluto e permanente.

No Código Civil de 1916, o cônjuge tinha liberdade limitada, pois a alienação de qualquer de seus bens particulares sem outorga do outro cônjuge ficava circunscrita a bens

64 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos morais em família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil*. In: *Na Medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 423-455
65 SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p.262-263

móveis. Tal liberdade foi ampliada em 2002 para bens imóveis, e, neste sentido, afirma Paulo Lôbo que “qualquer modo de comunhão, em vida ou em morte, descaracteriza o regime”.⁶⁶

Quando o casal opta pela escolha do regime de separação convencional, com pacto antenupcial, pressupõe-se total autonomia patrimonial, cada qual responsável por gerir seu patrimônio independentemente do outro. Se assim não fosse, poderiam ter optado pela comunhão parcial de bens.

E são inúmeras as razões que levam um casal à escolha deste regime, que foi pactuado de livre e espontânea vontade para se perpetuar ao longo da união e na sua dissolução, não fazendo sentido a transmutação para um regime de bens diverso apenas pela ocorrência da morte de um dos pactuantes. Ou seja, o Estado não tem o condão de alterar a vontade dos contratantes após a sua morte, que não desejavam desde a constituição da sociedade, na confluência patrimonial.

Seguindo, ainda, a lógica do pensamento de Paulo Lôbo:

Escolhido livremente o regime de separação de bens, os bens adquiridos antes ou após o casamento não se comunicam, não entram em comunhão nem em vida, nem após a morte. A interpretação restritiva e literal do significado das expressões contidas no art. 1.829, I, do Código Civil, apenas seria possível, para se evitar a antinomia com o art. 1.639, se se admitisse que a separação consensual de bens vigora apenas em vida dos cônjuges. Mas tal não é possível, pois esse entendimento deveria ser estendido para todos os regimes de bens, não apenas para um deles, e resulta em efeitos contrários aos que foram pretendidos pelos cônjuges ao se casarem. A eliminação da incompatibilidade, porque é aparente, apenas é possível na referida norma legal, conferindo-se interpretação compreensiva às expressões “separação obrigatória de bens”, de modo a abranger tanto a separação legal quanto a separação consensual.⁶⁷

A escolha do regime da separação convencional é uma opção viável para aqueles casais que já possuem patrimônio antes do casamento ou quando um deles exerce atividade que envolve riscos financeiros, preservando a autonomia de cada cônjuge em relação aos seus próprios bens, como aludem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, e que trazem uma relevante reflexão: “É preciso, aliás, deixar de ser visto com olhos críticos (de uma cultura que

66 **LÔBO, Paulo**. *Direito civil: sucessões*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p.152

67 *Ibidem*.

não mais condiz com a realidade), insinuando que a adoção de separação de bens implicaria em menos afeto e amor recíproco entre o casal”.⁶⁸

O fato de não haver uma comunhão de bens não significa que há uma dissociação espiritual entre os cônjuges. Muito pelo contrário: a sua adoção parece solidificar um grande desprendimento, evidenciando, dessa forma, a falta de interesse material como resultado da união pelo casamento.

Devem ser observados os princípios que regem a boa-fé contatual nos negócios jurídicos, incluí neste rol o pacto antenupcial, qual seja uma declaração de vontade livremente pactuada por capazes, mediante escritura pública e perante tabelião, que é obrigado a informar aos contraentes as consequências jurídicas do regime escolhido, estando, portanto, cientes de seus efeitos.

A interpretação do inciso I, do artigo 1.829 do Código Civil tem de ser feita à luz do subprincípio da vedação de *venire contra factum proprium*, ou seja, a ninguém é dado valer-se de determinado comportamento, quando lhe for conveniente e vantajoso, e depois voltar-se contra ele quando não mais lhe interessar mediante comportamento contrário.

Necessário se faz observar a lição de Paulo Lôbo, que pontua:

Ninguém é obrigado a casar se o regime de bens lhe não convém. Portanto, a interpretação que levasse à sucessão concorrente na hipótese de regime convencional de bens levaria à legitimação da má-fé.⁶⁹

Desconsiderar os efeitos da separação convencional que foi materializada no pacto antenupcial, de acordo com o entendimento de Eduardo de Oliveira Leite, "acarretaria uma insegurança jurídica que fica negada veementemente, pelas mais elementares noções de Direito".⁷⁰

68 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil / Sucessões*. Salvador: Juspodivm, 4a. Edicao, 2018, p. 327

69 LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p.154

70 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) “*Comentários ao Novo Código Civil*”. Ed. Forense, São Paulo, 5ª ed., 2009, v. XXI, pág. 277/278. Apud: LEITE, Eduardo de Oliveira. 2009. p. 277/278. In: http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirSucessoes/jurisprudencia/RegimeSeparacaoConvencionalBensSTJ_informativoAgosto.pdf

Desde a mudança de posicionamento do STJ em 2015, no REsp 1.382.170/SP, com voto vencedor do ministro João Otávio de Noronha, que alterou o posicionamento do Tribunal e passou a considerar herdeiro concorrente o cônjuge casado no regime de separação convencional de bens, a questão não se mostra nem um pouco pacificada, abrindo uma divergência na doutrina.

A infelicidade da redação do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, que exclui do texto legal a separação convencional de bens, poderia levar a uma interpretação errônea de que a comunhão que não houve em vida, haveria na morte. Neste sentido, Paulo Lôbo esclarece:

Essa interpretação, todavia, colide com a disposição do art. 1.639 do CC, fundado no princípio da autodeterminação do casal, o qual pode livremente escolher o regime de bens que lhe convier, mediante pacto antenupcial ou alteração posterior de regime diverso. Tampouco se pode isolar uma norma legal de outra, mas sim buscar a inteligência que resulte da harmonização delas.⁷¹

Da mesma forma, se orienta o pensamento de Miguel Reale, para quem o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistemática:

Interpretar logicamente um texto de Direito é situá-lo ao mesmo tempo no sistema geral do ordenamento jurídico. A nosso ver, não se compreende, com efeito, qualquer separação a interpretação lógica e a sistemática. São antes aspectos de um mesmo trabalho de ordem lógica, visto como as regras de direito devem ser entendidas organicamente, estando umas na dependência das outras, exigindo-se reciprocamente através de um nexa que a *ratio juris* explica e determina.⁷²

Ainda seguindo o raciocínio lógico de Paulo Lôbo em sede doutrinária, ele nos brinda ao afirmar que a escolha do regime de bens pelos nubentes, mediante pacto antenupcial, infere na aceitação de seus efeitos também na morte.

A interpretação que postula a extinção de efeito essencial do regime de separação convencional de bens (incomunicabilidade), quando morto for o cônjuge, esvazia de sentido lógico suas finalidades e nega respeito à liberdade de escolha e, conseqüentemente, ao princípio constitucional da liberdade (art. 5º da Constituição Federal de 1988), que é expressão do macroprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), pois não há dignidade se a pessoa não pode organizar livremente seu projeto de vida privada e familiar.⁷³

71 **LÔBO, Paulo.** *Direito Civil 6 - Sucessões.* 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 152

72 **REALE, Miguel.** *Lições preliminares de direito.* 27ª edição - São Paulo: Saraiva, 2015, p.280

73 **LÔBO, Paulo.** *Direito Civil 6 - Sucessões.* 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p.153

No seu voto vencido no REsp 1.382.170/SP o Ministro Moura Ribeiro, do STJ, que se posicionou contrário à inclusão do cônjuge como herdeiro no regime de separação convencional de bens, também recorreu à sabedoria de Miguel Reale:

Se o cônjuge casado no regime de separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança, estaríamos ferindo substancialmente o disposto no art. 1.687, sem o qual desapareceria todo o regime da separação de bens, em razão do conflito inadmissível entre esse artigo e o art. 1.829, I, fato que jamais poderá ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática. Entre uma interpretação que esvazia o art. 1.687 no momento crucial da morte de um dos cônjuges e uma outra que interpreta de maneira complementar os dois citados artigos, não se pode deixar de dar preferência à segunda solução, a qual, ademais, atende à interpretação sistemática, essencial à exegese jurídica. (...) Se, no entanto, apesar da argumentação por mim aqui desenvolvida, ainda persistir a dúvida sobre o inc. I do art. 1.829, o remédio será emendá-lo, eliminado o adjetivo “obrigatória”. Com essa supressão o cônjuge sobrevivente não teria a qualidade de herdeiro, ‘se casado com o falecido no regime de comunhão universal, ou no de separação de bens’. (“Estudos Preliminares do Código Civil”. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 63).⁷⁴

Ao não incluir a separação consensual de bens nas ressalvas da sucessão concorrente no inciso I do artigo 1829, do Código Civil, pode-se levar à interpretação literal de que o que não entrou em comunhão, em vida, entrará após a morte. Essa exegese, todavia, colide com a disposição do art. 1.639 do mesmo diploma, fundado no princípio da autodeterminação do casal, o qual pode livremente escolher o regime de bens que lhe convier, mediante pacto antenupcial ou alteração posterior de regime diverso. Tampouco se pode isolar uma norma legal de outra, mas sim buscar a inteligência que resulte da harmonização delas.⁷⁵

Cristiane Geroti, em seu artigo publicado no IBDFAM, expõe que o legislador, em uma demonstração inequívoca de invasão aos limites da autonomia individual, acabou por desvirtuar completamente a alma e o objetivo do regime da separação absoluta de bens.

Logo, da análise da legislação específica, tem-se a conclusão de Geroti:

De fato, a opção paternalista do legislador em equiparar o cônjuge a herdeiro independentemente de ele, no exercício de sua autonomia de vontade, ter optado pela

74 **STJ (2015)**. *Recurso Especial 1.382.170/SP* – São Paulo. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Data do Julgamento: 22/04/2015. Disponível em:

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

75 **LÔBO, Paulo**. *Direito Civil 6 - Sucessões*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 149

separação absoluta de bens, ocasionou o extermínio do regime da separação convencional de bens na hipótese de falecimento de um dos cônjuges.⁷⁶

Aliás, é importante mencionar a vergonhosa confusão com o número dos artigos do Código Civil, que há tempos já deveria ter sido corrigida. A ordem de vocação hereditária estabelecida no art. 1.829 remete às hipóteses do regime de separação de bens que estão enumeradas no art. 1.641, caput, e não no parágrafo único do art. 1.640 do supramencionado diploma legal. Isto só vem corroborar o desmazelo do legislador com o Livro das Sucessões.

Prevalecendo o entendimento atual do STJ, chegamos à conclusão que no Brasil não vigora, atualmente, um regime puro de separação de bens. O que estamos assistindo, estarecidos, é a criação de um regime híbrido que produz um efeito para a vida distinto da morte.

Ou seja, o regime de separação convencional, pactuado livremente pelos cônjuges, sofre a indevida intervenção do Estado e transforma-se em uma comunhão parcial dos bens particulares com a dissolução do casamento causado pela morte, exatamente a situação que os consortes queriam evitar ao optarem pela separação absoluta.

Quando o Estado intervém neste sentido, desvirtuando o sentido da norma e criando mecanismos de proteção, a intenção não é, senão outra, de se desvencilhar da obrigação de garantir ao cônjuge sobrevivente os meios de sobrevivência, de acordo com o entendimento de Rolf Madaleno.

É o Estado criando mecanismos de proteção do cônjuge e tirando dele este peso que teria com a sobrecarga de garantir subsistência ao consorte viúvo, apenas variando de uma codificação para a outra entre a atribuição de direitos viduais, como sucedeu no Código Civil de 1916, e de direitos sucessórios como inovou no Código Civil de 2002, sem se descurar do equilíbrio na concessão de um direito que previa o usufruto vidual da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se o regime do casamento não era o da comunhão universal, se houvesse filhos, e à metade, se não houvesse filhos (CC/1916,

76 **GEROTI, Caires Cristiane.** *O cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário e a limitação da autonomia da vontade privada.* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/581/O+c%C3%B4njuge+sobrevivente+como+herdeiro+necess%C3%A1rio+e+a+limita%C3%A7%C3%A3o+da+autonomia+da+vontade+privada>. Acesso em 27/05/2020

art. 1.611, § 1º), excluindo esta proteção vidual no regime da comunhão universal, porque o cônjuge do defunto tinha direito à meação.⁷⁷

A manutenção deste entendimento compromete a intenção precípua dos consortes quando escolheram o regime da separação de bens, materializada no pacto antenupcial. É um contrassenso, como apontam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal que “apesar de conceder aos cônjuges a liberdade de escolha do regime de separação absoluta com a mão direita, o Código Civil, com a mão esquerda, parece estar a retirar deles a eficácia prática do aludido regime, em caso de falecimento.”⁷⁸

Também se filia a esta corrente Flávio Tartuce, que faz uma análise sociológica e atual do instituto e conclui:

Passados mais de treze anos da entrada em vigor do Código Civil brasileiro de 2002, temos nos filiado aos críticos do sistema de concorrência sucessória, pois ele não se coaduna com a realidade social e familiar, tendo sido um grande equívoco a sua inclusão no sistema jurídico nacional. Estudos antropológicos demonstram que os mais jovens - componentes das gerações denominadas de X, Y e Z - tendem a ter casamentos menos duradouros, instáveis, que dificilmente chegam a uma década. Muitos, aliás, têm feito a opção de casamento pelo regime da separação convencional ou por regimes mistos, que afastam a comunicação de alguns bens. O casamento perpétuo está em crise. Não o casamento em si, pois as pessoas das gerações mais novas continuam se casando, e cada vez mais, mas aquele modelo tradicional, cativo no tempo, indissolúvel, está em derrocada. Aqui já existem motivos sociais consideráveis para se abandonar o sistema introduzido pelo Código Civil de 2002.⁷⁹

O Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro também não faz distinção de efeitos para quem se casa no regime por força de lei ou por pacto, entendendo que não faria sentido a lei possibilitar a escolha de um regime para, posteriormente, “lhes negar os efeitos práticos do regime licitamente escolhido.”⁸⁰

Em que pese o argumento de alguns doutrinadores que o conjuge supérstite poderia ficar desprotegido e à mingua, portanto o legislador teria deliberadamente elevado o cônjuge

77 MADALENO, Rolf. *Sucessão Legítima*. Editora Forense, 2019. Rio de Janeiro, p.409

78 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 327

79 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Direito das Sucessões – Volume 6*. Rio de Janeiro: Forense. 10ª Ed. 2017, p. 161

80 RIBEIRO, Paulo Dias de Moura. *Polêmicas na sucessão de cônjuge: separação convencional de bens*. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio. (Coord.) *Direito Civil, Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas. 2018. p. 723

sobrevivente casado no regime de separação convencional de bens a condição de herdeiro concorrente, a atitude se mostra uma intromissão absolutamente indevida, visto que outorga o direito de concorrência nos bens particulares, que era justamente o que o contraente quis evitar com a escolha do regime.⁸¹ Para Silvio Venosa, a intenção do legislador seria tornar herdeiro o cônjuge sobrevivente apenas quando não houver bens decorrentes de meação.⁸²

Nada impede, contudo, que o cônjuge sobrevivente, na ausência de descendentes e ascendentes na linha sucessória, tenha assegurado seu direito como herdeiro pois, conforme estipula o art. 1.829, III, do Código Civil, o cônjuge figura como o terceiro na ordem de vocação hereditária.

E para apaziguar os ânimos dos doutrinadores que temem que o cônjuge sobrevivente, casado no regime da separação convencional de bens, seja excluído da sucessão hereditária e possa ficar à mingua, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald argumentam nos seguintes termos: “se o outro consorte deseja ampará-lo materialmente, garantindo um patrimônio básico ao outro, poderá se valer de testamento, ou de doação em seu favor, o que, uma vez mais, respeita sua vontade”.⁸³

Da mesma opinião compartilha Zeno Veloso, para quem as doações de um cônjuge a outro, casados no regime de separação convencional de bens, colacionadas no artigo 1.687 do Código Civil, faz todo sentido. Como prevalece o princípio da autonomia patrimonial tanto dos bens adquirido antes, como na constância do casamento, a qualquer título, resultando em patrimônios completamente independentes, o regime comporta a realização de negócios jurídicos, tanto a título gratuito, quanto oneroso.⁸⁴

Neste sentido é válido enfatizar o entendimento de Rolf Madaleno:

(...) em favor do regime da separação de bens estão a independência patrimonial e a liberdade de atuação de cada um dos esposos, próprio e adequado para proclamar a perfeita igualdade de armas e de equiparação dos cônjuges[...], e que, vale a pena

81 **SPIES, Tainara Issler.** *Reexaminando as novas formações estruturais do ente familiar na atualidade.* Coordenador: Carlos Silveira Noronha. Porto Alegre: Sulina, 2017. p. 352

82 **VENOSA, Silvio de Salvo.** *Direito Civil: Direito das Sucessões.* Volume 7. São Paulo: Atlas, 2013. p. 136.

83 **MADALENO, Rolf.** *Sucessão Legítima.* Editora Forense, 2019. Rio de Janeiro, p. 331

84 **VELOSO, Zeno.** *Direito Civil.* 2a. Edição - Salvador: JusPodivm, 2019, p. 271-272

lembrar, está em perfeita harmonia com o princípio da igualdade entre homens e mulheres consagrado na Constituição Federal. (BRASIL, 1988, artigo 226, § 5º).

O princípio da dignidade da pessoa humana permeia todo nosso ordenamento jurídico e é basilar na construção do conjunto normativo que orienta a sociedade, direcionando o foco do Direito para o ser humano e estabelecendo garantias individuais e sociais. Na medida em que o Estado retira do indivíduo a autodeterminação patrimonial, invade uma competência que não lhe foi outorgada pelas partes.

Nosso ordenamento jurídico já prevê uma forma de proteção ao cônjuge supérstite, com o direito real de habitação, expresso no artigo 1.831 do Código Civil, cuja finalidade é justamente garantir qualidade de vida ao sobrevivente do casal, para que não fique desalojado ou em situação de penúria. Trata-se de direito vitalício e independe do regime de bens, meação ou herança, desde que seja o único bem dessa natureza.

3 SOLIDARIEDADE FAMILIAR: CONFLITOS NA CONCORRÊNCIA ENTRE CÔNJUGE SUPÉRSTITE E DESCENDENTES COMUNS E UNILATERAIS (HÍBRIDOS)

3.1 A ESCOLHA DO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS PARA RESGUARDAR A HERANÇA DE SUA PROLE NOS BENS PARTICULARES.

Não há que se duvidar que uma das funções precípua do Direito é a pacificação dos conflitos. E nesta esteira, a má técnica legiferante no Livro das Sucessões do Código Civil de 2002, *contrario sensu*, só contribuiu para intensificá-los.

No que concerne ao inciso I do artigo 1829, seja por falha, esquecimento, ou proposital ausência da exclusão expressa da concorrência do cônjuge nos efeitos sucessórios do regime da separação convencional de bens, fato é que o reflexo é, em geral, desastroso na família do *de cuius*, que teve sua vontade violada a partir do momento que optou, por livre e manifesta vontade, que não haveria, em hipótese alguma, intersecção patrimonial com o cônjuge na sua relação matrimonial, antes ou depois do casamento.

Presume-se que a escolha do regime estaria, assim, resguardando a herança de sua prole nos seus bens particulares, tornando-se o cônjuge herdeiro absoluto apenas na ausência de representantes destas classes dos descendentes e ascendentes. Quando se casaram pelo regime da separação convencional, o intuito foi evitar a comunicação dos bens anteriores e presentes ao casamento.

Neste sentido Pablo Stolze faz um exercício hipotético para demonstrar as implicações da aplicação da lei: João e Maria casam-se pelo regime de separação de bens e sobrevivendo a morte de qualquer um deles, os filhos (do falecido) suportarão a concorrência da sobrevivente que, pode não ser, necessariamente, pai ou mãe daqueles descendentes. A situação é, no mínimo, complexa, pois a se opção era uma separação patrimonial absoluta durante a vida, não teria sentido se estabelecer uma comunhão forçada com os herdeiros do falecido após a morte. "Se já é difícil para nós, bacharéis em Direito, compreendermos essa situação, violadora do

bom senso, imagine-se para o brasileiro comum, que não detenha conhecimento técnico-jurídico".⁸⁵

Qual não é a surpresa quando parte destes bens particulares, que inclusive podem ser originários da família do *de cujus*, correm o risco de ter destinação diversa e ir parar em outro tronco familiar, na hipótese (nada remota), da viúva ou do viúvo se casarem novamente e constituírem novo ramo familiar.

Neste sentido, concluiu Maria Helena Daneluzzi:

(...) os titulares dos bens tinham certeza que eles permaneceriam no âmbito de determinada família; o que veio a causar espécie é que essas pessoas não terão mais a mesma certeza, o que poderá provocar insegurança jurídica, em que pesem as justificativas para tal mudança coadunarem com o anseio de transformação familiar, privilegiando a afetividade, em detrimento da consanguinidade.⁸⁶

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald lembram que vivemos em uma era de reconstituições familiares, as chamadas famílias “ensabladas”, e, ao permitir a concorrência sucessória do cônjuge casado sob o regime de separação convencional de bens, o legislador interfere sobremaneira no planejamento familiar:

A hipótese é assustadora: ignora o legislador, por completo, o regime de bens eleito pelo casal, afrontando a autonomia privada, para contemplar o consorte sobrevivente com a herança do falecido, retirando-a dos seus descendentes. No ponto, não se pode esquecer que os descendentes do falecido podem não ser filhos ou netos do cônjuge sobrevivente!⁸⁷

Podemos enumerar infinitas situações que ilustram perfeitamente a errática interpretação dada ao artigo 1.829, I, CC, que permitiu a concorrência do cônjuge casado em regime de separação de bens, sob o argumento legalista, provocando situações, no mínimo, esdrúxulas do ponto de vista familiar. Trazemos mais uma hipótese colacionada por Cristiano

85 **GAGLIANO, Pablo Stolze.** *Novo curso de direito civil: direito das sucessões*. Volume 7. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 220.

86 **TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo** (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Ed. Forense, São Paulo, 5ª ed., 2009, v. XXI, p. 277-278. Apud: **DANELUZZI, Maria Helena**, 2004.

87 **FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson.** *Curso de direito civil: sucessões*. 4ª. Edição, Salvador, Editora JusPodivm, 2018, p. 328

Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que dedicaram um capítulo inteiro do seu livro *Curso de Direito Civil: Sucessões* sobre o tema, batizado de: “A ilógica concorrência do cônjuge casado no regime de separação absoluta de bens com os descendentes do falecido”. Senão, vejamos:

(...) para que seja sentida a gravidade do problema, vale a pena imaginar uma dramática situação: retira-se o direito de casar de uma pessoa, que já possui patrimônio e filhos, e pretende casar novamente, mas sem causar qualquer prejuízo patrimonial à sua prole, deixando todos os seus bens, em caso de óbito, para os descendentes, e não para o seu novo cônjuge. Nessa hipótese, vindo a casar, mesmo no regime de separação total, com o seu óbito, parcela dos seus bens seguem para a viúva. Imaginando que a viúva também já tinha sido casada e possui filhos de relacionamento anterior, o patrimônio será transmitido com o seu passamento para os seus próprios exclusivos filhos - privando os filhos do titular do patrimônio.⁸⁸

Além disso, ressaltam os supramencionados autores que “chegar-se-ia ao cúmulo de dizer [...] que, se o casamento está submetido à separação obrigatória, não há direito à herança, mas em se tratando de separação consensual, escolhida livremente pelas partes, haveria direito sucessório. O disparate seria evidente”.⁸⁹

Em tempos de pandemia do COVID-19 e consequente isolamento social, proliferam nas redes sociais as *lives*, ou seja, palestras e conversas informais com autoridades sobre temas relevantes, com transmissão ao vivo por vídeo. Em 26/05/2020 – pela plataforma Instagram, o professor Rolf Madaleno participou de uma *live*, a convite do núcleo IBDFAM Bagé, e tratou de uma saída jurídica que pode ser a solução pacificadora dos conflitos decorrentes da concorrência do cônjuge sobrevivente no regime de separação convencional.⁹⁰

Madaleno já havia escrito o artigo “Renúncia de Herança no Pacto Antenupcial”, na 27ª edição da Revista do IBDFAM, em que faz considerações acerca da possibilidade de renúncia mútua da herança. Porém, sua teoria recebeu críticas da maioria dos doutrinadores contrários à tese, sob o argumento que não se pode contratar herança de pessoa viva, conforme disposto no artigo 426, do Código Civil.

88 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 4ª. Edição, Salvador, Editora JusPodivm, 2018, p. 329

89 Ibidem.

89 IGTV – *Pacto antenupcial e a possibilidade de renúncia à herança*. Instagram @ibdfambage, em 26/05/2020, às 17h00

Na *live*, Rolf Madaleno rebateu as críticas, comprovando que não se trata de negociar, até porque a renúncia antecipada é uma forma de contratação destitutiva – e não haveria imoralidade contida no comando do artigo 426, o *pacta corvina*, uma alusão aos corvos (ou abutres), que ficam sobrevoando a carniça. Ou seja, os cônjuges, se estão renunciando, evidente que não estão "torcendo" para a morte do outro pois nada tem a ganhar. A interpretação literal do supra citado artigo veda a contratação de herança de pessoa viva e não a renúncia, portanto não atenta para a ordem pública.

Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

Em relação ao artigo 1.784, CC – que se refere ao princípio da *saisine* – também não há nenhuma vedação em relação à renúncia.

Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

E o parágrafo único do artigo 1.804 não proíbe que se renuncie antes. Neste caso, é indiferente o lapso temporal da renúncia:

*Art. 1.804. Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão.
Parágrafo único. A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança.*

Quanto ao artigo 1.808 do Código Civil, nenhum bem é atingido pela ordem pública quando a renúncia é integral – mas o cônjuge pode herdar a herança testamentária. A condição para herdar é a morte do titular da herança. Aliás, essa é a condição para qualquer início de direito à herança.

Art. 1.808. Não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo.

Rolf Madaleno deixa bem claro que o autor da herança tem o comando sobre os demais herdeiros. Há uma expectativa de fato que somente se concretiza, no caso do cônjuge casado sob o regime da separação convencional, se o autor da herança assim desejar. Bastaria se divorciar do cônjuge para desaparecer esse direito, por exemplo. Ou não o incluir no testamento,

ou mesmo não deixar herdeiro legatário. Em relação aos descendentes e ascendentes não há essa possibilidade. Eles são herdeiros necessários. Renúncia se refere a um direito concorrencial que não se equipara a um direito universal do herdeiro necessário.

Madaleno ainda infere que brota uma certa hipocrisia no que se refere ao artigo 426 do Código Civil e dá como exemplo uma série de cláusulas praticadas em contrato sobre herança de pessoa viva: cláusula de impossibilidade de os herdeiros ingressarem na sociedade quando da morte do sócio; cláusula de reversão de doação; usufruto vitalício – mais do que nunca, o proprietário do bem, neste caso, estaria “torcendo” para a morte do usufrutuário; o direito de acrescer; a renda vitalícia; o planejamento sucessório; partilha em vida; o fideicomisso; o contrato de seguro de vida; a holding familiar e o truste são somente alguns dos exemplos.

Para contornar as críticas de que só se poderia renunciar aquilo que se tem, Rolf Madaleno propõe que, em vez disso, se repudie a herança, elaborando a seguinte solução:

“Renuncia aquilo que já é seu e repudia aquilo que ainda não é seu. As pessoas repudiam aquilo que não querem e renunciam aquilo que já têm; algo que eu posso vir a ter, mas eu não quero”.

Seria uma maneira de pacificar as relações conjugais. Os cônjuges contratariam reciprocamente, por escritura pública, o repúdio, que é irrevogável e irreversível e tem uma característica adicional – atende ao interesse dos dois consortes.

A legislação de outros países já permite a renúncia, pois entende que existe um bem da vida maior a ser preservado, mas o Brasil ainda está preso nas amarras do início do século passado, impedindo que as pessoas possam evoluir no Direito, segundo o pensamento de Rolf Madaleno. Para ele, nosso sistema da legítima está superado. Há outros valores mais significativos que precisam ser preservados em nome da legítima e um interesse social que deveria prevalecer. E finaliza: “Não temos mais dentro de casa uma chama para manter acesa, como na Roma antiga”.

3.2 AS FAMÍLIAS “ENSAMBLADAS”, SUAS NOVAS CONFIGURAÇÕES E OS REFLEXOS PATRIMONIAIS, COM A INCERTEZA DA DESTINAÇÃO DOS BENS APÓS A MORTE

O imaginário da unidade indissolúvel do casamento é uma lembrança cada vez mais remota e vaga. As regras sucessórias de concorrência de nosso ordenamento jurídico, contudo, foram concebidas sob a ótica deste modelo defasado de unidade familiar, calculando erroneamente que, na maioria dos casos concretos, os descendentes seriam fruto da união do *de cuius* com o cônjuge sobrevivente. A própria Constituição Federal, portanto, anterior ao Código Civil, reconhece a pluralidade de formas de famílias. Com o advento do divórcio e a possibilidade de dissolução da união estável é natural que os indivíduos procurem se refazer sua vida afetiva, favorecendo, assim, a reconstituição de novos núcleos familiares e sua respectiva proteção.⁹¹

As famílias reconstituídas (ou como prefere os argentinos, *familias ensambladas*, *stepfamily* em vernáculo inglês ou, ainda, na linguagem francesa, *famille recomposée*), são entidades familiares decorrentes de uma recomposição afetiva, nas quais, pelo menos, um dos interessados traz filhos ou mesmo situações jurídicas decorrentes de um relacionamento familiar anterior.⁹²

Nesta esteira, o direito sucessório encontra uma pluralidade de situações para as quais não foi desenhado. Com a inclusão do cônjuge (e agora também o companheiro), como herdeiro necessário em concorrência com os descendentes, há uma demanda muito mais complexa e heterogênea, que requer soluções sofisticadas e respostas adequadas à nova realidade que se impõe.

Como mencionado no capítulo anterior, uma das fortes razões dos contraentes pela opção de um ou outro regime de bens perpassa por questões patrimoniais, principalmente quando se verifica uma recomposição familiar. O regime da separação convencional de bens, seria, justamente, um modo de resguardar seu patrimônio anterior à união para destiná-lo à sua prole exclusiva quando da dissolução da união pela morte do autor da herança.

92 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p.312

92 Ibidem

A lógica seria que esse patrimônio se mantivesse no tronco familiar, evitando uma miscelânea de bens entre pessoas sem nenhum vínculo de parentesco, porque nunca é demais lembrar o entendimento de Clóvis Bevilacqua, que negava o parentesco entre marido e mulher. Neste sentido, é possível dimensionar o teor da combustão entre madrastas, padrastos e enteados.

Se assim fosse, inúmeros conflitos poderiam ser evitados na medida em que, ao incluir o cônjuge como concorrente no regime de separação convencional de bens e não reconhecer o efeito da autonomia privada na dissolução da união em caso de morte, o legislador retira parte da herança dos descendentes em prol do viúvo ou viúva, com o agravante se estes não forem ascendentes dos herdeiros.

Neste sentido, Flávio Tartuce elucida:

[...] temos nos filiado aos críticos do sistema de concorrência sucessória, pois ele não se coaduna com a realidade social e familiar, tendo sido um grande equívoco a sua inclusão no sistema jurídico nacional. A ordem de vocação hereditária que constava da codificação brasileira de 1916 era muito mais simples e *presumia melhor* a vontade do morto, seja para ele mesmo, seja em âmbito social.⁹³

Não raro, os casos concretos nos tribunais versam sobre a disputa de madrastas ou padrastos com os filhos do falecido. Essa relação, muitas vezes, que já vem desgastada desde os primórdios, encontra seu ápice no momento da sucessão, pois em nome de um protecionismo obsessivo do Estado, injustiças são perpetradas.

Colacionamos o entendimento de Maria Berenice Dias:

Não há como admitir que filhos vejam no novo cônjuge de seu pai alguém que irá disputar com eles bens do genitor. Ninguém vai aceitar um concorrente. Basta figurar um exemplo para flagrar a incongruência do que vem sendo sustentado: alguém, tendo filhos e bens, vem a casar e recebe a herança de seu genitor. Quando de sua morte, o viúvo que não é genitor dos filhos do *de cuius*) recebe fração igual a cada um dos herdeiros. Ou seja, o cônjuge sobrevivente torna-se proprietário de parte da meação do finado e de parte da herança do sogro. Vindo o cônjuge a morrer, seu patrimônio - integrado dos bens do ex-marido - passará aos seus sucessores (seus filhos, seus pais,

93 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, volume 6: Direito das sucessões*. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 161

seu novo cônjuge, seus irmãos ou sobrinhos). Assim não reverterá aos órfãos o patrimônio que o pai havia amealhado sozinho, e nem a herança do avô, que cairão em mãos de estranhos.⁹⁴

O legislador cometeu um equívoco quando fez a opção pela proteção ao cônjuge em detrimento dos descendentes, que mantinham com o *de cuius* relação de consanguinidade, ignorando uma possível vulnerabilidade destes descendentes. É bem provável que não tenha se atentado para os desdobramentos dramáticos ao incluir o cônjuge como herdeiro concorrente no regime da separação convencional e suas implicações na esfera da litigância. Faltou sensibilidade e contemporaneidade na elaboração da norma, que não levou em conta as novas configurações familiares e o desejo dos seus destinatários.

94 **DIAS, Maria Berenice.** *Ponto final*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 2003. Disponível em: www.investidura.com.br/ufsc/110-direito-civil/2091-ponto-final.

CONCLUSÃO

O Direito carrega no seu bojo a busca da ordem jurídica e a efetivação da Justiça. Uma breve retrospectiva histórica do direito sucessório nos leva a uma interpretação do seu caráter paternalista e com foco voltado ao cônjuge sobrevivente, principalmente na figura da viúva, pois estatisticamente a mulher vive mais do que o homem e poderia ficar desamparada na viuvez.

O usufruto viual, em geral, era objeto de fraude, e, para evitar um conflito com os próprios descendentes, ela acabava substituindo o usufruto por uma propriedade, em geral o imóvel no qual residia. A mulher, relegada à posição de dona de casa, não desenvolvia atividade remunerada, era dependente financeiramente ou do pai ou do marido, portanto, incapaz de amearhar seu próprio patrimônio. Era comum que os casais tivessem uma prole extensa, e o cônjuge, que era o terceiro na vocação hereditária, raramente conseguia alcançar a herança. Sob esse aspecto, é possível compreender o espírito do legislador no sentido de proteger a viúva neste cenário com forte influência patriarcal.

Ocorre, porém, que a realidade que se impõe é totalmente diversa daquela do início do século passado. Ao longo deste período os homens foram perdendo a posição de únicos provedores, enquanto as mulheres galgaram muitos degraus, conquistaram espaço no mercado de trabalho e, conseqüentemente, independência financeira. A Constituição Federal de 1988 estabelece a igualdade entre homens e mulheres, porquanto se faz necessária uma revisão de alguns institutos e interpretações do direito sucessório para que seja reavaliada a posição de vulnerabilidade do cônjuge supérstite, principalmente quanto aos efeitos *post mortem* do pacto nupcial do regime da separação convencional de bens.

Na exposição de Maria Celina Bodin de Moraes:

A igualdade de gênero também é condição essencial da democratização de qualquer instituição, sendo necessário pôr termo à desigualdade fática da mulher nas mais diversas situações. Embora tenha havido nítidos progressos em termos de escolaridade e profissionalização das mulheres no Brasil, a manutenção das desigualdades

representa a reafirmação da dominação masculina. Neste caso, o ordenamento jurídico nacional deve ser mobilizado para realizar ações afirmativas de maior amplitude.⁹⁵

Não é razoável imaginar que os contraentes, em uma demonstração de livre arbítrio, optaram espontaneamente por esta modalidade de regime e não pretendessem senão uma diáspora total de seus bens, tanto os anteriores quanto aqueles conquistados na vigência do casamento, com a expectativa de que os efeitos se estenderiam mesmo com a dissolução do matrimônio pela morte de um dos cônjuges e não ficariam restritos apenas em vida, pois a morte, inexoravelmente, atinge a todos e é imprevisível.

Não fosse assim, poderiam ter elegido qualquer outro regime ou até mesmo um regime misto, como a própria legislação colaciona no artigo 1.639 do Código Civil. A característica que define a separação convencional de bens é justamente a independência e autonomia de cada consorte na administração de seu patrimônio.

É mister ressaltar que os cônjuges dispõem de instrumentos para contemplar o consorte se assim desejarem, como por exemplo, doação ou testamento, podendo dispor de metade de seu patrimônio, fazendo uso destas liberalidades da maneira que melhor lhe aprouver. Se os próprios interessados não demonstraram em vida a preocupação em deixar o outro desamparado, não teria o porquê do Estado se arvorar da tarefa.

Invocando a genialidade do filósofo Zygmund Bauman, vivemos tempos de amores líquidos. Os relacionamentos atuais não têm, necessariamente, a expectativa de que sejam duradouros, provocando, assim, profundas transformações nas configurações familiares, com a formação de famílias mosaicas, filiações híbridas e as chamadas famílias ensambladas. Os laços afetivos são muito mais etéreos e não raro as pessoas, quando reconstroem seus relacionamentos afetivos, já possuem tanto prole quanto patrimônio.

Um das vantagens da separação convencional de bens, para evitar conflitos de ordem econômica com filhos, enteados, padrastos, madrastas, é a lógica da não concorrência do

95 MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*, p.22-23 In: Pierre Bourdieu, *A dominação masculina*, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1999, p. 45 <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/31.pdf>.

cônjuge com os descendentes, justamente para que estes permaneçam no tronco familiar, preferencialmente. Com a interpretação jurisprudencial atual do inciso I, do artigo 1829 do Código Civil, a lógica foi desvirtuada em nome de uma moral paternalista que, não somente viola a autonomia privada, como interfere negativamente no âmbito familiar, ao retirar patrimônio dos descendentes, produzindo uma verdadeira miscelânea patrimonial, seguindo em sentido diametralmente oposto ao pretendido pelos contraentes.

O legislador, ao omitir-se quanto aos efeitos sucessórios da separação convencional de bens e dar margem a uma interpretação dúbia, cometeu um equívoco imperdoável, pois acaba por retirar parte do patrimônio dos descendentes. O Direito deveria servir não como instrumento de produção, mas sim, de pacificação de conflitos.

Neste sentido, a hermenêutica aponta que a melhor interpretação foi adotada pela Ministra Nancy Andrichi, relatora do REsp 992.749/MS, de 2009, cujo entendimento vigorou até 2015. Como ensina Miguel Reale, a interpretação deveria ocorrer de forma sistemática, com a leitura conjugada dos artigos 1.829, I e 1.647, ambos do Código Civil. Já passou do tempo de abandonar antigos valores morais e adotar uma postura técnica, que possibilitará efetivar a vontade dos pactuantes e dirimir conflitos, reduzindo a litigância nos tribunais.

Uma solução proposta pelo próprio Miguel Reale, seria a correção do inciso I do art. 1.829 do Código Civil, ampliando os efeitos da não concorrência do cônjuge sobrevivente para o gênero separação de bens, bastando, para tal, a exclusão da palavra “obrigatória”.

Data maxima venia, o ideal seria incluir no texto normativo a modalidade **separação convencional de bens** como uma das hipóteses para a exclusão da concorrência do cônjuge, o que nos parece mais apropriado para dissipar qualquer sombra de dúvida.

A corrente majoritária, que segue a literalidade da lei, precisa reavaliar os danos decorrentes dessa interpretação e sair da esfera abstrata para examinar com lente de aumento as consequências devastadoras nos casos concretos. Basta observar os inúmeros casos que inundam nossas cortes para se verificar as imensas injustiças perpetradas e situações

dramáticas, causando confusão patrimonial, produzindo danos irreparáveis e litígios que consomem tempo e recursos em nome de uma suposta proteção que nem sequer o próprio *auctor hereditaris* pretendeu.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V, enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da Família*. 8ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1961.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e do Brasil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

CAVALCANTI, Carlos; BARRETO, Leonardo; GOMINHO, Leonardo. *Direito das sucessões e conciliação*. Maceió: UFAL, 2010.

COSTA, Ilton Garcia Da; MERHEB, Marcos Paulo dos Santos Bahig. *O Regime De Separação Convencional de Bens e a Não Concorrência do Cônjuge Supérstite com os Descendentes do “De Cujus”*. Revista de Direito de Família e Sucessão. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/download/4126/pdf>

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf>

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Salvador: JusPodivm, 2019

DIAS, Maria Berenice. *Ponto final*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 2003. Disponível em: www.investidura.com.br/ufsc/110-direito-civil/2091-ponto-final

DIAS, Maria Berenice. *Separação de Corpos e o Desenlace Familiar*. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_763\)12_separacao_de_corpos_e_desenlace_familiar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_763)12_separacao_de_corpos_e_desenlace_familiar.pdf)

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5

DINIZ, Maria Helena. *Sucessão do cônjuge, do companheiro e outras histórias*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil 1. Parte geral e LINDB*: 13a. edição – São Paulo. Atlas, 2015

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: direito das sucessões*. Volume 7. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016

GEROTI, Caires Cristiane. *O cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário e a limitação da autonomia da vontade privada*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/581/O+c%C3%B4njuge+sobrevivente+como+herdeiro+necess%C3%A1rio+e+a+limita%C3%A7%C3%A3o+da+autonomia+da+vontade+privada>

GIRIBONE, Luis Carlos P. *Elaboração de testamento particular durante o isolamento social*. 2020. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1445/A+elabora%C3%A7%C3%A3o+de+testamento+particular+durante+o+isolamento+social+>

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. Volume VII. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014

GRAU, Roberto Eros. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. In: **SPIES, Tainara Issler.** *Reexaminando as novas formações estruturais do ente familiar na atualidade*. Coordenador: Carlos Silveira Noronha. Porto Alegre: Sulina, 2017.

IBDFAM, Assessoria de Comunicação. *Para especialista, decisão espanta insegurança jurídica sobre sucessão do cônjuge na separação convencional*. 2015. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/noticias/5666/Para+especialista%2C+decis%C3%A3o+espanta+inseguran%C3%A7a+jur%C3%ADdica+sobre+sucess%C3%A3o+do+c%C3%B4njuge+na+separa%C3%A7%C3%A3o+convencional>

IGTV – Pacto antenupcial e a possibilidade de renúncia à herança. Instagram @ibdfambage, 2020

JUNIOR, N. Nelson. NERY, M. A. Rosa. *Código Civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil 6 - Sucessões*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013,

MADALENO, Rolf. *Sucessão Legítima*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte Especial*. Tomo VIII. 1.ed. Campinas: Bookseller, 2000

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos morais em família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil*. In: *Na Medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. In: **BOURDIEU, Pierre.** *A dominação masculina*, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1999. <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/31.pdf>.

MULTEDO, Renata Vilela; MORAES, Maria Celina Bodin de. *A privatização do casamento.* Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/12/Multedo-e-Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.5.n.2.2016.pdf> .

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil – Direito de Família.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões.* 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. In: **DINIZ, Maria Helena.** *Sucessão do cônjuge, do companheiro e outras histórias.* São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Descomplicando o Direito de Família e Sucessões em tempo de pandemia. Testamento holografo e o fetiche das formalidades.* 2020. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1421/Descomplicando+o+Direito+de+Fam%C3%ADlia+e+Sucess%C3%B5es+em+tempo+de+pandemia.+Testamento+hol%C3%B3grafo+e+o+fetiche+das+formalidades>

PIGNATA, Ana Paula de Oliveira Toniello. *O uso restrito da sucessão testamentária no Brasil.* 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32993/o-uso-restrito-da-sucessao-testamentaria-no-brasil>. Acesso em 27/05/2020

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

REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil.* In: **FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson.** *Curso de direito civil: sucessões.* 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

REALE, Miguel. *O Cônjuge no novo Código Civil.* O Estado de São Paulo, São Paulo, 12 de abril de 2003

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 27ª edição - São Paulo: Saraiva, 2015

RIBEIRO, Paulo Dias de Moura. *Polêmicas na sucessão de cônjuge: separação convencional de bens.* In: **SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio.** (Coord.) *Direito Civil, Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência.* São Paulo: Atlas. 2018.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - Direito de Família.* 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil.* São Paulo: Max Limonad, 2001.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça.* São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SPIES, Tainara Issler. *Reexaminando as novas formações estruturais do ente familiar na atualidade.* Coordenador: Carlos Silveira Noronha Porto Alegre: Sulina, 2017.

STF (2017). *Recurso Extraordinário 646721 / RS - Rio Grande Do Sul.* Relator: Marco Aurélio. Data do Julgamento: 10/05/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373165/false>

STF (2009). *Recurso Especial Nº 992.749/MS* – Mato Grosso do Sul. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 26/05/2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8592148/recurso-especial-resp-992749-ms-2007-0229597-9/inteiro-teor-13675032>

STJ (2015). *Recurso Especial 1.382.170/SP* – São Paulo. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Data do Julgamento: 22/04/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1382593&num_registro=201301311977&data=20150526&formato=PDF

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Vol. Único. 9ª. Ed. – São Paulo: Método, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Direito das Sucessões* – Volume 6. Rio de Janeiro: Forense, 10ª Edição, 2017.

TARTUCE, Flavio, SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direitos das sucessões*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008. In: **COSTA, Ilton Garcia Da; MERHEB, Marcos Paulo dos Santos Bahig.** *O Regime De Separação Convencional de Bens e a Não Concorrência do Cônjuge Supérstite com os Descendentes do “De Cujus”*. Revista de Direito de Família e Sucessão. Artigo disponibilizado para download em: <http://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/download/4126/pdf>

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Ed. Forense, São Paulo, 5ª ed., 2009, v. XXI. Apud: **DANELUZZI, Maria Helena**, 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) “*Comentários ao Novo Código Civil*”. Ed. Forense, São Paulo, 5ª ed., 2009, v. XXI. Apud: **LEITE, Eduardo de Oliveira**. 2009. In: http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirSucessoes/jurisprudencia/RegimeSeparacaoConvencionalBensSTJ_informativoAgosto.pdf

VELOSO, Zeno. *Direito Civil: temas*. 2a. Edição - Salvador: JusPodivm, 2019

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil - Família e Sucessões*. Vol. 5, 20ª edição - São Paulo: Atlas, 2020

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. Volume 7. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo., *O testamento em Geral*. Revista Opinião Jurídica. n. 09, 2007. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/download/1900/535>

WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito das sucessões*. Volume 6 – 14. ed. reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009

COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Karla de Augusto Oliveira Sarquis, aluna regularmente matriculada no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 41518047, período da manhã, Turma B, tendo realizado o TCC com o título:

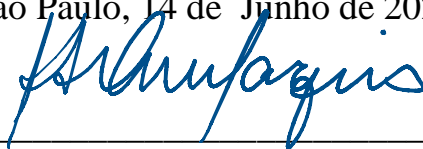
A INTERVENÇÃO ESTATAL NA ESFERA DO DIREITO DAS SUCESSÕES EM CONTRAPOSIÇÃO À AUTONOMIA PRIVADA NA CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE COM DESCENDENTES NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

sob a orientação do professor: João Ricardo Brandão Aguirre

Declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 14 de Junho de 2020.



Karla de Augusto Oliveira Sarquis