

7.4 A suposta (e inexistente) concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com o companheiro

A literalidade do comando do art. 1.830 do Código Civil termina por insinuar uma inusitada possibilidade de concorrência sucessória entre o companheiro e o cônjuge da pessoa falecida.

Isso porque afirma o texto legal aludido que o cônjuge somente perde o direito à herança se estiver divorciado ou *separado de fato há mais de dois anos*. Ademais, *se estiver separado de fato há mais de dois anos terá direito à herança se provar que a culpa da ruptura da conjugalidade não decorreu de culpa sua, mas do outro (é o que se vem chamando culpa mortuária ou culpa funerária)*.

Dessa forma, na redação fria da lei, estando separado de fato há menos de dois anos (ou, separado de fato além deste prazo, provando que a ruptura decorreu de culpa da pessoa morta), teria direito à herança.

Entrementes, durante esse período de separação de fato, o próprio Código Civil, no § 1º do seu art. 1.723, reconhece a possibilidade de *caracterização da união estável*, independentemente do prazo de separação de fato. E, como visto, a união estável produz efeitos sucessórios, seja qual for o tempo de convivência (CC, art. 1.790).

Observando a literalidade do dispositivo legal, alguns autores preconizam que haveria uma possibilidade abstrata de concorrência do cônjuge com o companheiro sobrevivente se a pessoa que ainda é casada, mas está separada de fato há menos de dois anos, falecer em união estável.¹¹⁹ Também se inclinou por esta solução o Enunciado 525 da Jornada de Direito Civil: *"os arts. 1.723, § 1º, 1.790, 1.829 e 1.830, do Código Civil, admitem a concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro sobreviventes na sucessão legítima, quanto aos bens adquiridos onerosamente na união estável"*.

É bem verdade que ainda não há manifestação jurisprudencial específica sobre o tema.

117. "A meação não se enquadra no conceito legal de herança, e pertence apenas ao cônjuge sobrevivente. O cálculo das custas e taxas judiciárias não pode considerar a meação, devendo tomar por base apenas o valor do monte a ser partilhado" (TJ/RS, Ac. 8ª Câmara Cível, AgInstr. 7001646328, Rel. Des. Rui Portanova, j. 14.8.06).

118. No que tange aos bens adquiridos após a separação de fato, o Superior Tribunal de Justiça é enfático em negar a partilha, mantendo como bem particular do adquirente: "O aresto recorrido está em sintonia com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que a separação de fato põe fim ao regime matrimonial de bens. Precedentes" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 678.790/PR, Rel. Min. Raul Araújo, j. 10.6.14, DJe 25.6.14).

119. Assim, OLIVEIRA, Euclides de, cf. *Direito de herança: a nova ordem de sucessão*, cit., p. 182; ALMEIDA, José Luiz Gavião de, cf. *Código Civil Comentado*, cit., p. 217.

Contudo, *modus in rebus*, comparativamente, o Superior Tribunal de Justiça, como visto,^{120, 121} firmou entendimento no sentido de que a separação de fato, independentemente de qualquer prazo, cessa o direito à meação e à herança, em razão da perda de solidariedade e convivência mútuas.

Em sendo assim, singrando os mares desbravados pela orientação da jurisprudência superior, mantendo a mesma linha de intelecção sobre a separação de fato, e de se reconhecer, por conta da cessação do afeto e, por conseguinte, dos efeitos do casamento, a solução no sentido de que a simples separação de fato, independentemente de qualquer prazo, implica, também, em extinção do direito do cônjuge à herança.

Anuindo a essa argumentação, a doutrina majoritária contemporânea:

"Se seguida a correta interpretação proposta para o art. 1.830 do Código Civil, em uma leitura idealizada, segundo a qual o cônjuge somente terá direito sucessório se não separado de fato, somente o companheiro terá direitos sucessórios" (TARTUCE, Flávio, cf. *Direito Civil*, cit., p. 275).

"Na medida em que o cônjuge separado de fato pode legalmente constituir união estável e, uma vez ocorrendo esta hipótese, será a união estável entidade familiar que qualificará a relação do sucessor com o autor da herança, tornando-a relevante para a sucessão, afasta-se, assim, o cônjuge sobrevivente separado de fato, atribuindo-se os direitos sucessórios do falecido ao companheiro." (NEVARES, Ana Luíza Maia, cf. *Tutela sucessória do cônjuge e companheiro na legalidade constitucional*, cit., p. 159-160)

7.5 A concorrência do cônjuge com os descendentes do autor da herança

7.5.1 Fundamentos da concorrência entre o cônjuge e os descendentes

No sistema sucessório anterior, o cônjuge somente recolhia a herança do falecido consorte quando inexistentes ascendentes ou descendentes – o que é, de fato, remoto.

Por outro lado, assumia o viúvo ou a viúva o direito real de usufruto vitalício, podendo retirar os frutos e administrar $\frac{1}{2}$ ou $\frac{1}{4}$ do patrimônio deixado pelo falecido e transmitido para os seus descendentes ou ascendentes – que figuravam em posição

120. "O cônjuge que se encontra separado de fato não faz jus ao recebimento de quaisquer bens havidos pelo outro por herança transmitida após decisão liminar de separação de corpos" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 1.065.209/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 8.6.10, DJe 16.6.10).

121. "2. Não faz jus à meação dos bens havidos pelo marido na qualidade de herdeiro do irmão, o cônjuge que encontrava-se separado de fato quando transmitida a herança. 3. Tal fato ocasionaria enriquecimento sem causa, porquanto o patrimônio foi adquirido individualmente, sem qualquer colaboração do cônjuge. 4. A preservação do condomínio patrimonial entre cônjuges após a separação de fato é incompatível com a orientação do novo Código Civil, que reconhece a união estável estabelecida nesse período, regulada pelo regime da comunhão parcial de bens (CC 1.725). 5. Assim, em regime de comunhão universal, a comunicação de bens e dívidas deve cessar com a ruptura da vida comum, respeitado o direito de meação do patrimônio adquirido na constância da vida conjugal" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 555.771/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 5.5.09, DJe 18.5.09).

anterior ao cônjuge. Já se percebeu que esse usufruto decorrente da viuvez se tornou fonte inesgotável de conflitos.

A nova ordem de vocação hereditária rumou a um norte diverso. Ao estabelecer, como regra geral, a concorrência do cônjuge com os descendentes, o colocou na primeira posição da ordem sucessória, ao lado da prole do falecido. A intenção de privilegiar o consorte é indiscutível.

Fundamenta-se, a toda evidência, em tutelar, com uma garantia patrimonial básica, quem mantinha uma relação afetiva com o extinto no momento do seu óbito.

7.5.2 A correlação entre a concorrência sucessória do cônjuge e dos descendentes e o regime de bens do casamento do falecido (hipóteses de exclusão do direito à herança)

Ao disciplinar a concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes do finado, o legislador estabeleceu uma correlação (condicional) com o regime de bens do casamento dissolvido pelo óbito. Note-se a literalidade do dispositivo legal:

Art. 1.829, Código Civil:

“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; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”.

Já se percebe que “o regime de bens é utilizado como critério na sucessão concorrente do cônjuge com descendentes do morto”. “É a única hipótese em que isso acontece”.¹²² O regime de bens do casamento, portanto, somente influi no direito sucessório na estrita, porém comum, hipótese de concorrência com descendentes.

A clareza meridiana do texto legal revela que a regra geral é a concorrência sucessória em favor do cônjuge, somente restando excluído o consorte nos casos excepcionados pelo próprio dispositivo.

“Adotou-se, como critério norteador, o fato de o cônjuge ser meeiro, por isso afastando seu direito de concorrer na herança com os descendentes, quando o casamento fosse no regime de comunhão universal ou, se no regime de comunhão parcial, o falecido não deixasse bens particulares”. (OLIVEIRA, Euclides de, cf. *Direito de herança: a nova ordem de sucessão*, cit., p. 97)

Note-se que o legislador excluiu o direito do cônjuge à herança do falecido se o casamento estava submetido ao regime de comunhão universal, de comunhão parcial, sem bens particulares e da separação obrigatória (legal) de bens. Nesses casos, a

122. LEITE, Glauber Salomão, cf. *Sucessão do cônjuge sobrevivente: concorrência com parentes do falecido*, cit., p. 98.

herança é atribuída direta e integralmente aos descendentes, privando o viúvo ou viúva de qualquer participação a título sucessório.

É de Zeno Veloso a enfática assertiva: "o legislador, como se verifica, cominou um ônus aos que se casaram naquelas circunstâncias[...] não quer o Código Civil que o cônjuge sobrevivente, concorrendo com os descendentes do *de cuius*, venha a receber bens que eram deste".¹²³

As justificativas para as exclusões são distintas.

No que tange ao regime de *comunhão universal de bens*, salientando que o fundamento da concorrência com o descendente é garantir uma proteção patrimonial básica ao consorte sobrevivente, entendeu o legislador despicendo a concorrência,¹²⁴ uma vez que já lhe é garantida a metade de *todos os bens deixados*, sejam comuns ou particulares.¹²⁵ Só havendo patrimônio comum, não há direito hereditário decorrente da viuvez. Nesse caso, recolherá o sobrevivente somente a meação, que incidirá sobre todo o patrimônio do falecido.

Não se olvide, no entanto, que mesmo no regime de *comunhão universal* há bens que estão excluídos da meação do casal. A *comunhão universal de bens*, efetivamente, não é absoluta. Observando ser necessário estabelecer algumas exceções, o art. 1.668 do *Codex* excluiu da *comunhão universal*: i) *os bens adquiridos por doação ou herança com cláusula de incomunicabilidade*¹²⁶ e, é claro, *os bens sub-rogados* (substituídos) *em lugar daqueles recebidos com a referida cláusula restritiva*; ii) *os bens gravados com fideicomisso, bem como o direito do fideicomissário antes de realizada a condição suspensiva*¹²⁷; iii) *as dívidas assumidas antes de casar, exceto aquelas obrigações decorrentes*

123. VELOSO, Zeno, cf. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*, cit., p. 62-63.

124. "O cônjuge sobrevivente que era casado com o falecido pelo regime da *comunhão universal de bens* não concorre na sucessão com os descendentes, uma vez que já lhe tocará a meação sobre a universalidade do patrimônio deixado pelo extinto" (TJ/RS, Ac. 8ª Câmara Cível, AgInstr. 70057067142 – comarca de Pelotas, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 30.1.14, DJRS 3.2.14).

125. A doutrina vem tentando conferir razão ao legislador, ao ponderar que nesse regime "o cônjuge sobrevivente, por ser meeiro, não será coerdeiro, tão só recolhendo a herança legal deixada pelo falecido os descendentes desse (filhos, netos, bisnetos, etc.)", CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de, cf. *Direito das Sucessões*, cit., p. 321.

126. Convém lembrar que o art. 1.911 do Código Civil estabeleceu regra pela qual a inserção de cláusula de inalienabilidade, nas doações e testamentos, faz presumir as demais: "a cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade". De certo modo, esta regra já era, ao menos parcialmente, reconhecida pela Súmula 49 do Supremo Tribunal Federal que, mais restritivamente, é bem verdade, já estabelecia: "a cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens".

127. Fideicomisso é um instituto típico do Direito das Sucessões, especificando uma substituição testamentária, quando o testador nomeou como beneficiário do seu testamento a prole eventual, ou seja, o filho que alguém ainda vai ter (CC, art. 1.952). Fixa-se o prazo de dois anos para que a prole eventual seja concebida, sob pena de caducidade da cláusula testamentária. Assim, enquanto a prole eventual não vier a nascer com vida, pode o testador nomear-lhe um substituto (que, curiosamente, nesse caso, assume a titularidade do patrimônio antes do substituído), que receberá uma propriedade resolúvel – que se manterá até que a prole eventual venha a nascer com vida. Tem-se, pois, uma sucessividade de titularidades: com a morte do testador, o bem é transmitido para o substituto (chamado de fiduciário) para que, implementada a condição (isto é, nascendo com vida a prole eventual, dentro do prazo de caducidade), seja transmitido

de despesas para o próprio casamento (chamadas de aprestos);¹²⁸ iv) as doações feitas por um consorte ao outro com cláusula de não-comunhão (incomunicabilidade);¹²⁹ e v) os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão, os proventos do trabalho de cada um, as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.¹³⁰ Como a regra geral da comunhão universal é a plena comunhão patrimonial, estes bens separados por força de lei devem ser entendidos em caráter excepcional, não comportando interpretação ampliativa. Em suma-síntese: na comunhão universal, os bens comuns constituem a regra; os bens próprios e particulares, a exceção.¹³¹

Com relação aos bens excluídos da comunhão universal, entendemos, procurando respeitar a lógica do sistema, que haverá direito sucessório para o cônjuge sobrevivente, conquanto a clareza normativa conduza a um resultado distinto. Aderimos à reflexão de José Luiz Gavião de Almeida, no sentido de que o cônjuge casado pelo regime de comunhão universal estará privado da herança se somente existir "patrimônio comum. Não havendo, cabe-lhe quota na sucessão dos bens particulares do falecido".¹³²

Seguindo a mesma linha da exceção antecedente, na hipótese do regime de *comunhão parcial sem bens particulares*, também não há direito sucessório para o cônjuge. Sob o ponto de vista prático, uma comunhão parcial sem bens particulares corresponde a uma verdadeira comunhão universal de bens, na medida em que todo o patrimônio será dividido, inexistindo qualquer bem exclusivo do finado. Aplicam-se, pois, as mesmas justificativas apresentadas para a exclusão sucessória da comunhão universal.

In fine, em se tratando de regime de *separação obrigatória de bens* (CC, art. 1.641),¹³³ priva-se o cônjuge do direito à sucessão do falecido por conta da diá-

para o substituído (denominado de fideicomissário). O art. 1.668 do Estatuto Civil estabelece que os bens gravados com fideicomisso não entram na comunhão universal. Assim, se o fiduciário, casado em comunhão universal, recebe um bem gravado com fideicomisso, não haverá comunhão sobre ele. Como é de se notar, a hipótese é de pouquíssima utilidade prática, até porque o art. 1.952 do mesmo Código restringiu, sensivelmente, o uso do fideicomisso.

128. Realmente, é justificável excluir da comunhão universal as dívidas anteriores ao matrimônio porque não reverteram em proveito do casal, não se justificando a responsabilização do consorte de quem as assumiu. Bem por isso, quando se tratar de dívida anterior às núpcias que, de algum modo, foi assumida para pagar os preparativos do casamento (chamadas de *aprestos*), justifica-se o seu ingresso na comunhão de bens, respondendo ambos os cônjuges pelo seu inadimplemento.

129. A disposição inserida no inciso IV deste artigo é completamente especiosa, por já estar abarcada no inciso I, que lhe é mais abrangente.

130. A exceção se justifica porque os bens de uso pessoal e os instrumentos de profissão (como o material cirúrgico dos médicos e dos odontólogos, o automóvel do taxista...) se prestam à materialização do chamado *patrimônio mínimo* (ou *mínimo existencial* da pessoa humana), merecendo proteção especial para a garantia da dignidade dos seus respectivos titulares.

131. Por isso, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que "no regime de comunhão universal de bens, as verbas percebidas a título de benefício previdenciário resultantes de um direito que nasceu e foi pleiteado conjugal" (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 918.173/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 10.6.08, DJU 23.6.08).

132. ALMEIDA, José Luiz Gavião de, cf. *Código Civil Comentado*, cit., p. 224.

133. Art. 1.641, Código Civil: "É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial."

para patrimonial pretendida pelo legislador.¹³⁴ Considerando que a intenção desse regime é apartar os patrimônios, sob a alegação de suposta proteção de terceiros, impede-se o acesso à herança do defunto. Destaca 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 a teimosia de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar é impor sanções patrimoniais".¹³⁵

Ignora-se, no entanto, que, de há muito, a jurisprudência mitigou, arrefeceu, a dureza da separação obrigatória de bens, garantindo ao cônjuge o direito à meação sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da relação (aquestos), presumindo o esforço comum, com vistas a impedir um enriquecimento sem causa. É o que garante a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 377, Supremo Tribunal Federal:

"No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento."

De fato, a restrição legal imposta à liberdade de eleição dos regimes de bens pelo art. 1.641 da Lei Civil é, de tal modo, desarrazoada que a própria jurisprudência cuidou de superar a sua aplicação. Assim, nos casamentos celebrados pelo regime de separação obrigatória, os aquestos (bens adquiridos onerosamente na constância do matrimônio) se comunicam pelo simples fato de que o esforço comum do casal é presumido, sob pena de perpetuar violação à proibição do enriquecimento sem causa. Por isso, nos casamentos submetidos à separação compulsória, "incide a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que, por sinal, não cogita do esforço comum, presumido neste caso, segundo entendimento pretoriano majoritário" (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 154.896/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 20.11.03, DJU 1.12.03).

Este esforço comum não precisa decorrer do exercício de atividade remunerada, podendo se materializar pela própria coexistência afetiva e pela solidariedade presente na relação conjugal. Exigir a prova de alguma contribuição financeira seria inviabilizar a aplicação do entendimento sumulado.¹³⁶ Avizinha-se, com isso, a separação

134. "São hipóteses verdadeiramente sancionatórias, em que o legislador impõe restrições à disponibilidade patrimonial de determinadas pessoas que resolvem casar. É o denominado *regime legal obrigatório* ou *regime de bens compulsório*", FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Curso de Direito Civil: Famílias*, cit., p. 239.

135. DIAS, Maria Berenice, cf. *Manual de Direito das Famílias*, cit., p. 229.

136. "As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal *não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união*. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros" (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 736.627/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 11.4.06, DJU 1.8.06, p. 436).

legal do regime de comunhão parcial de bens,¹³⁷ permitindo a partilha dos aquestos naquela, inclusive com presunção de esforço comum para a aquisição.

Em resumo, no regime de *separação obrigatória de bens* não há uma *separação total dos bens*, comunicando-se os aquestos e evidenciando a incoerência da exceção sucessória imposta pelo dispositivo legal.

Ignorou, portanto, o legislador toda a evolução jurisprudencial conferida ao regime de separação obrigatória de bens ao negar, peremptoriamente, direito sucessório a quem está submetido ao regime de separação imposta por lei. Esqueceu que o tratamento conferido pelos Tribunais é incompatível com a dureza que decorre do texto legal.

Excluídas da sucessão, portanto, as pessoas casadas nos regimes de comunhão universal, comunhão parcial sem bens particulares e separação obrigatória de bens, por força de lei (CC, art. 1.829, I), nota-se que, nos demais regimes de bens (comunhão parcial com bens particulares, participação final nos aquestos, separação convencional de bens e nos regimes escolhidos pela livre vontade das partes, com esteio na autonomia privada,¹³⁸ haverá concorrência hereditária com os descendentes.

7.5.3 A ilógica concorrência do cônjuge casado no regime de separação absoluta de bens com os descendentes do falecido

Singrando os mares abertos pelo dispositivo legal (CC, art. 1.829, I), a partir da observação das exceções ali estabelecidas, parece defluir do texto normativo que o legislador teria reconhecido a existência de direito hereditário, em concorrência com os descendentes, em favor do cônjuge casado no regime de *separação convencional de bens*, também chamada de *separação total de bens*.¹³⁹

A separação convencional de bens é o regime de bens que promove uma absoluta diáspora patrimonial, obstando a comunhão de todo e qualquer bem adquirido por cada cônjuge, antes ou depois do casamento, seja a título oneroso ou gratuito.

137. Identicamente, Flávio Tartuce enfatiza que “a jurisprudência transformou a separação legal ou obrigatória de bens em uma comunhão parcial, havendo direito a uma meação dos bens havidos durante o casamento, independentemente da prova do esforço das partes”, TARTUCE, Flávio, cf. *Direito Civil*, cit., p. 162.

138. Tendo na tela da imaginação o fato de que os efeitos econômicos de uma entidade familiar dizem respeito a interesses disponíveis, em linha de princípio, é intuitivo afirmar a liberdade de escolha, calcada na *autonomia privada*. Abraça, com isso, o Direito Civil brasileiro o princípio da liberdade de escolha do regime de bens, conferindo aos esposos o direito de eleger o regramento norteador das relações econômicas que afloram da comunhão de vida (propriedade dos bens, administração patrimonial, gozo e disponibilidade dos direitos patrimoniais, responsabilidade por dívidas etc.). Reza o comando do art. 1.639 da norma codificada, com clareza solar: “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. Desse modo, podem os nubentes eleger, livremente, o regime de bens que julgar mais adequado, mesmo que não esteja contemplado na lei, utilizando absoluta criatividade.

139. Apoiando essa compreensão sobre a norma legal, vide CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de, cf. *Direito das Sucessões*, cit., p. 329; NADER, Paulo, cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p. 142; CARVALHO NETO, Inácio de, cf. *Direito sucessório do cônjuge e do companheiro*, cit., p. 129.

Outorga-se a cada esposo uma independência absoluta quanto aos seus bens e obrigações, no presente e no futuro. Enfim, nos matrimônios celebrados pela separação convencional cada cônjuge mantém um patrimônio particular, inexistindo qualquer ponto de interseção de bens.

É, sem dúvida, o mais simplificado de todos os regimes patrimoniais, por não apresentar pontos de comunhão, afastando as controvérsias naturais de uma liquidação de bens comuns. No regime de separação convencional não existem bens comuns, estabelecendo, pois, uma verdadeira *separação absoluta de bens*.

No ponto, inclusive, é mister chamar a atenção para o fato de que ele se difere, radicalmente, da *separação obrigatória* ou *legal*, submetida ao art. 1.641 do Código de 2002. Nesta (separação obrigatória), por conta da incidência da Súmula 377 da Suprema Corte, haverá comunhão dos aquestos (bens adquiridos onerosamente na constância do casamento), deixando claro que a separação não é total. Naquela (separação convencional), inexistem bens comuns, permitindo que seja, de fato, denominada *separação absoluta* ou *total*. Isto, por si só, já serve para justificar a exigência de outorga, consentimento, do cônjuge para alienar ou onerar bens imóveis - e para prestar fiança ou aval - se o matrimônio estiver sob o regime de separação obrigatória, sendo totalmente desnecessária, por lógico, esta outorga se o casamento é regido pela separação convencional. É, pois, absoluta *manifestação da autonomia privada do casal*, que pretende dividir sentimentos, sem qualquer mistura patrimonial.

O regime de separação convencional vem sendo utilizado, nos dias atuais, por casais que já possuem patrimônio ou quando um deles exerce profissão que comporta riscos financeiros, permitindo uma maior liberdade de atuação do titular sobre os seus bens. É preciso, aliás, deixar de ser visto com olhos críticos (de uma cultura que não mais condiz com a realidade), insinuando que a adoção da separação de bens implicaria em menos afeto e amor recíproco entre o casal. Não há, enfim, no regime de separação de bens uma dissociação espiritual entre os cônjuges. Ao revés, a sua adoção parece consubstanciar, com exatidão, um grande desprendimento e evidenciar a falta de interesse material no casamento.

A intenção dos cônjuges que escolhem, livre e reciprocamente, o regime de separação absoluta é de clareza solar: estabelecer uma relação afetiva *sem interseções patrimoniais*, apenas *afetivas e amorosas*. O que é de um deles não se mistura com o outro, sendo comum somente o afeto.

A autonomia privada opera em evidente manifestação da liberdade humana!

Contudo, 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.

Com efeito, o inciso I do art. 1.829 do *Codex*, em análise perfunctória, parece permitir a concorrência sucessória do cônjuge casado sob o regime de separação convencional de bens com os descendentes do finado. 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!

Sendo corriqueira no mundo em que vivemos a ocorrência da reconstituição familiar (*famílias ensambladas*), preocupa-nos, a mais não poder, a violação da autonomia privada de quem casou no regime de separação absoluta para nada comunicar com o consorte, porque tencionou deixar o patrimônio para os filhos (que não são descendentes do consorte), e, posteriormente ao óbito, tem a sua vontade ignorada pelo sistema, por conta de uma atávica necessidade de distribuir patrimônio para quem casou. Como se o casamento tivesse de produzir efeitos patrimoniais.

Entendemos, firmemente, que as pessoas casadas no regime de separação convencional de bens não podem herdar, em concorrência com os descendentes, sob pena de afronta direta à autonomia privada e a todos os princípios garantidores da liberdade de autodeterminação.

Não temos dúvida de que, no âmbito do Direito Civil contemporâneo, inclusive do Direito das Sucessões, há de prevalecer a *intervenção mínima do Estado*, garantindo o exercício das liberdades. Máxime em situações, como esta, nas quais *inexiste qualquer interesse público*. Esta é, seguramente, a melhor forma de respeitar a tábua axiológica constitucional, garantidora da dignidade humana, da liberdade e da igualdade. Seguimos, no ponto, a orientação filosófica que emana dos mais festejados pensadores contemporâneos, como Robert Nozick, em seu clássico *Anarquia, Estado e Utopia*. Como sustenta o professor de Harvard, o mundo pós-moderno exige “um Estado mínimo, sem possibilidade de intervenção por meio de políticas de distribuição, que tenham como alicerce a propriedade privada”.¹⁴⁰ Prospecta o renomado pensador que uma eventual desigualdade econômica entre pessoas, em uma determinada relação, é algo natural dentro da sociedade, já que as pessoas são livres para despenderem seus gastos de acordo com seus gostos. Uma intervenção do Estado para confiscar parte de seus ganhos para distribuir ao mais desfavorecidos acabaria por desmotivar o indivíduo a se tornar mais eficiente. A regra geral, portanto, tem de ser a *intervenção mínima do Estado nas relações privadas*, garantindo o exercício absoluto das liberdades.

Os direitos individuais, dentre os quais a propriedade *privada*, não podem ser atropelados para edificar um conceito efêmero de felicidade alheia. Ou seja, as “restrições indiretas” do Estado (como atribuir herança a quem é casado no regime de separação voluntária) se apresentam como um ultraje de direitos fundamentais, que deveriam ser considerados com o mesmo valor dos imperativos categóricos: isto é, devem ser respeitados independente de qualquer circunstância, uma vez que, de acordo com Kant, os imperativos categóricos são incondicionais.¹⁴¹

140. NOZICK, Robert, cf. *Anarquia, Estado e utopia*, cit., p. 186 ss.

141. “As propriedades a que as pessoas têm direito não podem ser confiscadas, mesmo para assegurar igualdade de oportunidades aos demais[...] Frequentemente, a pessoa que tem o direito de transferir uma propriedade não sente qualquer desejo especial de fazê-lo para uma dada pessoa”, NOZICK, Robert, cf. *Anarquia, Estado e utopia*, cit., p. 259.

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 e exclusivos filhos – privando os *filhos do titular do patrimônio!!!*

Há uma tendência natural de produção de conflitos familiares decorrentes da atribuição de herança a quem é casado no regime de separação convencional de bens.

“Não há como admitir que os 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, 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.

E como não há qualquer regime de bens que impeça tal resultado, talvez a solução seja não casar, viver só ou em união estável.”¹⁴²

Com isso, portanto, termina-se por retirar das pessoas a própria liberdade de casar e escolher o seu destino.

Nessa linha de intelecção, a melhor interpretação a ser emprestada à concorrência sucessória do descendente com o cônjuge é no sentido de asseverar que a norma jurídica não quis reconhecer o direito hereditário do cônjuge casado pelo regime de separação absoluta (total) de bens.

É certo – e isso não se põe em dúvida – que toda norma jurídica traz consigo, de modo não intencional, uma pluralidade de signos e de significados, exigindo do intérprete a busca do sentido normativo que permita uma comunicação clara e precisa com a sociedade, que lhe incumbe tutelar. Com precisão cirúrgica, Karl Larenz, um dos mais importantes filósofos dedicados à matéria, esclarece: “‘interpretação’ (*Auslegung*) é, se nos ativermos ao sentido das palavras, ‘desentranhamento’ (*Auseinanderlegung*), difusão e exposição do sentido disposto no texto, mas, de certo modo, ainda oculto. *Mediante a interpretação ‘faz-se falar’ este sentido, quer dizer, ele é enunciado com outras palavras, expressado de modo mais claro e preciso, e tornado comunicável*”.¹⁴³

142. DIAS, Maria Berenice, cf. “Ponto final”, cit., passim.

143. LARENZ, Karl, cf. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 441.

Ora, a compreensão da *quaestio juris* em alusão exige um atento olhar à sociedade brasileira, em especial às pessoas interessadas em casar sob o regime de separação de bens. Nesse caso, a intervenção do Estado em uma relação eminentemente privada, nesse caso, é absurda e excessiva. Não se justifica por nada afrontar a liberdade de vida de pessoas humanas, em tema que não diz respeito a qualquer interesse social, comunitário ou público!!!

Como explicar às pessoas que vivem em nosso país que, apesar de estarmos sob a égide da uma ordem jurídica democrática, cessado o (pouco saudoso) tempo ditatorial, não podem se autodeterminar? Como dizer que a *vontade das pessoas*, manifestada expressamente, é irrelevante em uma relação eminentemente *privada*?

Vem-nos à mente a (muito bem-vinda) reflexão de Platão, em seu *As Leis* (São Paulo: Edipro, 2. ed., 1999, Livro XI),¹⁴⁴ ao apresentar uma pessoa humana que, após uma vitoriosa vida profissional e econômica, antevendo a iminência da mansão dos mortos, pede aos deuses que se lhe reconheça o direito de que se distribua, após o óbito, o patrimônio amealhado, do qual irá se divorciar em breve, como bem lhe aprouver. Recebe, então, uma inusitada resposta, bem aplicável ao estudo *sub oculis*: “tu que não podes prometer a ti mesmo mais de um dia, tu que mal transitas pelo mundo, tão efêmero é o teu existir, podes, com fundamentos plausíveis, decidir de tais assuntos? *Não és dono de teus bens nem de ti mesmo*: tu e os teus bens pertenceis à família, isto é, aos teus antepassados e aos teus pósteros”.

Ao nosso visio, estaremos condenando as pessoas que, por motivos pessoais (como, v. g., por já terem patrimônio e filhos de relações anteriores), escolhem o regime de separação total de bens a não casar, uma vez que o regime separatório não conseguiria impedir uma indesejada sucessão para o cônjuge. Impõe-se uma verdadeira *escolha de Sofia* para quem elege a separação absoluta de bens: casar e ver a sua vontade violada, com a atribuição de herança ao seu cônjuge, retirando patrimônio dos filhos, que podem não ser da viúva, ou, simplesmente, não casar, para ver preservados os seus interesses patrimoniais.

Em apoio ao entendimento apresentado, Paulo Lôbo esclarece que “a interpretação que postula a extinção do efeito essencial do regime de separação convencional de bens (incomunicabilidade), esvazia de sentido lógico suas finalidades e nega respeito à liberdade de escolha e, conseqüentemente, ao princípio constitucional da liberdade (art. 5º da Constituição) que é expressão do macroprincípio da dignidade da pessoa humana, pois não há dignidade se a pessoa não pode organizar livremente o seu projeto de vida privada e familiar”.¹⁴⁵

E não se afirme, de nenhum modo, que o cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens restaria desprotegido. *Primus*, porque se o outro

144. Em *As Leis*, assim como em *A República*, o filósofo apresenta uma visão socialista do Estado. Além disso, demonstra a importância da religião como fundamento para a organização em sociedade, fugindo da ideia imaginada por Sócrates.

145. LÔBO, Paulo, cf. *Direito Civil: Sucessões*, cit., p. 138.

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 a sua vontade. *Secundus*, por não se poder esquecer que o regime de bens foi escolhido *recíproca e voluntariamente*, pela deliberação de ambos, que manifestaram, expressamente, a vontade de nada comunicar patrimonialmente. Ora, conceder direitos patrimoniais a quem assim não declarou nada desejar, despertando confiança no outro e no núcleo familiar, representaria um visível comportamento contraditório, incorrendo em abuso do direito por *venire contra factum proprium*.

Ao notar que a maioria esmagadora dos cientistas jurídicos declara apoio à interpretação de que a pessoa casada em regime separatório, escolhido livre e espontaneamente pelos próprios envolvidos, tem direito à herança, percebe-se a influência de uma compreensão paternalista (e um pouco religiosa) da sociedade. Como se as pessoas virtuosas tivessem, necessariamente, de deixar o seu ex-cônjuge beneficiado com uma vantagem patrimonial. É como se afeto, amor, solidariedade, cumplicidade, desejo... não fossem suficientes na memória da pele e do coração do viúvo ou viúva.

Sobre o tema, parece bem oportuna a filosofia sobre o livre arbítrio de John N. Gray, professor de Pensamento Europeu na *London School of Economics*, em sua festejada obra *Cachorro de Palha* (São Paulo: Record, 2005). O pensador britânico, que é considerado uma das grandes inteligências atuais, instiga uma reflexão sobre a forma com que as crenças impensadas disseminadas pela moral e pela religião são incorporadas mesmo por pessoas pensantes. Alerta, então, que os humanistas contemporâneos ousam acreditar que possuem uma visão racional do mundo, mas a sua crença essencial no progresso é uma superstição, mais afastada da verdade. Com isso, desafia as mais acalentadas pressuposições dos cientistas – o que é absolutamente pertinente ao tema em apreço: parece-nos ser o momento de (re)pensar a assertiva de que um sistema democrático, que pretende garantir a liberdade das pessoas, como expressão clara de sua dignidade, precisa assegurar transmissão patrimonial a pessoas casadas, pelo simples motivos de serem cônjuges durante uma vida, *mesmo contra a vontade delas mesmas*.

Para além desse arsenal argumentativo, importa observar que autorizar a sucessão do cônjuge casado em regime de separação convencional (total), em concorrência com o descendente, implicaria em absoluta incoerência de tratamento em relação ao regime de separação obrigatória de bens. Chegar-se-ia ao cúmulo de dizer, meramente por suposta interpretação literal do texto normativo, 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.

Miguel Reale, que coordenou a comissão elaboradora do Código Civil vigente, percebeu a incoerência aqui apontada: “em um código os artigos se interpretam uns pelos outros, eis a primeira regra de hermenêutica jurídica estabelecida pelo jurisconsulto Jean Portalis, um dos principais elaboradores do Código Napoleônico.

Em interpretação sistemática, compreensiva, a expressão 'separação obrigatória', constante no art. 1.829, I, do Código Civil devia compreender a separação de bens decorrente de pacto antenupcial celebrado pelos nubentes, de forma que, tanto no regime de separação mencionado no art. 1.641, como no de separação previsto no art. 1.687, o cônjuge *não* concorreria com os descendentes".¹⁴⁶

Em sede jurisprudencial superior, durante algum tempo, reinou a discórdia. Divergindo internamente, alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça se inclinavam por prestigiar a autonomia privada, *excluindo o direito à herança quando o viúvo estava sob o regime de separação convencionalmente escolhida*.¹⁴⁷ Em sentido diametralmente oposto, outros julgados aplicavam a literalidade do texto legal, garantindo ao cônjuge supérstite casado em separação absoluta de bens o direito hereditário em concorrência com os descendentes.¹⁴⁸

146. Apud VELOSO, Zeno, cf. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*, cit., p. 70.

147. "Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário. – Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos. – No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal – declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal – é a seguinte: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos. – A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório 'traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida'. – Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações. – Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado. – Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens *post mortem*, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria." (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 992.749/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 1.12.09, DJe 5.2.10, RSTJ 217:820)

148. "1. O art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 confere ao cônjuge casado sob a égide do regime de separação convencional a condição de herdeiro necessário, que concorre com os descendentes do falecido independentemente do período de duração do casamento, com vistas a garantir-lhe o mínimo necessário para uma sobrevivência digna. 2. O intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511 do Código Civil) conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social. 3. O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial. 4. O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço no direito de família, a vida em comum. As situações, porquanto distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio

Deixando de lado as hesitações e controvérsias, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça restou pacificada, reconhecendo o direito sucessório do cônjuge casado no regime de separação absoluta, total, de bens, por se tratarem de bens particulares. Confira-se:

“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.” (STJ, Ac. 2ª Seção, REsp. 1.382.170/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 22.4.2015).

O entendimento nos preocupa sobremaneira por ignorar, por completo, o regime de bens *escolhido voluntariamente pelo casal*, por ambos!, afrontando a autonomia privada. Com essa perspectiva, para contemplar o consorte sobrevivente (casado em regime de separação absoluta) com a herança do falecido, *retira-se dos seus descendentes*. No ponto, não se pode esquecer que *os descendentes do falecido podem não ser filhos ou netos do cônjuge sobrevivente!* Sendo corriqueira no mundo em que vivemos a ocorrência da reconstituição familiar (*famílias ensambladas*), preocupa-nos, a mais não poder, a violação da autonomia privada de quem casou no regime de separação absoluta para nada comunicar com o consorte, porque tencionou deixar o patrimônio para os filhos (que não são descendentes do consorte), e, posteriormente ao óbito, tem a sua vontade ignorada pelo sistema, por conta de uma atávica necessidade de distribuir patrimônio para quem casou. Como se o casamento tivesse de produzir efeitos patrimoniais.

Entendemos, firmemente, que as pessoas casadas no regime de separação convencional de bens não podem herdar, em concorrência com os descendentes, sob pena de afronta direta à autonomia privada e a todos os princípios garantidores da liberdade de autodeterminação.

De qualquer modo, reconhecemos que a jurisprudência fixada pela Corte Superior parametriza uma orientação que deve ser seguida pelos julgados das instâncias ordinárias. Trata-se, pois, de uma orientação sobre a matéria para a qual se deve atentar, sem deixar de lado a importante discussão sobre a matéria, que pode voltar à agenda, com novos argumentos.¹⁴⁹

da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade patrimonial não se perpetua *post mortem*. 5. O concurso hereditário na separação convencional impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, especialmente porque o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art. 1.829, I, do Código Civil. 6. O regime da separação convencional de bens escolhido livremente pelos nubentes à luz do princípio da autonomia de vontade (por meio do pacto antenupcial), não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, que é imposto de forma cogente pela legislação (art. 1.641 do Código Civil), e no qual efetivamente não há concorrência do cônjuge com o descendente.” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 1.472.945/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23.10.14, DJe 19.11.14)

149. Sobre o tema, inclusive, vale conferir o correto posicionamento da Corte Superior de Justiça, deixando clara a necessidade de atenção aos precedentes judiciais verticais, para não causar instabilidade e insegurança