

LIBERDADE DE DISPOSIÇÃO PATRIMONIAL NO CASAMENTO: SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS E CONDIÇÃO DE HERDEIRO NECESSÁRIO

LIBERTAD DE DISPOSICIÓN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO: SEPARACIÓN CONVENCIONAL DE BIENES E CONDICIÓN DE HEREDERO NECESARIO

Antonio Cezar Quevedo Goulart Filho*

RESUMO: Pretendemos problematizar a sucessão do cônjuge, em especial, a possibilidade de autorregulação patrimonial para que ambos não recebam patrimônio um do outro se assim não desejarem. Abordamos primeiramente o contexto do direito das famílias contemporâneo, dada sua ligação aproximada com o direito sucessório, para que se possa saber o plexo de valores que envolve a família atual e destacar os princípios constitucionais aplicáveis, em especial a igualdade e a liberdade. Depois, perpassa-se pelo direito das sucessões, destacando o sentido das alterações legislativas, os fundamentos e o contexto atual das sucessões. Por fim, utilizando-se das premissas levantadas, discorreremos sobre os diversos questionamentos acerca da sucessão do cônjuge – em especial sobre o regime de separação convencional de bens e a condição de herdeiro necessário –, fazendo propostas a partir dos princípios constitucionais e os fundamentos do instituto que ocorrem na hipótese.

PALAVRAS-CHAVE: direito das sucessões; cônjuge; liberdade patrimonial; solidariedade; regime de separação convencional de bens; herdeiro necessário.

RESUMEN: Pretendemos problematizar la sucesión del cónyuge, en particular, la posibilidad de autorregulación patrimonial para que ambos no reciban patrimonio entre sí si no quieren. Tratamos, en primer lugar, el contexto del derecho de las familias contemporáneo, dada su relación aproximada con el derecho de sucesión, para que se pueda conocer el plexo de valores que envuelve a la familia y poner en relieve los principios constitucionales aplicables, en particular la igualdad y la libertad. Después, se expone sobre el derecho de sucesión, destacando el sentido de los cambios legislativos, los fundamentos y el contexto actual de la sucesión. Por último, partiendo de las premisas planteadas, hablamos de las diversas preguntas sobre la sucesión del cónyuge – en particular acerca del régimen de separación convencional de bienes y de la condición de heredero necesario –, haciendo propuestas partiendo de los principios constitucionales y de los fundamentos del instituto que ocurren en la hipótesis.

PALABRAS-CLAVE: derecho de sucesión; cónyuge; libertad patrimonial; solidaridad; régimen de separación convencional de bienes; heredero necesario.

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 é, como se sabe, fruto de um trabalho legislativo envelhecido. Tramitou durante diversas décadas até que chegasse ao final de sua votação e promulgação. Diante disso, é evidente, foi preciso que passasse por diversas atualizações, embora nem sempre a contento. E talvez a situação em que a atualização do projeto tenha se feito mais sentida e deficiente é a do trato das conjugalidades.

À época do início da redação do Código, a única forma de constituição de família reconhecida era a do casamento. A Constituição de 1988 alterou radicalmente esse quadro, ao

* Mestrando em Direito das Relações Sociais pela UFPR, graduado pela mesma instituição. Especialista em Direito das Famílias e Sucessões pela ABDCConst.

reconhecer expressamente a união estável e a família monoparental, e foi necessário que o legislador adaptasse o texto ao novo contexto constitucional.

Ao fazê-lo, no entanto, realizou o trabalho de forma inadequada. A colocação tópica dos dispositivos que mencionam a união estável e a falta de sua menção em diversos momentos mostra como o Código foi “remendado”, incluindo o “retalho do companheirato” em alguns pontos e não o fazendo em outros da “manta” do direito das famílias e das sucessões. No Livro do Direito das Sucessões, a colocação do companheiro foi feita de forma extremamente precária, sendo alvo de intensos debates.

Não fosse essa questão tormentosa o suficiente, o legislador, com a intenção de arejar o direito das sucessões para beneficiar o consorte, fez modificações atrapalhadas, com textos de difícil interpretação para fixar a concorrência sucessória, além de incluir o cônjuge no rol dos herdeiros necessários, mudança de discutível atualidade social.

Os debates decorrentes da falta de clareza legislativa se tornaram bastante intensos, fixando-se as mais diversas correntes interpretativas para solucionar esses problemas.

Reconhecendo que o direito sucessório acaba, por via reflexa, influenciando os relacionamentos familiares, o presente trabalho pretende, então, discutir essas questões à luz do que se entende como papel das conjugalidades – em verdade, restringindo a abordagem ao casamento – e sua regulação jurídica hoje. Mais especificamente, pretendemos abordar a questão da possibilidade de separação total do patrimônio entre os cônjuges, mesmo após a morte, tema que ganhou novos contornos após o REsp n.º 992.749/MS.

O estudo, sem deixar de buscar colher elementos do tecido social acerca dos relacionamentos afetivos, buscou elementos da ordem constitucional do direito das famílias e os fundamentos do direito sucessório, a fim de fazer uma análise crítica das diversas correntes doutrinárias que se colocam sobre os temas envolvendo a sucessão do cônjuge e do companheiro.

2 DIREITO DAS FAMÍLIAS, SUCESSÕES E LIBERDADE PATRIMONIAL

O Código Civil anterior consubstanciava os valores de sua época. O patriarcalismo, a hierarquização e a transpessoalidade foram os caracteres que se apresentaram no diploma legislativo de 1916, traçando um modelo jurídico para a família brasileira ainda com os valores do século XIX (RUZYK, 2005, p. 121). Preservava-se o patrimônio dentro da mesma linhagem sanguínea e ignorava-se qualquer vínculo afetivo que não o regularmente celebrado.

Era presente nesse quadro a indissolubilidade do matrimônio. Às pessoas não era lícito se divorciar. Podiam apenas desfazer o que se chamava de sociedade conjugal através do desquite, mantendo-se o vínculo conjugal e sustentando-se uma dicotomia que, ao longo do século XX, foi perdendo cada vez mais sentido, em especial após a aprovação da Emenda Constitucional n.º 9/1977 e da Lei n.º 6.515/1977, que instituíram o divórcio, limitado a apenas uma vez. O desquite foi convertido no instituto da separação judicial, temporário por natureza, mas exigido pelas pressões da época.

As relações patrimoniais decorrentes do direito de família demonstravam a valorização da família-instituição. Prova disso era o regime legal de bens subsidiário que, até a Lei do Divórcio de 1977, era o de comunhão universal, perfeitamente coerente com a indissolubilidade do casamento. O direito sucessório, assim, não era preocupação do cônjuge, que supostamente estava amparado pela meação de uma vida inteira junto do falecido. Verificando-se a insuficiência da meação para socorrer o supérstite, a Lei n.º 4.121/1962 acrescentou os §§1º-2º ao art. 1.611 do CC/16, para trazer as proteções do usufruto viual e do direito real de habitação, conforme o regime de bens.

Assevere-se, nessa toada, que o papel do direito das sucessões que foi recepcionado no Código Civil de 1916, está intimamente ligado a uma determinada noção de propriedade, a propriedade individual, e a uma determinada forma de agrupamento familiar, a família nuclear heterossexual formalmente constituída pelo casamento, com predomínio masculino. Não se reconheciam direitos a quaisquer relações subjacentes ao matrimônio, inclusive buscando de qualquer forma refrear as tentativas de burlar o imperativo legal de proteção do casamento¹.

A família atual é marcada pela pluralidade, pela ausência de forma única. Alguns alardeiam a existência de uma suposta crise, que em verdade é um processo de revisão (MADALENO, 2012, p. 309). Há instabilidade nos vínculos afetivos, não estando as pessoas perpetuamente amarradas umas às outras nem por lei e nem pela moral vigente, o que é um reflexo dos tempos “líquidos”² atuais.

Acompanhando as mudanças dos relacionamentos afetivos, o direito de família como um todo vem sendo redesenhado, com a inserção de novos valores, de modo que as relações

¹ A título de exemplo, cite-se os dispositivos do Código Civil de 1916 que negam direitos à concubina e ao filho adulterino: “Art. 1.719. Não podem também se nomeados herdeiros, nem legatários: [...] III. A concubina do testador casado”; “Art. 358. Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos.”

² Trata-se de expressão celebrizada por Zygmunt Bauman (2004, p. 65), que inclusive dedica obra aos relacionamentos afetivos da contemporaneidade. Segundo explana o autor, o ser humano atual, ao utilizar a lógica de consumidor, não se prende a vínculos duradouros, busca principalmente o prazer imediato e instantâneo, sem os grilhões que perduram longa data e o marcam de incertezas.

de conjugalidade vêm recebendo transformações no seu tratamento jurídico, a partir de novos entendimentos sobre as relações afetivas livremente escolhidas e o papel do Estado e da sociedade em relação a elas.

As relações patrimoniais tem grande importância, na medida em que influenciam as escolhas das pessoas de se relacionar ou não. Assim, não podem ser ignoradas, pois tem repercussão direta na liberdade afetiva dos consortes. E, embora tratado como um ramo separado do direito, o direito das sucessões tem ligação direta com as relações patrimoniais (e mesmo existenciais) do direito das famílias, de modo que é influenciado pelas transformações deste:

A sucessão legítima é informada pelos vínculos familiares e, portanto, é a família que fornece os critérios para a escolha dos sucessores que integrarão a ordem de vocação hereditária e o rol dos herdeiros necessários. Desse modo, é preciso analisar a concepção de família presente no nosso ordenamento jurídico, para que seja possível compreender e avaliar a disciplina da sucessão legítima existentes no mesmo. (NEVARES, 2010, p. 589.)

Não se pode descuidar que, nas relações afetivas, os efeitos patrimoniais levados em consideração antes do ingresso em uma entidade familiar não se restringem ao regime de bens, mas também aos eventuais direitos sucessórios. O estatuto patrimonial próprio do direito das famílias leva à comunicação (ou não) dos bens ao longo da vida, mas a relação de conjugalidade pode importar em “comunhão” após a morte. O vínculo familiar está na base do direito sucessório, quando se trata de sucessão legítima, de modo que não se pode ignorar as influências recíprocas.

É marca da família eudemonista a liberdade. Por muito tempo, a liberdade se confundiu com o que se chamou de “autonomia privada” ou “autonomia da vontade”, que se dava mais em um plano formal de não intervenção na celebração de trânsito jurídico, do que uma preocupação com as efetivas possibilidades de realização dessa autonomia. A pessoa é vista a partir da noção abstrata de sujeito de direito, não tendo em conta sua realidade vivida: “A própria pessoa é que se coloca *in abstracto*, perfil jurídico não definido a partir de suas condições concretas; compreende imensa gama, independente de sua condição econômica, social ou histórica, noção que tem a pretensão de inscrever a todos ao mesmo tempo.” (FACHIN, 2008, p. 88.)

Os esforços da doutrina contemporânea do direito civil para reler essa autonomia privada, com primorosas aplicações, no entanto, não eliminam uma crítica à utilização de tal significante para as relações familiar: a autonomia privada diz respeito a um momento

genésico da relação jurídica, enquanto que relações familiares dizem respeito a uma convivencialidade cotidiana³. Assim, prefere-se a utilização de outro significante, a liberdade, que tem manifestações mais amplas do que a autonomia privada.

Adota-se aqui a tese de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk como marco teórico (RUZYK, 2009). Isso porque ele nos demonstra, dentre outras, quatro manifestações da liberdade que nos interessam, cuja referência conceitual se faz importante. Em função da limitação de espaço e dos propósitos do presente estudo, resumidamente indicamos a delimitação conceitual trabalhada pelo autor, sem adentrar na profundidade de seu trabalho e nem seu percurso teórico.

A liberdade negativa seria o espaço de não-coerção, enquanto a liberdade positiva seria a possibilidade de autorregramento (RUZYK, 2009, p. 26). Por outro lado, haveria a dualidade liberdade formal (ou “como abstração”), entendida como a liberdade assegurada em abstrato a todos, e a liberdade substancial (ou “como efetividade”), entendida como as possibilidades concretas – englobando-se os meios materiais para tanto – de se fazer aquilo que se valoriza (RUZYK, 2009, p. 60).

A liberdade não é conceito unívoco, trata-se de um significante com vários significados. Como esclarece Ruzyk, em uma sociedade plural essa mesma liberdade pode assumir diversas formas, não podendo ser reduzida a uma única expressão: “Em outras palavras, não se pode absolutizar uma única concepção de função como liberdade(s): no pluralismo social, as concepções sobre a liberdade e sobre o seu valor são também plurais” (2009, p. 6).

No direito das famílias, uma acepção plural de liberdade é o que embasa uma concepção eudemonista de entidade familiar. Suas diversas manifestações se fazem presentes, não sendo mutuamente excludentes, embora eventualmente possam entrar em conflito entre si ou com outros princípios.

O princípio da liberdade dialoga com a igualdade. Por vezes, uma acaba por ser condição facilitadora ou até mesmo *sine qua non* da outra. O reconhecimento de uma igualdade (material) entre entidades familiares acaba sendo pré-requisito para uma verdadeira liberdade, em seu sentido substancial, de escolha entre os modelos disponíveis. Caso assim

³ Não por outro motivo é que Anthony GIDDENS fala em “contratos móveis”, para expressar as contínuas “negociações” que os parceiros de um relacionamento fazem: “A transformação do casamento em um significante de compromisso, em vez de um determinante dele, altera radicalmente essa situação. Todos os relacionamentos que se aproximam da forma pura mantêm um ‘contrato móvel’, para o qual ambos os parceiros podem apelar. O contrato móvel é um instrumento constitucional que cria a base da discussão aberta por parte dos parceiros sobre a natureza do relacionamento, mas que também está aberto à negociação.” (GIDDENS, 1993, p. 210.)

não dê, haverá preferência por uma determinada fórmula familiar, o que recai de novo na visão transpessoal institucionalista da família. Assim ensina Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, em lição acerca de família não matrimoniais, mas válidas inclusive para adoção de diversos modelos dentro do casamento:

no âmbito da união estável – bem como no de outras entidades familiares não matrimonializadas –, o tratamento jurídico não pode ser, para situações equivalentes, discriminatório se comparado ao tratamento dispensado ao casamento, pois tal proceder violaria o sentido de proteção (da(s) liberdade(s)) das pessoas na família, ressuscitando uma concepção institucionalista que não tem lugar na ordem constitucional vigente. (RUZYK, 2009, p. 367.)

Não há mais um modelo único, mas sim uma pluralidade de formas a serem assumidas. As partes passam em uma constante negociação, não estando mais amarradas por vínculos forçados, mesmo que temporariamente. A livre dissolução é atualmente valor vigente no casamento, em razão da Emenda Constitucional n.º 66/2010. A liberdade de ingressar na forma de família que desejar, bem como a de se retirar, devem ser igualmente tuteladas pelo Estado. Há que se evitar intervenções indevidas do legislador.

No entanto, gostaríamos de encerrar as reflexões deste capítulo destacando que a liberdade no plano formal pode não ser suficiente, pois concretamente os indivíduos podem impor relações de submissão ou desamparar aqueles com quem tem responsabilidade. A busca pela felicidade da família eudemonista não deve recair num individualismo egoísta.

A tutela estatal para a família, então, deve contar com mecanismos para assegurar a liberdade efetiva de todos os membros da família. Trata-se de dar condições ao exercício da liberdade, de conferir uma liberdade substancial:

A vivência familiar regida pela opressão de um cônjuge/companheiro pelo outro não pode ser compreendida como um exercício de liberdade positiva coexistencial, o que limita as possibilidades de reconhecimento de uma normatividade decorrente do caso concreto. De outro lado, contributos que preservem ou restituam em termos efetivos a liberdade tolhida podem ser esperados como respostas funcionais a serem oferecidas pelo tratamento jurídico da família, de modo coerente, portanto, com a concepção eudemonista. (RUZYK, 2009, p. 360.)

Nesse sentido é que se deve cuidar com o reconhecimento de liberdade de se autorregular (liberdade positiva). As escolhas das partes merecem o devido respeito quando feitas em condições de liberdade efetiva e se não lançar alguma delas num espaço de total carência.

Cabe saber se a tutela estatal deve se sobrepor à vontade emanada pelas partes ou se, ao contrário, deve ser subsidiária.

O reconhecimento da liberdade positiva, formal, deve ser a regra em um direito das famílias em que as pessoas têm liberdade de escolha⁴ e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, idade ou raça, como preconiza o art. 5º, *caput*, da Constituição. Ultrapassada a época em que a mulher não tinha acesso aos direitos mais básicos, como o trabalho, as pessoas têm, a princípio, condições mínimas para o adequado exercício da sua liberdade. A liberdade formal, em especial na sua dimensão positiva, deve ser a regra⁵. Não é papel do Estado intervir, pura e simplesmente, com o objetivo de direcionar a convivência dos consortes a um ou outro sentido. O Estado só deve interferir para proteger. Não sendo localizada a justificativa de sua intervenção, tal é indevida, como ensina Pietro Perlingieri: “O Estado tem a tarefa de intervir e de programar na medida em que realiza os interesses existenciais e individuais, de maneira que a realização deles é, ao mesmo tempo, fundamento e justificação da sua intervenção” (PERLINGIERI, 2007, p. 54).

Por outro lado, pode ser imperiosa a intervenção estatal, em de concretamente haver situações de sujeição. O direito deve atuar para equilibrar em tais circunstâncias, a fim de se assegurar a liberdade. Por vezes é possível identificar situações de desequilíbrio como comuns – como o caso de crianças, adolescentes e idosos e a situação violência contra a mulher –, pelo que a garantia da igualdade e da liberdade substanciais demanda uma solução genérica, e em razão disso fornece mecanismos de proteção prévios⁶. Trata-se de uma intervenção para proteção prévia, legislativa.

Em outros casos, no entanto, a aferição do cerceamento da liberdade substancial deve ser feita no caso concreto. Como assevera Ruzyk:

⁴ Assim ensinam Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues: “Os componentes da família, desde que dotados de discernimento, podem construir de forma livre o projeto de vida comum, por serem conscientes sob que formas se realizam em comunhão plena de vida. E essa descoberta do caminho de realização pertence ao casal de forma exclusiva; soa ilegítima a interferência de terceiros em matéria de tanta intimidade quando se trata de pessoas livre e iguais, razão pela qual a ingerência do Estado é válida tão somente para garantir espaços e o exercício das liberdades.” (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 99.)

⁵ Nesse sentido é que Rodrigo da Cunha Pereira defende a existência de um “princípio da intervenção mínima do Estado: “A intervenção do Estado deve, apenas e tão somente, ter o condição de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo.” (PEREIRA, 2012, p. 182.)

⁶ É o que ocorre, por exemplo, com a Lei Maria da Penha, que tutela uma situação em que o legislador inverte a presunção de liberdade, assumindo que o homem tem condições de subjugar a mulher por meio da violência. Trata-se de uma presunção de vulnerabilidade em função dos dados estatísticos. Como apontam Luiz Edson Fachin e Rosana Amara Girardi Fachin: “Os dados falam por si sós: uma em cada seis mulheres sofre violência; 80% das vítimas tem filhos em comum; 70% das mulheres que relatam a violência sofrida evidenciam continuar em risco de espancamento ou morte; mais de 50% das mulheres agredidas registram conhecer pelo menos uma mulher já agredida pelo seu companheiro; 30% das mulheres brasileiras sofrem todos os dias algum tipo de violência.” (FACHIN; FACHIN, 2009, p. 342.)

Nem sempre será o a priori da regra a oferecer essas respostas: elas devem ser construídas conforme o que de liberdade se pôde identificar no curso da (con)vivência. Na sua chancela, como liberdade juridicamente protegida, confirmam-se os efeitos dela esperados (existenciais ou patrimoniais, o que pode trazer conseqüências atinentes ao regime de bens, aos alimentos e, mesmo, a regimes de guarda e visitas de filhos, desde que de modo coerente com o melhor interesse destes). (RUZYK, 2009, p. 359.)

Deve a Lei ofertar mecanismos para a eventual repressão *in concreto* ao cerceamento de liberdade provocado por um dos consortes, quando houver vulnerabilidade – que fazem migrar para a esfera dos deveres e da solidariedade (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 105) –, sem que incorra numa imposição estatal *a priori* sobre o autorregramento das partes.

3 DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO E A POSIÇÃO DO CÔNJUGE

Como aponta a doutrina, o cônjuge vem galgando posições melhores na sua condição sucessória. Sem dúvida, as transições pelas quais passou o direito sucessório demonstram que é percorrido um caminho de melhoramento da posição do cônjuge e do companheiro.

Se no século XIX estava o cônjuge em quarta posição na ordem de vocação hereditária, atrás até mesmo de colaterais até o 10º grau, hoje aparece com grande protagonismo na seara sucessória. Mudou-se a anterior orientação, que era de prevalência dos laços biológicos (NEVARES, 2006, p. 142) – ou, talvez, melhor ditos registrais – em detrimento dos laços afetivos.

Inicialmente, era o cônjuge preterido até por colaterais do falecido, o que mudou em 1907. No entanto, sua posição ainda era muito pouco vantajosa. Supunha-se, à época, que sua meação era suficiente para lhe garantir sobrevivência. O estabelecimento de usufruto viual e de direito real de habitação em 1962, pelo Estatuto da Mulher Casada, demonstram que foi reconhecida como necessária uma proteção legislativa no âmbito sucessório.

Uma lei que não alterou propriamente o direito sucessório, mas que trouxe significativa mudança nos estatutos patrimoniais dos casamentos foi a Lei n. 6.515/1977, que não só instituiu o divórcio, mas estipulou como regime legal subsidiário de bens a comunhão parcial. A alteração já se fazia sentir à época, por dizer o regime de bens respeito ao usufruto viual e ao direito real de habitação. Sua relevância se dá porque a maioria das uniões é celebrada pelo regime subsidiário legal (OLIVEIRA; MUNIZ, p. 347). Ademais, a redução do amparo pela meação, que deixou de ser tão ampla, estaria na base de direitos sucessórios mais amplos a serem conferidos pelo CC/02, como esclarece 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 Código Civil (art. 1.845) e pode concorrer com descendentes ou ascendentes do falecido (CC, art. 1.829). Nesse sentido, inclusive, é que certas legislações, no caso de não existirem descendentes, dividem a herança entre os ascendentes e o cônjuge. No Brasil, todavia, o problema não tinha merecido muita atenção, visto o legislador de 1916 ter determinado que o regime supletivo de bens no casamento seria o da comunhão. Assim, o cônjuge, em qualquer hipótese, mesmo concorrendo com descendentes ou ascendentes, receberia metade do patrimônio familiar a título de meação, como se sempre lhe tivesse pertencido, constituindo a corporificação e a concretização daquela fração ideal a que tinha direito na comunhão existente durante a vigência da sociedade conjugal. Daí dizer-se que o cônjuge supérstite era meeiro e não necessariamente herdeiro. (WALD, 2012, seção 8.1)

A Constituição de 1988 inovou na seara do direito das famílias, como já mencionado anteriormente. O direito sucessório não poderia ficar sem sentir suas reverberações. Extinguiu nossa Constituição republicana a discriminação da filiação (CR/88, art. 227, §6º), o que implica em igual direito de herança. Mas uma modificação que certamente merece destaque é a inclusão expressa da herança no texto constitucional, em especial sua inclusão como direito fundamental (art. 5º, XXX).

O atual Código alterou profundamente as disposições do direito sucessório. Tentar-se-á trazer de forma resumida as principais alterações.

A principal inovação do Código foi a introdução de um regime de concorrência sucessória. O cônjuge passou a herdar quotas a título de propriedade, ao invés de deter mero usufruto, concorrendo com os demais herdeiros. No entanto, a forma como foi feita o regramento ensejou várias críticas e impasses, cabendo, nos escopos do presente artigo, nos determos à sucessão conjugal.

O artigo 1.829 trata da ordem de vocação hereditária. Vemos aqui que foi instaurada a concorrência sucessória, colocando o cônjuge lado a lado com descendentes e ascendentes nas primeira e segunda classes da ordem de vocação hereditária. Isto, como bem observam Oliveira e Hironaka, vem em substituição do direito de usufruto (2006, p. 349). Outra inovação, para além da introdução da concorrência sucessória na ordem de vocação hereditária, é a introdução do cônjuge no rol de herdeiros necessários (art. 1.845).

Sendo o direito hereditário agora a título de propriedade, há uma vantagem evidente, como observa Ana Luiza Maia Nevares:

O novo diploma codificado, portanto, extinguiu a sucessão do cônjuge em usufruto. Esta encerrava uma proteção insuficiente e estática ao cônjuge sobrevivente, que muitas vezes é o mais desamparado em virtude da morte do consorte. De fato, o

usufruto vidual representava ainda um privilégio para o vínculo de consanguinidade, pois sendo tal benefício vitalício, extinguiu-se com a morte do titular, evitando a transferência de patrimônio da família de um cônjuge para a família do outro, formada por novas núpcias do sobrevivente. (NEVARES, 2004, p. 160)

Como assevera Karime Costalunga (2006, p. 410), a inovação da condição de herdeiro necessário veio na onda de favorecimento da posição do cônjuge, pela comissão para redação do Código Civil reunida em 1969, o que se deu por dois motivos: a mudança do regime legal do Código Civil para comunhão parcial; e a necessidade de equiparação entre homem e mulher, pois à época esta última se encontrava economicamente fragilizada em regra e ela seria a maior beneficiária, dada a maior longevidade feminina que produz mais viúvas do que viúvos. No entanto, questionável se tal benefício vem, na verdade, como algo desejável ou se, ao contrário, está vindo em prejuízo ao casamento.

De toda sorte, verifica-se, como aponta Guilherme Calmon Nogueira da Gama, uma inserção de maior proteção ao cônjuge, não obstante os diversos questionamentos que podem ser suscitados a partir do tratamento legal:

A inserção do cônjuge nos dois primeiros incisos do art. 1.829 do Código Civil de 2002 corresponde ao reconhecimento legal da necessidade de proporcionar maior tutela à pessoa que até o fim da vida do autor da sucessão foi aquele que dividiu alegrias e tristezas, sucessos e fracassos, felicidade e frustração, enfim, aquele que compartilhou a vida do falecido e que, mesmo depois da morte deste, merece tutela jurídica no campo material (e imaterial, ainda que de forma mais limitada). (GAMA, 2005, p. 23)

Por todo o exposto, identifica-se uma tendência de valorização da conjugalidade no âmbito do direito sucessório.

A orientação, da quase negação a direitos sucessórios até a abrangente tutela das relações de conjugalidade para fins de herança, certamente está no mesmo sentido do direito das famílias, de valorização das relações afetivas. Prefere-se alguém que, a despeito da falta da consanguinidade, está mais próximo do *de cujus* do que pessoas com vínculo registral que são mais distantes (LÔBO, 2013, p. 32).

Ocorre que o tratamento dispensado pela legislação atual não permite um consenso doutrinário pacífico. Erigem-se diversos problemas dos dispositivos de um Código Civil que não passou por um processo adequado de adaptação à nova ordem constitucional.

Antes de adentrar nesse tema, no entanto, faz-se necessário se questionar os fundamentos das sucessões, a fim de análise mais adequada da atribuição de tal direito ao cônjuge.

4 FUNDAMENTOS DO DIREITO SUCESSÓRIO

As influências do direito sucessório no aspecto patrimonial das relações de conjugalidade são o objeto do presente estudo. Assim, há que se perquirir os fundamentos da sucessão *causa mortis* e em que medida cabe a participação do cônjuge.

Há algumas concepções acerca dos fundamentos da sucessão *causa mortis*, sendo certo que esta nos acompanha desde tempos imemoriais.

Um fundamento que costuma ser apontado como válido para a Antiguidade é o de ordem religiosa: a propriedade era familiar e a família era chefiada pelo varão mais velho (em Roma, o *pater familias*), que tomava o lugar do *de cuius* na condução do culto doméstico. No entanto, não se resumia à religião, havia também um aspecto político, de escolha do novo chefe do grupo familiar (LEITE, 2013, p. 23). Com o tempo, tal fundamentação da sucessão perdeu prestígio, pois a propriedade privada foi ganhando contorno individual.

Outro fundamento é o de continuidade da vida humana, apontado por D'Aguano. Tal noção, no entanto, é passível de fortes críticas, feitas por Washington de Barros Monteiro, citado por Maria Helena Diniz (2012, p. 19): a continuidade da vida humana através das gerações independe da sequência material. Além disso, esse fundamento explicaria a transmissão entre ascendentes e descendentes, mas não entre colaterais, cônjuges ou para o Estado.

De toda sorte, tal fundamento não deixa de ter certa razão de ser, pois é de interesse social que o patrimônio e as relações jurídicas que o tenham como base recebam uma continuidade, ainda que mude de titularidade. Assim, em verdade, não a vida, mas a necessidade de continuação das relações do titular do patrimônio exige uma regulação sucessória, para que não se torne *res derelicta* (DIAS, 2011, p. 26).

Parece-nos, no entanto, que o fundamento mais condizente com o momento atual é o de que a sucessão se trata de um desdobramento do direito de propriedade que se projeta para além da morte do autor da herança. A extinção da propriedade com a morte a transformaria em mero usufruto. A propriedade não existiria se não fosse perpétua e a perpetuidade repousa na sua transmissibilidade pós-morte (MONTEIRO, 2011, p. 18).

As críticas que lhes poderiam ser opostas por teóricos jusnaturalistas – a sucessão, como a propriedade, constitui pura criação do direito positivo, que pode ser eliminado conforme as conveniências sociais – ou por socialistas – os bens pertencem ao Estado, a ele devendo retornar quando da morte do cidadão; a transmissibilidade gera desigualdades

permitindo a aquisição da propriedade por outra forma que não a única socialmente entendida como legítima: o trabalho (HIRONAKA, 2011, p. 333-334) – não são aptas a impugnar a aceitação de tal fundamento, ao menos atualmente, tendo-se em conta que é uma noção histórica e geograficamente localizada, com força na propriedade individual: “Enquanto não apareceu a propriedade individual, o conceito de sucessão a causa de morte não podia corresponder ao dos tempos de hoje”. (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 55.)

Ressalte-se que o fenômeno da constitucionalização não pode ser desconsiderado no direito das sucessões. A Carta Magna de 1988 deu novos fundamentos à discussão sucessória, ao tornar o direito à herança como direito fundamental (art. 5º, inciso XXX), o que certamente não pode passar sem efeitos.

A constitucionalização atinge o direito sucessório de diversas maneiras. Cabe, aqui, apontar a funcionalização dos institutos jurídicos, em especial a propriedade, que recebeu expressamente a função social: não é um estudo só da estrutura, mas também de que para que servem os institutos sucessórios: “na atualidade, o direito das sucessões está também orientado à função social. A mudança de paradigma impõe consideração prioritária ao interesse social, inclusive quanto ao direito à herança e à redução do papel da vontade do testador.” (LÔBO, 2013, p. 42).

A Constituição também consagrou o princípio da solidariedade (CR/88, art. 3º, I), que deve imperiosamente ser observado nas sucessões, em especial no tocante à família: cabe falar em um princípio de proteção à família⁷ – esclareça-se, entendida aqui como família-instrumento, voltada à realização pessoal dos integrantes, e não família-instituição (NEVARES, 2009, p. 101) – no direito sucessório.

A importância da novidade seria a de inversão da primazia antigamente atribuída à sucessão testamentária, enfocando-se agora na sucessão legítima. Como se vê da lição proferida por Paulo Lôbo (2013, p. 40), a primazia é do herdeiro, não mais da vontade do testador, que deixa de ser o “senhor do destino do herdeiro”.

Após falarmos do direito sucessório como um todo, cabe, agora, fazer a diferenciação dos fundamentos entre os diversos tipos de sucessão.

Há duas espécies de sucessão⁸, com efeitos regulados por fontes diversas e que expressam valores tutelados diversos. Há a sucessão testamentária ou *ex testamento*, “quando resulta de testamento ou disposição de última vontade”, e há a sucessão legítima ou *ab*

⁷ Conforme LÔBO, o alcance social da previsão constitucional de direito à herança seria “a proteção das pessoas físicas que tenham com o autor da herança relações estreitas de família ou de parentesco.” (LÔBO 2013, p. 39).

⁸ Em verdade, como aponta Paulo Luiz Netto Lôbo, há também uma terceira, a sucessão contratual, que, no entanto, não é admitida pelo direito brasileiro (LÔBO, 2013, p. 17).

intestato, “quando se dá em virtude da lei, ou quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento, ou quando este caducar ou fôr julgado nulo” (OLIVEIRA, A., v. I, p. 53-54).

Nesta toada é que, como foi mencionado anteriormente, o direito sucessório está intimamente ligado com o direito de propriedade, com a autonomia privada e com o direito das famílias.

E, com as modificações pelas quais o direito proprietário, a autonomia privada e a apreensão jurídica da família vêm passando, imperiosa a releitura das sucessões:

Além disso, estando a sucessão hereditária assentada na propriedade e na família, as mudanças por que passaram os dois últimos institutos repercutem diretamente na dinâmica da primeira, tornando inevitável a necessidade de revisão do fenômeno sucessório, que deve atender a uma propriedade funcionalizada e complexa nos seus variados conteúdos e a uma família que tem como centro de tutela a pessoa de cada um de seus membros. (NEVARES, 2009, p. 10.)

A autonomia privada vem passando por fortes ressignificações, em especial na seara do direito das famílias. Historicamente, é amarrada à noção liberal clássica de liberdade econômica e negocial, contemplando uma liberdade negativa forte, uma liberdade positiva restrita ao campo econômico e uma liberdade formal. Por tal razão é que Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk busca a utilização de liberdade(s), mais ampla, como função para o direito civil contemporâneo⁹. Não obstante a fundada crítica, a doutrina do direito civil ainda trabalha com o significante “autonomia privada”, mas buscando lhe dar nova significação, que, em grande medida, acompanha as proposições de Ruzyk. Neste sentido, a título exemplificativo, citamos Marcos Alves da Silva:

Em lugar de desaparecer, a autonomia privada instala-se com novos e mais profundos sentidos e alcance no ordenamento jurídico de índole constitucional. Em razão da nova feição adquirida nesta viragem denominada copernicana, a autonomia privada deixou de ser pensada apenas da perspectiva patrimonialista. As situações subjetivas existenciais são visualizadas como *locus* privilegiado do exercício de tal autonomia. (SILVA, 2013, p. 304.)

Nas situações existenciais, então, considera-se que tal autonomia privada, ressignificada, “torna-se merecedora de tutela maximizada” (SILVA, 2013, p. 306), devendo haver intervenção “tão somente para assegurar o direito dos membros da comunidade familiar, especialmente, o direito dos que se encontram em situação de vulnerabilidade”

⁹ “A ausência de identidade absoluta entre liberdade no Direito Civil e autonomia privada se manifesta, assim, ao menos por duas ‘insuficiências’ deste último conceito: a não apreensão da liberdade substancial e o não reconhecimento de juridicidade a manifestações de liberdade positiva que são efetuadas fora do instrumento jurídico.” (RUZYK, 2009, p. 143.)

(SILVA, 2013, p. 311). Essa assertiva vem ao encontro da proposição de Ruzyk em torno das liberdades no direito das famílias, pensada especialmente em termos de liberdade positiva e, no âmbito da vulnerabilidade, de liberdade como efetividade (2009, p. 354).

O direito sucessório, conquanto assuma feição nitidamente patrimonial¹⁰, se aproxima muito do direito das famílias, com clara influência no âmbito existencial. Por tal razão se pode pensar em recepção das mesmas medidas, tendo em conta que não é só do direito das famílias que advém influências ao ramo das sucessões.

A autonomia privada é aqui pensada principalmente tendo em vista a liberdade de disposição do *de cuius* pela via testamentária. Nestes casos, interpreta-se uma prevalência, quando das disposições patrimoniais, dos interesses dos sucessores, como ensina Ana Luiza Maia Nevares. (2009, p. 235)

Outra possibilidade, para além do testamento, seria a existência de pactos sucessórios, a serem firmados entre cônjuges. Tal medida seria, em princípio, proibida pela vedação aos *pacta corvina* pelo art. 426 do Código Civil. Como explicita Rolf Madaleno, haveria dois argumentos básicos contra pactos sucessórios: seria odioso especular sobre a morte de alguém para conseguir ganhos patrimoniais e haveria redução da liberdade de testar. Ocorre que a argumentação é afastada pelo autor, que aduz que a renúncia de herança por pacto sucessório não estimularia a atentar contra a vida do seu cônjuge, bem como aumentaria a disponibilidade testamentária ao se retirar um herdeiro forçoso (2012, p. 324-429).

Fato é que se deve conferir ampla liberdade positiva aos consortes no ponto de vista patrimonial das conjugalidades, só devendo o Estado intervir para proteger quando algum deles se apresenta vulnerado.

Feitas tais considerações, passa-se à sucessão legítima e seus fundamentos.

Apontam Cahali e Hironaka que o critério utilizado para a sucessão legítima levaria em conta laços familiares do *de cuius* com os seus parentes ou cônjuges/companheiros, “considerando-se que a eles desejaria o falecido destinar a sua herança, mesmo sem qualquer manifestação de vontade” (2000, p. 170). No mesmo sentido, aponta Guilherme Calmon Nogueira da Gama, falando em “vontade presumida do falecido” (2005, p. 16)

Portanto, é vontade presumida, que pode ser alterada pela vontade real manifestada pelo autor da herança, através de testamento: “O testamento serve justamente para o autor da herança alterar a vontade do legislador” (VENOSA, 2003, p. 90). O legislador, substituindo

¹⁰ Marca do direito civil moderno, como se vê de Sílvio de Salvo Venosa. “se hoje, o direito moderno só vê a sucessão *causa mortis* sob o ponto de vista material, sua origem histórica foi essencialmente extrapatrimonial.” (2003, p. 18.)

ao silêncio do morto, torna a ausência de manifestação eloquente produtora de efeitos, ao pinçar aqueles com quem o falecido presumidamente teria relações próximas.

Um fundamento da sucessão legítima que pode ser indicado, mais consentâneo com o direito das famílias contemporâneo, é o que chamam Flávio Tartuce e José Fernando Simão de “presunção legal de afetividade” (2010, p. 137). Do mesmo modo, fala Sílvio Venosa: “A ordem de vocação hereditária fixada na lei vem beneficiar os membros da família, pois o legislador presume que aí residam os maiores vínculos afetivos do autor da herança” (VENOSA, 2003, p. 90).

Ademais, marcada pelo princípio da solidariedade constitucional, há um princípio de proteção da família. Assim expressa Ana Nevares sobre o dever de solidariedade e as sucessões legítima e necessária:

Na orientação do dever de solidariedade entre os membros da família, estão as regras da sucessão legítima, em especial aquelas que consagram a sucessão necessária, pois estabelecem uma possibilidade de distribuição de valores materiais entre os familiares e, dessa forma, um mecanismo em potencial de libertação das necessidades, como meio de concretização de uma vida digna. (NEVARES, 2006, p. 144)

Esse princípio é marcante na ordem de sucessão. Primeiramente, é deferida aos filhos, que “pela juventude e inexperiência de vida são os que mais precisam do auxílio financeiro para se encaminhar na vida” (LEITE, 2005, p. 214-215)¹¹. O argumento que melhor se pode apontar, à semelhança do que ocorre na preferência de sobrinhos a tios (CC, art. 1.843), é a menor idade (DIAS, 2011, p. 141).

A proteção é voltada principalmente à família nuclear, o que é verificado especialmente com a concorrência estabelecida pelo Código Civil de 2002 entre cônjuge/companheiro e os outros herdeiros (MEIRELLES, 2010, p. 582).

Há uma nota distintiva, no entanto, entre a sucessão legítima e a reserva hereditária, pois tem fundamentos diversos: “Outros juristas pretendem que se trate de vontade presumida do defunto. Tal justificativa que poderia se invocar para a sucessão legítima estaria em contradição com a herança necessária” (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 258).

A sucessão necessária está no âmbito da sucessão legítima, mas apresenta como característica sua regulação por normas cogentes, enquanto que a sucessão legítima simples é regulada por norma jurídica dispositiva (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 17). Enquanto pode-se dizer que a vontade presumida do autor da herança está na base da sucessão legítima,

¹¹ Tal proposição, no entanto, não é imune a críticas, uma vez que o aumento notório da longevidade brasileira importa em herdeiros descendentes cada vez mais velhos e, portanto, com fonte de renda própria.

na sucessão necessária parece não ser o caso, a não ser que se trate de presunção *juris et de jure* (WALD, 2012, seção 2.2). A sucessão legítima necessária, assim, refere-se a um núcleo colocado à margem da disponibilidade testamentária, um *quantum* intocável pelo testador.

Podem ser apontados alguns fundamentos para a quota necessária conforme Pontes de Miranda, a saber: seria uma emanção da copropriedade familiar; seria uma continuação da dívida alimentar familiar; natureza jurídica de fideicomisso tácito; vontade presumida do *de cujus* (2012, p. 256-261). O autor do “Tratado de Direito Privado” repele tais fundamentos. A quota indisponível, em seu compreender, representaria uma mediação entre a liberdade do testador e o direito dos descendentes e ascendentes (os herdeiros necessários à época) à sucessão, entre interesses familiares e os contemplados por testamento (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 258).

Se na sucessão legítima presume-se o afeto por aqueles contemplados, na sucessão legítima necessária o legislador impôs um dever de solidariedade, sobrepondo-se à autonomia privada. Pode-se dizer que o afeto está, sim, na base desta modalidade sucessória, mas como princípio na sua modalidade criadora de deveres jurídicos¹². Trata-se de um compromisso entre liberdade individual e família, um limite ao individualismo egoísta: “sempre se questionou se o direito de dispor do patrimônio após a morte deveria ser absoluto, ou se o testador deveria sofrer certas restrições. O testamento pode ser instrumento de amor ou de ódio” (VENOSA, 2011, p. 1932).

A questão é saber até que ponto o legislador intervém para proteger ou até que ponto adota postura paternalista, cerceando liberdades de modo injustificável. Tal questionamento se faz extremamente relevante, tendo em conta as ressignificações pelas quais tem passado a conjugalidade.

5 DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE: DA PROTEÇÃO E DA LIBERDADE

Já se discorreu sobre liberdade e sobre igualdade, sobre proteção e intervenção. Cabe, então, apontar o grau de intervenção legislativo nos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro realizado pelo Código Civil de 2002 e questionar até que ponto há verdadeira justificativa da intervenção.

¹² Ricardo Lucas Calderón fala em uma “**dupla face do princípio da afetividade**. A primeira delas é voltada para os que já possuem algum vínculo familiar estabelecido, e reconhecido pelo sistema (parental, de conjugalidade ou de qualquer união familiar); para estas pessoas reflete a **face de dever jurídico** (ou seja, uma imposição conferida pelo princípio neste sentido).” (CALDERÓN, 2013, p. 309-310.)

Apontou-se que há alto grau de liberdade para ingresso e saída de entidades familiares, mesmo no tradicional instituto do casamento, que passou por intensas modificações. Embora necessária a intervenção estatal para iniciar e dar fim à união, é cada vez mais facilitada sua efetivação.

No plano patrimonial, há que se assegurar a máxima liberdade de disposição pelas partes. Reconhece-se uma liberdade formal. No entanto, há que se ter em conta que, por vezes, a garantia formal pode levar uma das partes à miserabilidade, o que depõe contra o mandamento constitucional de solidariedade.

Nas relações patrimoniais do direito das famílias propriamente dito, há meios de solução para tais situações. É dado às partes escolher, previamente, o regime de bens, podendo inclusive alterá-lo (por pedido judicial justificado, no casamento), como dispõem os arts. 1.639 e 1.725 do Código Civil. Mas, restando uma das partes com necessidade em eventual dissolução da união, é conferida a possibilidade de pleitear alimentos ao ex-cônjuge, conforme se vê do art. 1.694 do Código Civil.

Vê-se, então, que, a princípio, o legislador evitou se imiscuir excessivamente nas questões patrimoniais das relações familiares para garantir um equilíbrio entre os consortes. No entanto, para assegurar um patrimônio mínimo com a finalidade de conferir a sobrevivência digna do que saísse insuficiente assistido¹³, lhe conferiu a possibilidade de pedido de alimentos.

Dimensiona-se, nesse breve esboço, que carece de aprofundamentos incompatíveis com o objeto da presente investigação, a liberdade patrimonial nas relações de conjugalidade, em cotejo com a necessidade de proteção.

É cabível uma intervenção protetiva estatal, que deve ser subsidiária. Deixa-se à liberdade das partes a escolha dos destinos de sua união, inclusive sobre o aspecto patrimonial.

Mas, verificando-se que há um desequilíbrio concreto, que cerceará a já tratada liberdade substancial, por retirar o mínimo para subsistência digna, faz-se necessária a previsão de mecanismos para a intervenção estatal, o que pode se dar desde um momento anterior, com a previsão de norma legislativa que se substituirá à vontade das partes de forma dispositiva (quando tiver efeitos apenas na ausência de manifestação expressa) ou cogente (quando impedir que as partes disponham sobre aquele conteúdo), ou em um momento

¹³ “A existência possível de um patrimônio mínimo concretiza, de algum modo, a expiação da desigualdade, e ajusta, ao menos em parte, a lógica do Direito à razoabilidade da vida daqueles que, no mundo do ter, menos têm e mais necessitam.” (FACHIN, 2006, p. 278.).

posterior, quando deixar mecanismos à discricionariedade do juízo que tiver de dirimir conflitos. A intervenção legislativa deve apresentar uma tutela adequada,

deve ser pensada e estruturada tendo em conta tanto os princípios que orientam o sistema como o tema específico ao qual será destinado. A observação dos princípios exige flexibilidade do legislador, de modo que não seja feita uma planificação em termos de técnicas legislativas: no ponto em que se exija uma intervenção legislativa mais detalhada esta aconteça e noutra, em que ela implique ofensa à dignidade, que seja efetivamente mais restritiva. (CARBONERA, 2008, p. 255)

Ressalte-se que, em termos econômicos, a autora ressalva que se fazem necessárias restrições, por serem as relações de poder mais intensas (CARBONERA, 2008, p. 256). No entanto, é verificável que cada vez mais, com a igualdade de gênero, a mulher vem galgando melhores posições, havendo menor submissão e conseqüente maior liberdade substancial. Conforme assevera Rolf Madaleno (2012, p. 312), a estabilidade do casamento não mais se baseia no desequilíbrio, mas na igualdade, na independência financeira da mulher, permanecendo casada apenas enquanto o matrimônio for apto a realizar o bem comum.

Assim, o legislador deve criar mecanismos para a proteção daqueles que se encontram menos protegidos do ponto de vista econômico, como, por outro lado, deve assegurar aos iguais (do ponto de vista concreto) a possibilidade de se autorregularem: “O casamento contemporâneo é mais livre, mas também mais vulnerável, e neste balanço da vida impera cada vez menos o público, que deve intervir apenas nas hipóteses de vulnerabilidade, e cada vez mais se impõe o privado” (MADALENO, 2012, p. 314). Se assim não for, criar-se-ão barreiras inconciliáveis com o mundo da vida, fazendo com que as pessoas queiram escapar do plano do direito, o que já é verificável com os contratos de namoro (VENOSA, 2012, p. 334).

Trazendo-se as noções expostas à regulação sucessória do casamento, pretende-se analisar, no próximo item, as previsões legislativas que interessam à análise do tema proposto.

6 DISTINÇÃO PATRIMONIAL DO CASAL NO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS E SUCESSÃO

Como vimos, o Código Civil inaugurou um novo instituto: a concorrência sucessória. No entanto, para o cônjuge, esta concorrência recebe um tratamento variado conforme os herdeiros com quem concorre. A concorrência com descendentes é regulada pelo art. 1.829, inciso I, cuja redação é alvo de acirradas críticas por ser extremamente confusa.

Fica evidente é que, quanto aos descendentes, a concorrência depende do regime de bens. Da interpretação literal, a regra é que o cônjuge herde, ficando excluído da sucessão se, presentes descendentes do *de cuius*, for casado em comunhão universal ou separação obrigatória de bens. O ponto-e-vírgula ao final torna confusa a disposição quanto ao regime de comunhão parcial em que não há bens particulares, uma vez que não se sabe se ligado está à exceção (não herda) ou à regra (herda)¹⁴. Denote-se, ainda, que o Código silenciou quanto ao novo regime de participação final dos aquestos e sobre os regimes de bens não tipificados.

Uma situação que deveria ser, em princípio, pacífica, mas acaba gerando fortes controvérsias, é a sucessão no regime de separação de bens.

Em relação à separação convencional, a doutrina majoritária aponta no sentido de que há direito à herança¹⁵. No entanto, ganha força, após o julgamento do REsp n.º 992.749/MS pelo STJ, a corrente interpretativa de que deve ser respeitada uma suposta vontade exarada em vida, de que não há desejo de qualquer comunicação de bens. Assim, cria-se uma interpretação, não obstante a remissão legal (equivocada, mas perfeitamente identificável), de que “separação obrigatória” do art. 1.829, I, significaria separação legal e separação convencional de bens, ignorando a tradicional construção doutrinária que diferencia separação legal e separação convencional de bens (TARTUCE, 2013, p. 1310). A construção foi originalmente defendida por Miguel Reale (2003, p. 63), encontrando, posteriormente diversos seguidores, como Paulo Luiz Netto Lôbo (2013, p. 136) e Maria Berenice Dias (2011, p. 165-166). Eduardo de Oliveira Leite já emitiu parecer neste sentido (2011, p. 399)¹⁶. Judith Martins-Costa, em conjunto com Miguel Reale, emitiu parecer no sentido de aplicação de interpretação analógica da sucessão da separação coativa para a separação convencional (2005, p. 221).

Segundo a interpretação, (ainda) prevalecente no meio doutrinário, o legislador criou a seguinte fórmula para o casamento, quando em concorrência com descendentes: quem herda não tem meação e quem tem meação não herda (OLIVEIRA, E., 2005, p. 34). A herança encontra espaços em relação ao patrimônio quando não se trata de meação do *de cuius*, pois

¹⁴ Por escapar da análise proposta, deixamos de abordar as correntes interpretativas acerca da concorrência sucessória nestes casos.

¹⁵ Por todos, Mário Luiz Delgado: “Nesse sentido o dispositivo é expresso, ou seja inexistente o direito de concorrência do cônjuge com os descendentes quando o regime de bens for o da separação obrigatória, prevista no art. 1.41 do Código Civil. *A contrario sensu* haverá o direito de concorrência quando o casamento estiver submetido ao regime da separação convencional de bens.” (2006, p. 432.)

¹⁶ No entanto, seu manual traz diverso entendimento: “Como o legislador se referiu exclusivamente ao regime de separação obrigatória de bens, *a contrario sensu* é possível afirmar, sem risco de erro que, no regime da separação convencional de bens (ou consensual, como querem alguns doutrinadores) há concorrência entre o cônjuge e os descendentes, se o casamento seguiu esse regime de separação convencional.” (LEITE, 2012, p. 123-124.)

nestes casos já teve o cônjuge direito a receber metade, em razão de sua presumida colaboração (LEITE, 2013, p. 121).

O sistema é claro em dividir herança de meação, institutos com fundamentos diversos. A primeira tem escopo claramente protetivo: visa-se proteger a família, o que inclusive ganhou novos ares com a constitucionalização tanto do direito das famílias como do direito sucessório, o que impõe o dever de solidariedade. A meação, por sua vez, ganha contornos diversos em relação a cada regime de bens.

Na comunhão parcial se tem como base a presunção de esforço comum, a contribuição material e imaterial para formação daquele patrimônio (OLIVEIRA; MUNIZ, 2003, p. 349); trata-se de uma vontade presumida pela lei, ao incluí-lo como regime supletivo (FACHIN, 2003, p. 184). A comunhão universal, por sua vez, apresenta-se como verdadeira unificação de corpos que se consubstancia em unificação de patrimônios. Opinavam, conforme nos relata Silmara Juny Chinelato (2004, p. 338-340), os antigos manualistas brasileiros que seria o casamento por tal regime aquele que “melhor refletiria a verdadeira e total comunhão de vida” (Lafayette Rodrigues Pereira), bem como haveria razões de ordens histórica e moral para utilizá-lo (Clóvis Beviláqua). É, atualmente, pouco adotado por estar em declínio por sua desconformidade com os valores atuais (LÔBO, 2011, p. 351).

Observa-se que, em comum, ambos pressupõem uma comunhão, seja de vidas (na comunhão universal), seja de esforços para construção do patrimônio familiar (na comunhão parcial), divergindo dos demais regimes por conta disso.

O regime de separação convencional seria o regime que melhor asseguraria a autonomia dos consortes, considerando que estejam em condições de igualdade (OLIVEIRA; MUNIZ, 2003, p. 347-348). Aqui os consortes deliberadamente resolvem afastar qualquer presunção de colaboração para constituição de patrimônio comum, mantendo cada um seu próprio acervo patrimonial. “Três palavras definem as vantagens desse regime: ‘simplicidade, independência, igualdade’” (OLIVEIRA; MUNIZ, 2003, p. 348). Ou seja, não significa, obrigatoriamente, que as partes não desejam que seus bens cheguem ao acervo do outro, mas que desejam, enquanto perdurar a união (vale dizer, enquanto não extinta por divórcio ou morte), que possam administrar e usufruir de seus ganhos separadamente. É o regime da liberdade, não necessariamente do egoísmo.

Assim, a opinião dominante e, defende-se aqui, mais coerente é a de que o cônjuge casado pelo regime de separação convencional de bens herda – inclusive como faz Euclides de Oliveira (2005, p. 33). Isso porque se vincula à regra do inciso I (de que o cônjuge herda), e não à exceção (de que não herda), pois não há menção expressa.

A interpretação, forçada e *contra legem*, de que a separação obrigatória contemplaria a legal e a convencional ignora o estipulado pelo legislador no direito das famílias para os regimes de bens (CASSETARI, 2011, p. 563-564), gerando grave incoerência sistêmica.

A intenção da corrente interpretativa capitaneada por Reale, reconheça-se, é das melhores: visa-se que as partes possam dispor sobre sua vida patrimonial inclusive para depois da morte. No entanto, para isso, gera uma interpretação incoerente com o sistema, pois atribuem ao mesmo significante, “regime de separação obrigatória”, significados diversos sem que haja suficiente diferença de contexto (entre direito das famílias e direito das sucessões, umbilicalmente ligados) para justificar o entendimento diverso.

Do mesmo modo, como é sabido, não cabe interpretação extensiva para restringir direitos, de modo que a aplicação analógica do regime sucessório de separação obrigatória para a separação convencional seria indevida (GIORGIS, 2005, p. 121). Até porque, como se viu, os fundamentos de ambos os regimes de bens são diversos. Além disso, como bem apontam Tartuce e Simão (2010, p. 180), o regime de separação convencional, ao contrário do que se poderia alegar, não fica esvaziado com a condição de herdeiro, pois gera, sim, efeitos em vida, em especial com a extinção do vínculo pela via voluntária do divórcio.

O legislador, ao estipular que o cônjuge casado sob o regime de separação convencional tem direito à herança (pois, ressalte-se novamente, não foi expressamente excluído do inciso I do art. 1.829), teve o intuito protetivo de fazer que quem não tem meação herde (COSTA, 2010, p. 18). Os que propugnam uma interpretação forçada da extensão da expressão “separação obrigatória” em tal dispositivo presumem que a vontade do falecido foi, ao pactuar a separação de bens, que o seu consorte jamais receba nada do que é seu, mesmo após a sua morte. Tal premissa, no entanto, não é necessariamente verdadeira.

Como já foi dito, os relacionamentos atuais são marcados pela instabilidade. Os casamentos se constituem e se dissolvem com uma facilidade impressionante, inclusive ao ponto de se falar em “crise”. Diante de tal quadro, não é lícito pensarmos que, em verdade, quem casa com o regime de separação obrigatória, tendo em vista a fragilidade dos laços afetivos que repercute no direito das famílias, decide que quer evitar complicações caso seu vínculo se extinga por vontade das partes, facilitando-se o processo de divórcio por não haver qualquer comunicação patrimonial, sem que isso em nada afete o direito sucessório? E que, ao contrário, se o consorte se mostrar como alguém que se disponha a permanecer ao seu lado, lhe prestando a assistência e o afeto próprio de uma família até o momento de sua morte, seja protegido com o seu patrimônio após seu passamento?

Se a meação e a herança têm fundamentos diversos – uma voltada a assegurar igual direito com a presunção de esforço comum e a outra com intuito de proteção da família –, a escolha do regime de bens só diz respeito à primeira e, ao que nos parece, o legislador foi claro quanto à presunção de vontade do falecido que deve prevalecer na concorrência do cônjuge com os descendentes, ao estipular (na interpretação literal) que é herdeiro. O problema, como dito e como se pretende demonstrar em momento posterior, não reside no art. 1.829, I, mas na condição de herdeiro necessário do cônjuge. Não pode o intérprete, a título de “preservar a vontade do falecido”, supostamente emanada na constituição do seu casamento, excluir um direito com escopo protetivo expressamente previsto em lei.

Não fosse tal argumentação suficiente, a doutrina é expressa em rejeitar os pactos sucessórios, por serem tidos por *pacta corvina*. Assim, como aceitar que o pacto antenupcial como também uma disposição sobre direitos hereditários, enxergando uma manifestação de vontade onde não há? Se a argumentação seria de que a invocação de interpretação literal do art. 1.829, I, do CC/02 feriria a boa-fé (CC, art. 422) por contrariar a vontade emanada em vida – como aduzem Reale e Martins-Costa (2005, p. 221) –, a vedação aos *pacta corvina*, igualmente norma cogente referente a contratos, também deve incidir na hipótese. Se assim não é, então, melhor seria aceitar que os nubentes dispusessem expressamente sobre direitos sucessórios, no próprio pacto antenupcial ou em instrumento separado, ao invés do intérprete presumir vontades, criando interpretações *contra legem* e antissistêmicas¹⁷.

O problema, em verdade, reside na condição de herdeiro necessário, outra novidade do CC/02, prevista em seu art. 1.845.

7 O PROBLEMA DO CÔNJUGE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO

Argumenta-se, a exemplo de Maria Helena Diniz, que a condição de herdeiro necessário seria mais benéfica, justificando-se em razão da não inferioridade do afeto e intimidade conjugais em relação aos laços de consanguinidade (DINIZ, 2012, p. 146). Justifica-se que o vínculo de afeto colocaria o cônjuge em igualdade de merecimento a descendentes e ascendentes, senão maior, em razão da convivência próxima de afeto. Mas

¹⁷ De modo talvez contraditório, Maria Berenice Dias, forte defensora da interpretação com fundamento explícito de levar em conta a vontade emanada em vida através do pacto antenupcial para atribuição de efeitos sucessórios, consigna a opinião de que pactos sucessórios são vedados pelo ordenamento: “De forma expressa a lei proíbe pacto sucessório: a herança de pessoa viva não pode ser objeto de contrato (CC 426). A vedação decorre da revogabilidade do testamento, que é um de seus elementos essenciais.

Qualquer avença que afronte esta vedação legal é nula (CC 166 VI): *é nulo o negócio jurídico quando tiver por objeto fraudar lei imperativa*. Também é nula a convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei (CC 1.655).” (2011, p. 117.).

sustentar desta forma não iria na contramão do que percorre o direito das famílias contemporâneo? Não deveria o direito das sucessões acompanhar o ritmo dos enlaces afetivos, ao invés de amarrá-lo? Reconhece-se que vivemos em tempos de fugacidade e solubilidade de vínculos. Na expressão de Zygmunt Bauman, os tempos presentes são de um “amor líquido”. Por qual motivo “solidifica-se”, de modo inafastável, a relação patrimonial *post mortem* decorrente do casamento, contrariamente às últimas alterações legislativas?

É argumento recorrentemente suscitado o de que o cônjuge teria direito sucessório porque presumidamente teria contribuído com a formação do patrimônio do casal. Se algum dia tal argumento já foi válido, hoje pouco se sustenta. No entanto, como já se mencionou, a família contemporânea passa, em grande parte das vezes, por uma série de arranjos e desarranjos, sendo uma marca comum a chamada “família reconstituída”. As estatísticas confirmam que há um grande número de casamentos, “descasamentos” e “recasamentos”. Inclusive, a liberdade de se associar e se desassociar afetivamente, conforme a necessidade individual de realização pessoal, é fortemente estimulada pelo legislador, que, com a Emenda Constitucional n.º 66/2010, eliminou requisitos temporais, procedimentos prévios de separação e perquirição de culpa para extinguir em definitivo o vínculo conjugal (DIAS, 2010, p. 23). Ora, se a alta volatilidade de vínculos conjugais é característica da sociedade contemporânea, não parece ser lícito supor que todos, ou ao menos a maioria, dos relacionamentos dure longo tempo, a ponto de considerar que o consorte auxiliou na formação de todo o patrimônio. Não é possível, sem ignorar dados fáticos, afirmar que o cônjuge presumidamente auxiliou na formação do patrimônio deixado pelo seu consorte falecido, ainda mais considerando, por essa linha de argumento, que se trataria de presunção absoluta, por ser o casado herdeiro necessário.

Ademais, parece que o argumento de auxílio na formação de patrimônio não se sustenta, pois tal já embasa o instituto da meação. Seria um *bis in idem* inaceitável fundamentar o ganho do cônjuge, duas vezes, na sua contribuição, em prejuízo aos herdeiros do *de cuius* com quem concorre.

A fundamentação de presunção de afeto é mais adequada ao direito das famílias, eis que se trata de princípio e valor que embasa todas as formas de vivência familiar respaldadas pelo direito. E, como presunção que é, fundamenta a sucessão legítima, importantíssima em razão do baixo número de testamentos, mas não a condição de herdeiro necessário, que tem por base o princípio da solidariedade.

Estamos em tempos líquidos, onde há alta volatilidade de vínculos amorosos. Deveria ser a liberdade, e não a solidariedade, o principal componente da sucessão conjugal.

Ao contrário do que argumenta, por exemplo, Venosa (2003, p. 90), alçar o cônjuge à condição de herdeiro necessário não atende à tendência social, sendo, ao contrário, um entrave inaceitável à liberdade positiva. É justamente essa a crítica feita por José de Oliveira Ascensão, citado por Mário Luiz Delgado:

esse grande reforço da posição sucessória do cônjuge surge paradoxalmente ao mesmo tempo que se torna o vínculo conjugal cada vez mais facilmente dissolúvel. A posição do cônjuge é concebida como uma posição mutável, mesmo precária. Aquele, porém, que teve a sorte de ocupar posição de cônjuge na altura da morte, esse é que vai ter uma muito privilegiada protecção sucessória. (DELGADO, 2006, p. 423)

É dar um passo maior do que o devido tornar o cônjuge herdeiro necessário em razão da presunção de afeto. O afeto pode se desenvolver de diversas formas, inclusive desejando os consortes que seja totalmente alheio a questões patrimoniais.

Não por menos é que se cogita da realização de contratos de namoro. Chega-se a este ponto justamente porque há, ainda, excessiva intromissão estatal no direito de família. Impor que haja a transmissão patrimonial acaba por, no final das contas, cercear liberdade afetiva. Algumas pessoas demonstram medo de se relacionar, justamente pelo temor de ter seu patrimônio afetado pelo afeto ou seu afeto afetado por seu patrimônio.

A tutela do Estado deve ocorrer no direito das famílias, isso não se nega, mas deve ser subsidiária, ao menos no que se refere a normas acerca da conjugalidade. A imposição inafastável deve ocorrer apenas excepcionalmente e de modo justificado. Ora, norma que estabelece herdeiro necessário (embora de direito das sucessões, reverbera no direito das famílias, dada sua ligação umbilical) é dispositivo cogente. A condição de herdeiro necessário do cônjuge, portanto, contraria o sentido percorrido atualmente pelo direito que rege as conjugalidades, que tem se constituído como maior espaço de liberdade.

A argumentação que pretende sustentar a condição de herdeiro necessário, mesmo diante da evidente constatação da inconstância de vínculos, aduz que não é plausível negar proteção àqueles casais que mantiveram família fundamentada no afeto, solidariedade e respeito mútuos, até que um dos cônjuges falece, levando à abertura da sucessão (COSTA, 2010, p. 11). Ora, a sucessão legítima, sem a atribuição de herdeiro necessário, já atenderia ao fim de proteção do cônjuge que conviveu no afeto. A condição de herdeiro necessário está muito mais a cercear liberdade positiva do que conferir proteção, sendo verdadeira intromissão indevida. Vai na contramão da pretensão de maior liberdade positiva patrimonial

do casal, da maior concessão de autorregulamentação patrimonial que está presente no direito das famílias (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 95).

Mais adequado é permitir que a pessoa constitua família tendo efeitos patrimoniais enquanto tal (alimentos e, dependendo do regime de bens, meação) e haja uma previsão tão somente subsidiária de direito sucessório, que poderá ser afastada mediante testamento se a lei assim o permitir.

Por ora, aos unidos pelo enlace matrimonial não há tal possibilidade, se levado em conta exclusivamente o disposto no Código Civil. Se não prevalecer a tese dos que pretendem em tudo igualar a união estável ao casamento (como fazem diversos autores), o companheirismo representa uma saída para tal impasse, chegando Rolf Madaleno inclusive a propor como medida a possibilidade de conversão do casamento em união estável (2012, p. 329).

No entanto, mais adequado seria dar liberdade positiva aos casados. É a tentativa de alguns juristas: para a hipótese de separação convencional de bens, busca-se um livramento da amarra da condição de herdeiro necessário.

Uma possibilidade é a interpretação (que já defendemos ser forçada, *contra legem* e antissistêmica) de tratar, no âmbito do direito sucessório a separação convencional como espécie do gênero separação obrigatória, o que inverteria a presunção de afeto do legislador, gerando um *déficit* de proteção ao cônjuge pela eliminação não apenas da condição de herdeiro necessário, mas da própria sucessão legítima.

Outra hipótese aventada, de pouca repercussão, é a protagonizada por Karime Costalunga, que propõe que a condição de herdeiro necessário não se estende ao cônjuge casado pela separação convencional de bens. Dentre diversos argumentos, um que nos parece de especial relevância é o de que não estaria presente, para esta hipótese, o fundamento sucessório de continuidade das relações patrimoniais, uma vez que da constância da união já não haveria comunicação patrimonial:

O fenômeno da sucessão apresenta-se em todas as partes do Direito Civil: é tido como a continuação em outrem de uma relação jurídica que cessou para o respectivo sujeito. Como tal – se há, nitidamente, o caráter de continuação (patrimonial) de uma situação jurídica antecedente –, não há razão para que se tenha como herdeiro necessário o cônjuge sobrevivente se o regime de bens antecedente era o da separação voluntária. (COSTALUNGA, 2006, p. 409)

Ademais, e o que a distancia da argumentação presente na interpretação forçada de que o cônjuge casado em separação convencional de bens não herda, argumenta que a liberdade da escolha (e não a escolha, necessariamente, como faz a corrente interpretativa

aqui rejeitada) do regime de bens deve repercutir para o direito sucessório, sendo facultado aos cônjuges impedir que um receba o patrimônio do outro (sem que haja presunção nesse sentido, evitando-se um *déficit* de proteção). “Se facultar ao casal decidir sobre o regime de bens está em acordo com as premissas do princípio da exclusividade, conforme nos ensina Tércio Sampaio Ferraz, deveria, necessariamente, haver a coerente projeção dessa faculdade no Direito Sucessório”. (COSTALUNGA, 2006, p. 408)

Com fundamento no princípio constitucional da liberdade (art. 5º, *caput* e inciso II), em especial em sua expressão de liberdade positiva, parece que tal interpretação, a de que o cônjuge não é herdeiro necessário na hipótese da separação convencional, poderia ser sustentada como conforme a Constituição, adequando-se ao defendido neste trabalho. E nem se fale em violação ao direito fundamental à herança ou em desrespeito à primazia dos herdeiros, pois está a se proteger outros herdeiros (descendentes) com tal interpretação e também a se dar prevalência à liberdade de autorregulação – pois a possibilidade de retirada do consorte por testamento é facultada a ambos, do mesmo modo que foi acordada a separação patrimonial.

Mas não se ignora que o cônjuge pode se ver lançado à miserabilidade, pela falta de meação, se for afastado da herança. Justamente por isso é que teria vindo o art. 1.845, como afirma Venosa: “no caso da separação de bens, o viúvo ou a viúva poderiam não ter patrimônio próprio, para lhes garantir a sobrevivência” (2003, p. 105). Ora, nesse caso poderia se entrever uma colisão entre princípios fundamentais, como a igualdade e a liberdade, ou mesmo entre diversos perfis da liberdade – liberdade positiva e liberdade como efetividade, por exemplo –, a ser verificada no caso concreto. Tais hipóteses, que se tornaram menos frequentes diante da igualdade jurídica e da maior igualdade fática entre os gêneros, poderiam merecer uma consideração pelo não afastamento do cônjuge da sucessão, caso não fosse suficientemente atendido pelo direito real de habitação, o que mereceria uma margem de discricionariedade do julgador, tendo em conta as circunstâncias concretas, pois, como assevera Ana Nevares,

a liberdade de testar não se vê mais apenas diante de um dilema de proteção abstrata à família. Ao contrário: a liberdade de testar encontrará uma tensão sempre que o seu exercício importar em um atentado aos objetivos presentes na Constituição da República Federativa do Brasil, informados pela dignidade da pessoa humana e pela solidariedade (NEVARES, 2009, p. 184).

Uma proposta, *de lege ferenda*, que poderia ser feita é considerar o cônjuge (e, nesse caso, talvez pudesse ser cabível ao companheiro) como herdeiro necessário tão somente na

falta de descendentes e ascendentes. Não se argumente que não é possível ao legislador condicionar a posição de herdeiro necessário a certos requisitos, pois tal possibilidade já aparecia no Projeto de Código Civil de Orlando Gomes (WALD, 2012, seção 8.1), bem como já se aventava a possibilidade de companheiro ser herdeiro necessário na falta de descendentes e ascendentes, pela Lei de 1994, diante da redação do seu art. 2º, inciso III. Ou seja, tal solução não é incompatível com o ordenamento jurídico. E não pecaria pelo excesso intervencionista, tal como ocorre hoje, uma vez que se garantiria a proteção do cônjuge tão somente em face de terceiros sem vínculo familiar ou com vínculo familiar em que a solidariedade não impõe a herança necessária, com os quais o *de cujus* não teria o mesmo grau de afetividade e responsabilidade.

Outra possibilidade *de lege ferenda* seria admitir que os consortes disponham, em pacto antenupcial, acerca da possibilidade de se afastarem o outro da sua sucessão. Ressalte-se que, embora tido atualmente como *pacta corvina*, o direito brasileiro já admitiu disposições *causa mortis* em pactos antenupciais¹⁸. Seria possível ao legislador delimitar uma hipótese bem específica, ampliando a liberdade. E nem se fale que se afetaria a revogabilidade dos testamentos, pois o que se está a sugerir não é a possibilidade de afastar a sucessão legítima, mas sim para dispor consensualmente acerca da possibilidade de se afastarem mutuamente por testamento (ou seja, acerca da condição de herdeiro necessário). Para que fossem efetivamente afastados ou, ao contrário, para que herdassem quota maior do que a legal, dependeria, ao fim, de disposição testamentária nesse sentido, sempre mutável enquanto vivo for o testador. O que não seria revogável (ao menos enquanto vigente aquela união) seria a maior ou menor liberdade de testar, sendo que em nenhuma hipótese haveria restrições mais severas do que já há atualmente para o cônjuge.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹⁸ Como noticia Arnaldo WALD: “A segunda exceção à norma proibitiva dos pactos sucessórios referia-se aos pactos antenupciais, admitindo-se que neles os cônjuges estabelecessem a regulamentação das suas sucessões respectivas.

O direito anterior admitira a exceção, não obstante as ponderações de Lafayette Rodrigues Pereira.

Uma lei de 1761, sancionando o uso anterior, permitia que, nos contratos antenupciais, as partes se fizessem doações para após a morte de um dos nubentes, ou regulassem as suas sucessões recíprocas, manifestando-se favorável a tal prática a doutrina dos praxistas, representada por Lobão, em suas Notas a Melo, Gouveia Pinto, em sua Prática, e Correa Telles, em seu Digesto.

Na Consolidação das Leis Civis, Teixeira de Freitas, após proibir os pactos sucessórios em geral, ressalvou a hipótese especial dos pactos antenupciais em que se admitiam normas sucessórias, opinião acatada pela doutrina posterior, representada por Carlos de Carvalho e Lacerda de Almeida.[...]

No direito pátrio, o art. 314 do Código Civil de 1916 consagrava a doação *mortis causa* incluída no pacto antenupcial, estabelecendo, ainda, que a doação aproveitava aos filhos do donatário, mesmo quando este falecesse antes do doador, caducando, todavia, se todos os filhos do donatário falecessem antes do doador.” (WALD, 2012, seção 9.1)

Como se afirmou, a tendência legislativa do direito das sucessões é de conferir maior proteção ao cônjuge, o que resta evidente das diversas modificações ocorridas no século XX e no Código Civil aprovado neste começo de século XXI.

O Código Civil de 2002, no entanto, deu um passo além do necessário, ao prever o cônjuge como herdeiro necessário, contrariando a tendência atual das famílias que é a instabilidade de vínculos.

Para corrigir a falha, os intérpretes defendem uma absurda equiparação de efeitos à separação convencional e à separação legal, como se ambas fossem “separação obrigatória”, a fim de que os cônjuges possam evitar que um herde do outro.

Ora, melhor é a interpretação de que o cônjuge casado pelo regime de separação convencional de bens não seja herdeiro necessário, o que leva em conta tanto a presunção de afeto (ao não retirar a condição de herdeiro do cônjuge) como a liberdade positiva (permitindo que os cônjuges se autorregulem patrimonialmente como bem entenderem).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- CARBONERA, Silvana Maria. **Reserva da intimidade**: uma possível tutela no espaço relacional da conjugalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil**: direito das sucessões: arts. 1.572 a 1.805. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CASSETTARI, Christiano. **Elementos de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**: parte especial; do direito de família (arts. 1.591 a 1.710). São Paulo: Saraiva, v. 18, 2004.
- COSTA, Carlos José de Castro Costa. Sucessão do cônjuge à luz da Constituição Federal. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Porto Alegre, v. 14, p. 5-30, fev./mar. 2010.
- COSTALUNGA, Karime. O art. 1.829 do Código Civil e a Constituição: proposta de uma análise estrutural e axiológica. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**: no direito de família e das sucessões. São Paulo: Método, 2006, p. 397-415.
- DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. In: _____; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**: no direito de família e das sucessões. São Paulo: Método, 2006, p. 417-446.
- DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

- _____. **Manual das sucessões**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed. rev. e atual. Renovar: Rio de Janeiro: 2008.
- _____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Rosana Amara Girardi. Igualdade e diferença na constitucionalidade da Lei Maria da Penha. In: DIAS, Maria Berenice (org.). **Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 341-342.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002. **Revista Brasileira de direito de família**, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 11-25, abr./maio 2005.
- GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas**. (Traduzido por Magda Lopes.) São Paulo: UNESP, 1993.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. **Revista brasileira de direito de família**, v. 7, n. 29, p. 88-127, abr./maio/2005.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 21, 2005.
- _____. O art. 1.829, I do Código Civil e o regime de separação convencional de bens. In: _____. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil: em homenagem à Dra. Regina Bilac, a “grande dama da editoração jurídica brasileira”**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 391-405.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regimes de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família: entre o público e o privado**. Porto Alegre: Magister; IBDFAM, 2012, p. 307-333.
- MEIRELLES, Rose Melo Venceslau. A ordem de vocação hereditária: dos descendentes aos colaterais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 575-583.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- _____. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. Fundamentos da sucessão legítima. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 585-607.
- _____. Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 2002: uma abordagem à luz do direito civil-constitucional. **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre, v. 8, n. 36, p. 139-169, 2006.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**: da sucessão em geral e da sucessão legítima. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, v. 1, 1952.

OLIVEIRA, Euclides de. Concorrência sucessória e a nova ordem de vocação hereditária. **Revista Brasileira de direito de família**, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 26-44, abr./maio 2005.

OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Distinção jurídica entre união estável e concubinato In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**: no direito de família e das sucessões. São Paulo: Método, 2006, p. 239-260.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial: direito das sucessões: sucessão em geral; sucessão legítima. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Paulo Luiz Netto Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. 55, 2012.

REALE, Miguel. O cônjuge no novo Código Civil. In: _____. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 61-64.

REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. Casamento sob o regime de separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro, v. 24, p. 205-228, out./dez. 2005.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Liberdade(s) e função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro. 2009. 395 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 19 de junho de 2009.

SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**: sucessões. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código civil interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Contratos afetivos, o temor do amor. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família**: entre o público e o privado. Porto Alegre: Magister; IBDFAM, 2012, p. 334-337.

_____. **Direito civil**: direito das sucessões. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo. **Direito civil**: direito das sucessões. (Formato *epub*). 15. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2012.