

SEPTUAGENÁRIO: PROTEÇÃO ESTATAL OU RESTRIÇÃO DE LIBERDADE NA ESCOLHA DO REGIME MATRIMONIAL?

SEPTUAGENARY: STATE PROTECTION OR RESTRICTION OF FREEDOM IN THE CHOICE OF MARRIAGE REGIME?

Carolina de Souza Pansani¹
Ana Cristina Adry Moura de Argôllo²

RESUMO: Esta pesquisa tem como objetivo apresentar o direito sucessório do cônjuge sobrevivente nos regimes de bens previstos no Código Civil brasileiro, e, em especial, como se dá a sucessão hereditária do cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação obrigatória de bens. Será apresentado também a Súmula 377 do STF e sua interferência no regime citado, além de questionar até que ponto a imposição de regime de bens a septuagenários é proteção necessária ou representa interferência a esta parcela da população por parte do Estado. Através de pesquisa bibliográfica e análise dos artigos 1.641, 1.829 e 1.845 CC, espera-se demonstrar a dificuldade enfrentada pela parcela da população que, acima dos setenta anos, tem autonomia para decidir todos seus atos da vida civil, porém, de acordo com o Estado, não tem condições de decidir, por si só, o regime de casamento que melhor lhe convém.

3020

Palavras-chave: Direito civil. Direito sucessório. Cônjuge sobrevivente. Separação obrigatória de bens.

ABSTRACT: This research aims to present the surviving spouse's successor right in the property regimes provided for the Brazilian Civil Code and, in particular, how the hereditary succession of the married surviving spouse occurs under the mandatory separation of property regime. It will also present Precedent 377 of the STF and its interference in the aforementioned regime, in addition to questioning the extent to which the imposition of a property regime on septuagenarians is necessary protection or represents interference to this portion of the population by the State. Through bibliographical research and analysis of articles 1.641, 1.829 and 1.845 CC, it is expected to demonstrate the difficulty faced by the portion of the population that, over seventy years old, has autonomy to decide all their acts of civil life, however, according to the State, is not in a position to decide on its own the marriage regime that best suits it.

Keywords: Civil law. Succession law. Surviving Spouse. Mandatory separation of assets.

¹ Discente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia,

² Docente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia.

I INTRODUÇÃO

Em vigor desde 2002, o Código Civil apresentou alterações importantes sobre a sucessão hereditária, colocando o cônjuge como herdeiro necessário, concorrendo, a partir de então, com os ascendentes em qualquer regime de casamento adotado, e com os descendentes a depender do regime de casamento escolhido pelo casal, ou até mesmo imposto por lei, no momento da sucessão.

Essas alterações ocorridas na ordem de vocação hereditária, fizeram com que, nos regimes de casamento comunhão parcial de bens, separação total de bens e participação final nos aquestos, nos quais o cônjuge é herdeiro, este seja herdeiro necessário, ao lado dos ascendentes e descendentes. Tal mudança conferiu ao cônjuge mais direitos sucessórios, garantindo-lhe direitos até então inexistentes, além de proteger o cônjuge sobrevivente no momento da sucessão. As exceções são os regimes comunhão universal de bens, em que o cônjuge não herda, porém participa da meação, e o regime da separação obrigatória de bens, regime que é imposto legalmente a alguns nubentes no qual o cônjuge sobrevivente não tem direito à herança, e esse regime, imposto pela lei, não é a escolha do casal.

Salvo o disposto na Súmula 377 do Superior Tribunal Federal, que permite que os bens adquiridos na constância do casamento, com comprovado esforço comum, sejam partilhados, os demais bens não se comunicam, trazendo insegurança para o cônjuge sobrevivente no regime da separação obrigatória de bens, caso haja dependência financeira deste com o cônjuge falecido.

3021

A presente pesquisa apresenta a concorrência sucessória frente aos diferentes regimes de bens dispostos em nosso CC/2002, e em especial o direito sucessório do cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação obrigatória de bens, tendo como foco de discussão principal os septuagenários, que não têm a opção de escolher seu regime de bens, como permitido à maioria da população.

No regime da separação obrigatória de bens, o cônjuge sobrevivente não herda, e mesmo que essa não seja a escolha do casal no momento da celebração do casamento, é o regime que deve ser seguido, já que o Estado entende como seu dever proteger os maiores de setenta anos e seus patrimônios particulares, impedindo que estes decidam por si só qual regime de bens melhor lhes atende no momento da união.

Este trabalho também analisa a Súmula 377 do STF, que possibilita ao cônjuge sobrevivente a partilha dos bens adquiridos na constância do casamento, desde que

comprovado o esforço comum para a aquisição. Essa ambiguidade mostra a fragilidade do regime da separação obrigatória de bens, uma vez que, caso seja melhor para o casal a separação de bens, com a presente Súmula, isso não é possível.

Assim, esta pesquisa busca interpretar o direito sucessório à vista do CC/2002, bem como questiona a necessidade de interferência do estado nas decisões tomadas por pessoas capazes de decidir por seus atos. Para tanto, foram analisadas doutrina, a legislação brasileira vigente e também jurisprudência dos tribunais, a fim de uma melhor compreensão e crítica do assunto abordado.

Para atingir o objetivo proposto, foi realizada pesquisa com abordagem qualitativa, através de estudo da realidade, sem quantificá-los. O tipo de pesquisa realizado foi a pesquisa básica, com o objetivo de entender e explicar os regimes de casamento e suas respectivas formas de sucessão à luz do CC/2002 e demais legislações vigentes.

Trata-se de pesquisa descritiva, em que será descrito as características dos regimes de casamento, em especial o da separação obrigatória de bens, com suas nuances e questionamentos, em especial no que diz respeito aos septuagenários a partir de pesquisa documental na legislação brasileira vigente, como a Constituição Federal de 1988, CC/2002, Súmula 377 STF de 04/1964, documentos jurídicos, artigos científicos e doutrina.

O período da pesquisa bibliográfica para levantamento dos informações se deu entre julho de 2022 e maio de 2023.

2 OS REGIMES DE BENS EXISTENTES NO BRASIL À VISTA DO DIREITO SUCESSÓRIO

O casamento civil no Brasil, evento mais que tradicional em nossa sociedade, além de afirmação e consolidação dos laços afetivos, traz consigo também a ideia de família, onde ocorrem relações pessoais e patrimoniais regidas pelo CC/2002, que estabelece normas para que tais relações ocorram dentro dos parâmetros estabelecidos pela legislação brasileira. Como aponta Venosa (2003), o casamento é negócio jurídico bilateral, com características de um acordo de vontades que busca efeitos jurídicos e a ideia de contrato firmado em comum acordo.

Com intuito de proteger esse negócio jurídico, a posição do cônjuge dentro da legislação brasileira foi sendo galgada pouco a pouco, após diversas modificações no instituto da sucessão, fazendo com que sua posição fosse se elevando com o passar do tempo. Dessa

maneira, pela primeira vez no CC/2002, o cônjuge sobrevivente foi tratado como herdeiro necessário.

O Direito Sucessório é a área do Direito Civil que trata da transmissão dos bens dentro do seio familiar, com o falecimento do autor da herança. Clóvis Beviláqua ilustra a ideia de Direito Sucessório com clareza, quando diz que:

Direito hereditário ou direito das sucessões é o complexo dos princípios, segundo os quais realiza a transmissão do patrimônio de alguém, que deixa de existir. Essa transmissão constitui a sucessão; o patrimônio transmitido denomina-se herança; e quem o recebe se diz herdeiro. (BEVILAQUA, 2000, p. 52).

Essa transmissão de bens, conhecida como herança, tem tanta importância que está previsto no artigo 5º, inciso XXX da CF/1988 dando a este *status* de garantia fundamental.

O CC/2002 trouxe importantes alterações no que diz respeito à sucessão do cônjuge sobrevivente, precisamente no artigo 1.845, que passa concorrer, na qualidade de herdeiro necessário, com os descendentes e ascendentes do autor da herança (BRASIL, 2002). A esse respeito, Góes (2007, s.p), esclarece que:

A alteração da ordem da vocação hereditária, em relação ao direito anterior, beneficiou o cônjuge sobrevivente que, mesmo ocupando a terceira classe na ordem da vocação hereditária, passa a concorrer, simultânea e alternativamente, na primeira e segunda classes, respectivamente, com os descendentes e ascendentes do autor da herança.

Essa concorrência, agora prevista, fará com que o cônjuge herde em primeiro lugar, em concorrência com os descendentes, dependendo do regime de casamento escolhido pelo casal, ou até mesmo, dependendo do caso, do regime imposto pela legislação. Em segundo lugar, o cônjuge herdará em concorrência com os ascendentes em qualquer regime de casamento adotado, e em terceiro lugar sozinho, caso não haja descendentes ou ascendentes, como previsto no artigo 1829, da Lei Civil, a seguir transcrito:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002).

Sendo assim, são quatro os regimes de casamento aceitos hoje no Brasil, de acordo com o CC/2002: comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens, separação de bens, sendo possível a separação convencional e a separação obrigatória e por fim participação final nos aquestos, todos estes descritos a seguir.

Tabela de Regime de Bens e Sucessão do Cônjuge/Companheiro

Elaborada de acordo com o RE 878.694 do STF que equiparou a União Estável ao Casamento

REGIME DE BENS	HÁ MEAÇÃO?	O CÔNJUGE/ COMPANHEIRO HERDA BENS PARTICULARES?	O CÔNJUGE/ COMPANHEIRO HERDA BENS COMUNS?	FUNDAMENTO LEGAL
Comunhão parcial de bens	Sim, sobre todos os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento/união estável.	Sim, em concurso com os descendentes.	Não, pois já possui meação sobre estes bens.	Art. 1.829, I do CC/02.
Comunhão universal de bens	Sim, sobre todos os bens, exceto os casos do art. 1.668 do CC/02.	Não, pois já possui meação sobre estes bens.	Não, pois já possui meação sobre estes bens.	Art. 1.829, I do CC/02.
Separação convencional (ou total) de bens	Não.	Sim, em concurso com os descendentes.	Não, pois não há bens comuns, todos são particulares.	Art. 1.829, I do CC/02.
Separação obrigatória (ou legal) de bens	Sim, tendo em vista que a Súmula 377 do STF dispõe que "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".	Não, por expressa disposição no art. 1.829, I do CC/02.	Não, pois pela Súmula 377 já possui meação sobre estes bens.	Art. 1.829, I do CC/02 e Súmula 377 do STF.
Participação final nos aquestos	Sim, mas somente na dissolução do casamento/união estável, seja por morte ou divórcio, conforme o art. 1.672 do CC/02.	Sim, em concurso com os descendentes.	Não, pois já possui meação sobre estes bens.	Art. 1.829, I do CC/02.

Tabela de Regime de bens e Sucessões do Cônjuge/Companheiro. (Imagem: Wander Fernandes, 2018).

2.1 O Pacto Antenupcial

Antes de discorrer sobre os regimes de bens existentes no Brasil, é importante explicar sobre o instrumento jurídico do pacto antenupcial. Existe atualmente no CC/2002 quatro opções de regimes de bens, porém, caso seja da escolha dos nubentes regime diferente do convencional – comunhão parcial de bens – é necessário utilizar-se do pacto antenupcial durante o prazo da habilitação, como dispõe o artigo 1.640, CC/2002, transcrito abaixo:

Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas. (BRASIL, 2002).

É através do pacto antenupcial que os nubentes poderão expressar suas vontades quanto aos aspectos patrimoniais de seu matrimônio. É onde definirão aspectos particulares de suas vontades em relação aos seus bens, tendo liberdade também de tratar possíveis doações de um para outro. (FACHIN, 2003).

2.2 Comunhão Universal de Bens

A comunhão universal de bens, disposto no capítulo IV, entre os artigos 1.667 e 1.671 CC/2002, era o regime oficial no Brasil até o surgimento da Lei nº 6.515 de 1977, conhecida como Lei do Divórcio, que veio para regular os casos de dissolução da sociedade conjugal e

do casamento. Essa lei instituiu o divórcio no país e apresentou como regime oficial, a partir de então, a comunhão parcial de bens.

Segundo o artigo 1667 do CC/2002, todos os bens do casal se comunicam no regime da comunhão universal de bens, com exceção dos bens com cláusula de incomunicabilidade, conforme disposto no artigo 1.668, I do CC/2002.

Assim, conforme Braganholo (2006), nesse regime há uma despersonalização do patrimônio individual, o patrimônio é único e comum a ambos os nubentes, e o regime deve ser escolhido pelo casal, por manifestação de sua vontade.

Não há diferença entre bens particulares e bens comuns. Isso quer dizer que todos os bens, adquiridos antes ou durante o casamento, pertence a ambos os nubentes, inclusive os bens recebidos por herança ou doação. Nesse caso, durante a sucessão, o cônjuge sobrevivente terá direito à meação dos bens e não herda em concorrência com ascendentes ou descendentes.

Como explica Tartuce (2015), por nesse regime o cônjuge sobrevivente já ter o direito à meação sobre os bens comuns e particulares, ou seja, aqueles adquiridos durante o casamento, anteriores ao casamento e particulares do outro cônjuge, não existe mais uma cota desses mesmos bens na sucessão, ou seja, concorrer a herança com os descendentes.

2.3 Comunhão Parcial de Bens

O CC/2002 estabelece as normas da comunhão parcial de bens entre os artigos 1.658 e 1.666, capítulo III. Este regime é considerado o regime oficial no Brasil atual. Sobre esse assunto, dispõe o artigo 1.640 do referido código:

Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. (BRASIL, 2002).

Segundo o artigo 1658 do CC/2002, os bens que se comunicam no regime da comunhão parcial de bens são os que sobrevieram ao casal na constância do casamento. Assim, de acordo com VIGARANI (2022), os bens que cada um possuía antes do casamento são considerados bens particulares, e não se comunicam no momento da sucessão. Quanto aos direitos, o cônjuge sobrevivente tem direito à meação em relação aos bens comuns e à herança dos bens particulares, em concorrência com os descendentes.

Para Braganholo (2006), comunicam-se os bens adquiridos durante a convivência conjugal, a título oneroso, e não comunicam-se os bens particulares, que são os bens que cada

cônjuge já possuía antes de contrair o matrimônio, ou durante este, recebidos por doação, sucessão ou sub-rogados, que são os bens adquiridos mesmo que na constância do casamento, mas em substituição à bens que o cônjuge já possuía antes do matrimônio ou adquiridos com recursos exclusivos que o cônjuge possuía também antes do matrimônio.

Por fim, como bem exemplificado por Madaleno (2021), os bens dividem-se em três grupos, quais são: os bens do marido, os bens da mulher e os bens comuns.

2.4 Participação Final nos Aquestos

É um regime novo, de características híbridas tanto do regime de comunhão parcial quanto do regime de separação de bens. Assim, enquanto durar o casamento serão aplicadas as regras da separação total e quando o casamento for dissolvido, serão aplicadas as regras da comunhão parcial. Surgiu em conjunto com o CC/2002, está previsto no capítulo V, artigos 1.672 a 1.686 e necessita de pacto antenupcial.

Sobre esse regime, Gonçalves (2008) explica que depende de pacto antenupcial, cada cônjuge possui seu patrimônio próprio, além de direito sobre a metade dos bens adquiridos pelo casal a título oneroso na constância do casamento, na época da dissolução conjugal.

Assim, esse regime permite que durante a vigência do casamento, cada cônjuge tenha e administre seu próprio patrimônio, tal qual o regime da separação de bens, sendo esse patrimônio o que o cônjuge já possuía antes de contrair o matrimônio, assim como os adquiridos por ele durante a constância da união. Finda a sociedade conjugal, os bens são divididos, conforme prevê o artigo 1.674 do CC/2002:

Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:

I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;

II - os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;

III - as dívidas relativas a esses bens.

e conforme disposto no artigo 1.672, finda a sociedade conjugal, cada nubente terá direito à metade do que foi adquirido pelo casal a título oneroso. (BRASIL, 2002).

Na sucessão, o cônjuge sobrevivente participa da meação e da herança. Meação sobre os aquestos, que são todos os bens adquiridos pelo casal na vigência do casamento, e herança sobre o restante do patrimônio do falecido. Nesse caso, o cônjuge sobrevivente será herdeiro, concorrendo com os outros herdeiros somente nos bens particulares.

2.5 Separação de Bens

Nas palavras de Braganholo (2006), “é o regime que preserva a individualidade do patrimônio de cada um dos cônjuges”.

Divididos entre separação de bens (mais conhecido como separação total), escolhido livremente pelas partes por livre conveniência, e separação obrigatória de bens, por determinação legal, estão previstos no capítulo IV, artigos 1.687 e 1.688 do CC/2002 e em particular no artigo 1.641 do mesmo código, quando se refere à separação obrigatória. Confere autonomia patrimonial entre os nubentes e evita a comunhão de bens entre eles. Isso quer dizer que cada cônjuge permanece na administração exclusiva de seus bens, com liberdade para deles dispor se assim quiser, conforme disposto no artigo 1.687 do CC/2002.

Nas palavras de Diniz (2002, p.163),

Não há proibição de gravar o ônus real ou alienar bens, inclusive, imóveis, sem o assentimento do outro cônjuge. Qualquer dos consortes poderá, sem autorização do outro, pleitear, como autor ou réu acerca de bens ou direitos imobiliários, prestar fiança ou aval e fazer doação, não sendo remuneratória.

Sob o regime da separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente tem direito a herança do cônjuge falecido, e prevê concorrência com o descendente deste. Desse modo, em caso de falecimento, o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário daquele falecido em igualdade com os filhos, se existentes.

3027

A diferença entre os dois regimes de separação de bens, ou seja, o da separação convencional de bens e o da separação legal de bens, de acordo com SILVA (2022), é que o regime da separação convencional de bens é aquele que é possível ser escolhido entre as partes, e dá às partes o direito de autonomia patrimonial.

Também, neste regime, o cônjuge sobrevivente tem direito a herança do cônjuge falecido, diferente do que ocorre na separação obrigatória de bens: nesse regime, de acordo com o artigo 1829 CC/2002, não há direito sucessório entre as partes. Além disso, para o regime da separação obrigatória de bens, a regra é diferente quanto aos bens adquiridos de forma onerosa durante a união: os bens anteriores ao casamento, assim como na separação de bens, não se comunicam, porém, aqueles adquiridos de forma onerosa durante a união entrarão na partilha.

É o que prevê a Súmula 377 do STF: “no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (BRASIL, STF, 1964).

3 O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS E SUAS PARTICULARIDADES

Em alguns casos, o regime da separação de bens é obrigatório. Único dos regimes imposto por lei, no regime da separação obrigatória de bens a concorrência com o descendente não existirá, de acordo com inciso II do artigo 1.641 CC/2002. Nesse regime, não se comunicam os bens que cada um dos nubentes traz para aquele grupo familiar. Ou seja, os bens adquiridos anteriormente à união não entrarão na partilha. Somente os bens adquiridos de forma onerosa na constância do relacionamento, a princípio, poderão ser partilhados, conforme disposto na Súmula 377 do STF: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (BRASIL, STF, 1964). Entendendo ser necessário proteger os direitos de terceiros ou de determinados cônjuges, por considerar que estes não estão aptos a tomar a decisão acertada relacionada ao seu regime de bens, a lei determina que o enlace ocorra pelo regime da separação obrigatória, não dando a esses nubentes livre escolha. (COELHO, 2020)

Abaixo se verifica as três hipóteses previstas no citado artigo para a obrigatoriedade da separação de bens:

1 - Quando contraem casamento com inobservância às causas suspensivas, previstas no art. 1.523 do CC/2002, e ocorrem quando um dos membros tem alguma restrição anterior. Exemplo: um membro do casal é divorciado previamente e não fez a partilha de bens;

2 - Maiores 70 anos - Lei impede a escolha do regime para evitar golpe patrimonial.

3 - Quando o casamento depende de autorização judicial. Exemplo: maior de 16 e menor de 18 anos, sem autorização dos pais, com autorização do juiz, nos moldes do artigo 1517 CC/2002, ou tio que pretende se casar com sobrinho - autorizado por juiz desde que comprovado que não haverá eugenia. (BRASIL, 2002).

3.1 A Separação Obrigatória de Bens dos Septuagenários

A obrigatoriedade do regime da separação obrigatória de bens aos nubentes maiores de setenta anos está prevista no artigo 1.641, II CC/2002. Trata-se de uma regra de caráter protetivo, onde o objetivo do legislador é tutelar o cônjuge com idade mais avançada, proteger esse idoso de que o casamento tenha unicamente o objetivo econômico patrimonial e, como tal, diferente do que ocorre no regime da separação convencional, as partes não têm

direitos sucessórios.

Porém, conforme já abordado, essa imposição legal não dá aos septuagenários o direito de escolher qual o melhor regime lhe convém, e isso fere princípios e fundamentos previstos na CF/1988, como os princípios da liberdade de escolha, da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Lobo apud Gonçalves (2008, p. 418) menciona:

Hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Consequentemente é inconstitucional este ônus.

Nas palavras de Coelho, 2023:

É inconstitucional a lei quando impede a livre decisão quanto ao regime de bens aos que se casam com mais de setenta anos (...) a permanência da obrigatoriedade do regime de separação afronta o princípio constitucional da dignidade humana.

A opinião exposta por Madaleno converge com a maioria da doutrina, que critica a imposição de tal regime aos septuagenários, pois entende-se que estes podem tomar decisões sobre seus atos civis. Sobre tal regime, o autor esclarece:

Curiosa e sectária interdição, ao transformar o septuagenário em um cidadão incapaz de decidir sobre seus bens no casamento, ou sequer lhe dá a oportunidade de casar pelo regime da comunhão parcial, para dividir os aquestos, como produto da recíproca construção dos ganhos materiais hauridos na constância do matrimônio, embora tampouco esteja impedido de promover, com 70 ou mais anos de idade doações, incluso para seu novo cônjuge (MADALENO, 2021, p.805).

3029

Dessa maneira, fica fácil identificar que o legislador trouxe, com essa imposição, a ideia de que a velhice reduz a capacidade de raciocínio e discernimento, além de aumentar a carência afetiva. Como consequência, aumentam as chances de sujeitar-se a relações em que o outro nubente tenha somente interesse em adquirir vantagens financeiras. Portanto, entendeu o legislador que cabe ao estado proteger essa faixa da população.

Entretanto, casamentos com objetivos unicamente financeiros podem acontecer com qualquer pessoa, de qualquer faixa etária, e septuagenários não estão impedidos de exercer nenhum ato da vida civil baseado somente em sua idade. Pessoas com setenta anos ou mais podem escolher seus governantes, podem até mesmo ser governantes, mas não podem decidir sobre seu regime de casamento.

Importante frisar que o CC/2002 prevê somente casamento, mas podemos interpretar a norma de forma a alcançar também a união estável, já que o ordenamento constitucional trata de possível equiparação entre união estável e casamento, além de que o

STJ recentemente também os equiparou, no Rec especial 646259 RS.

3.2 A Súmula 377 do STF

Em relação à imposição de regime aos maiores de setenta anos, existe súmula do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, tamanha sua importância. Formulada na vigência do código civil anterior, a Súmula 377 (1964) foi criada para tentar resolver a questão da comunicabilidade ou não dos bens no regime da separação obrigatória. É seu entendimento: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. (BRASIL, STF, 1964). Para esta comunicação, é necessário comprovar que houve esforço comum do casal na aquisição dos bens, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que em releitura da Súmula 377 do STF, decidiu que, no regime de separação legal, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento (ou união estável) desde que comprovado o esforço comum para a sua aquisição (REsp 1.623.858).

No entanto, a comunhão de aquestos, desde que provada a conjunção de esforços, ou seja, a existência de sociedade de fato entre os cônjuges, tem apoio jurisprudencial. Assim, sob a inspiração do princípio que norteou a Súmula n. 380, a respeito do concubinato, a Súmula 377, sobre o regime da separação obrigatória, que veda o enriquecimento ilícito, se provado que o cônjuge casado pelo regime da separação convencional concorreu diretamente, com capital ou trabalho, para aquisição de bens em nome do outro cônjuge, é cabível a atribuição de direitos àquele consorte. Note-se que o posicionamento em sentido contrário se fundava essencialmente na irrevogabilidade do regime de bens, que existia no Código Civil anterior e não mais existe no Código Civil de 2002. É evidente que a existência de sociedade de fato não se estabelece apenas em virtude da vida em comum, ou seja, pelo cumprimento de deveres que decorrem do casamento, sendo necessária a prova da contribuição efetiva, com recursos ou trabalho para a formação de patrimônio que resta somente em nome de um dos cônjuges. (MONTEIRO, 2002, p. 222).

Essa possibilidade de comunicação de bens traz para a doutrina o entendimento que a súmula 377 equipara a separação obrigatória de bens à comunhão parcial de bens. Dessa maneira, aquele septuagenário que quer a separação total de bens não pode escolher seu regime devido à imposição da lei e a súmula que a contraria. Não há espaço na lei que permita aos septuagenários escolher outro regime, e essa obrigatoriedade mostra não somente a intenção do proteção ao septuagenário trazida pelo legislador, mas também a ideia de que este é penalizado pela lei, ao mostrar que os maiores de setenta anos são incapazes de escolher o regime que melhor lhe atende.

Os septuagenários não são impedidos de realizar nenhum outro ato civil, somente são impedidos de escolher o regime que pretendem se casar. Ser idoso não quer dizer que

esteja em condição de vulnerabilidade. A súmula e o artigo ferem o princípio da dignidade humana, a autonomia privada, a liberdade de escolha e discrimina o idoso, que tem estatuto próprio para sua defesa.

Dessa maneira, a doutrina questiona como pode afastar a súmula com base nos princípios da intervenção mínima na família, da dignidade da pessoa humana, e da autonomia privada de vontade, e existe sim, um meio de afastá-la. De acordo com SILVA (2021), a maneira eficaz e admitida pela justiça para o afastamento de tal súmula, para aqueles que preferem o regime da separação absoluta de bens, é o pacto antenupcial, onde ocorre a renúncia prévia à herança. O pacto antenupcial não dá ao casal liberdade de escolha de regime, mas sim a possibilidade de escolher o regime de separação de bens ainda mais amplo. Assim, nem o que foi adquirido na constância da união, mesmo que de forma onerosa e com comprovado esforço mútuo, se comunicará.

3.3 Críticas ao Instituto

O regime de casamento adotado pelo casal tem grande relevância no momento da sucessão, e a possibilidade de escolher o regime que melhor lhes convém traz, além de garantia de liberdade de escolha individual, tranquilidade para saber que o curso da vida seguirá pelos caminhos escolhidos. A imposição dada pelo CC/2002 através do inciso II do artigo 1.641, que determina aos septuagenários o regime da separação obrigatória de bens, afasta desses nubentes a possibilidade de gerir todos seus passos da vida civil, uma vez que retira deles a capacidade de decidir sobre seu patrimônio particular durante a união civil da maneira que melhor lhe aprouver.

Com a separação obrigatória de bens, o Estado veda aos idosos a condição de decisão, com imposições de padrões que talvez não sejam as melhores opções para o casal, e a Súmula 377 do STF, que veio talvez para melhor definir o assunto, retira mais ainda a possibilidade de tomada de decisão, para aqueles que prefeririam optar pela separação de bens.

No entender de Tartuce (2015), a Súmula 377 praticamente transformou o regime da separação obrigatória de bens em regime de comunhão parcial de bens.

Madaleno (2021) critica o código civil no que diz respeito ao casamento septuagenário quando afirma que este discrimina essa união, e essa discriminação, restringindo a escolha do regime de bens que melhor lhe atende no momento de formação de sua união, não é a melhor proteção que o Estado pode dar. Embora reconheça que o atual CC/2002 é mais

brando, uma vez que o código anterior, de 1916, obrigava a adoção do regime de separação de bens aos homens com mais de sessenta anos e às mulheres maiores de cinquenta, o código atual não deixou de seguir discriminando os idosos, ao presumi-los incapazes de decidirem sobre seus atos e julgá-los como presas fáceis para casamentos com puros interesses materiais.

Madaleno (2021) continua sua análise, ao mostrar que a família atual vive processo de emancipação de seus integrantes, e que nenhum integrante pode, hoje, ser retirado desse contexto, seja por diferença de sexo, raça ou idade da convivência social.

Tais decisões trazem insegurança aos cônjuges, que não conseguem optar nem pela separação absoluta de bens, nem pela comunhão parcial de bens, tampouco pela comunhão universal de bens.

Para afastar a Súmula 377, existe a possibilidade de pacto antenupcial, e para corrigir o pacto antenupcial, existe ainda a possibilidade de testamento.

Assim, fica claro que o artigo que determina o regime obrigatório aos septuagenários é tão controverso que existe súmula para afastá-lo, e opções para afastar a súmula, o que traz grande insegurança jurídica àqueles que o legislador, a princípio, pensou em proteger.

A demonstração dessa lacuna poderá propor mudanças futuras em tal imposição prevista no artigo 1641 do CC/2002, o que certamente trará maior segurança aos afetados pela atual imposição.

3.4 Decisões dos Tribunais

Como reconhecimento de pacto antenupcial para afastar Súmula 377, a Quarta Turma do STJ deu provimento ao recurso de uma herdeira para remover a viúva de seu pai do inventário. A união de seu pai com a viúva, apesar de estar sob o regime da separação obrigatória de bens, era amparada por pacto antenupcial que foi reconhecido pelo STJ. Nesse pacto, realizado por escritura pública em 2014, o casal optou pela separação total de bens e declarou estar junto desde 2007, época que o nubente contava com 77 anos e a nubente com 37.

Com entendimento de que pode o casal unido sob o regime da separação obrigatória de bens utilizar-se de pacto antenupcial convencionando a separação total de bens, com finalidade de afastar a incidência da súmula 377 do STF e, conseqüentemente, afastar a

comunicação do patrimônio adquirido na constância do casamento, a Quarta Turma deu provimento ao recurso.

A origem do pedido foi ajuizada pela viúva, que pediu pela impugnação dos herdeiros em excluí-la da meação ou partilha dos bens deixados pelo falecido e removê-la da inventariança. O pedido da viúva foi acolhido pelo juízo do primeiro grau. O Tribunal de Justiça do Paraná reconheceu o caráter restritivo do pacto antenupcial, mas manteve a viúva como inventariante.

O relator do recurso no STJ, ministro Luis Felipe Salomão, explicou que o Código Civil, através do artigo 1.641, restringiu a liberdade de escolha do regime patrimonial dos noivos acima de 70 anos e lembrou que o STJ já reconheceu que a norma se estende à união estável (REsp 646.259). Ressaltou que, em releitura da Súmula 377 do STF, no regime de separação legal comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento (ou união estável) desde que comprovado o esforço comum para a sua aquisição (EREsp 1.623.858).

Ainda nas palavras do ministro relator, a imposição do regime em decorrência da idade é com intenção de proteção ao idoso e aos seus herdeiros de casamentos realizados com interesses estritamente econômicos. Assim, se o objetivo da lei é proteger o patrimônio do idoso, “é possível que o pacto antenupcial venha a estabelecer cláusula ainda mais protetiva aos bens do nubente septuagenário – afastando a incidência da Súmula 377 do STF do regime da separação obrigatória –, preservando o espírito do Código Civil de impedir a comunhão dos bens do ancião”.

Dessa forma, o magistrado concluiu ser possível que os noivos ou companheiros, em exercício da autonomia privada, firmem escritura pública para afastar a incidência da Súmula 377 do STF, perfazendo um casamento ou união estável em regime de separação obrigatória com pacto antenupcial de separação de bens (ou de impedimento da comunhão do patrimônio). (STJ, 2021).

Já em decisão de reconhecimento da Súmula 377, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu pela incidência do enunciado sumular do STF:

Agravo. Sucessões. Falecido casado pelo regime da separação legal de bens. Incidência da súmula 377 do STF. Meação. Direito hereditário. 1. Considerando que o falecido era casado pelo regime da separação legal de bens, há meação sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união. 2. O reconhecimento da meação pela incidência da súmula 377 do STF tem caráter dúplice e constitui direito próprio da viúva e direito hereditário dos sucessores do de cujus. 3. O patrimônio da pessoa jurídica constituída anteriormente ao casamento com o falecido, titulada pela viúva, não integra a meação.

(Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento n. 70013119425, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 21 de dezembro de 2005).

A Sétima Câmara Cível de Porto Alegre, RS, em 2003, julgou o não reconhecimento do inciso II, artigo 1.641 CC/2002, em Apelação Cível nº 70004348769. Trata-se de ação de apelação proposta pelos filhos, apelantes, contra a viúva de seu pai, apelada, onde os apelantes requeriam a anulação de doação ocorrida em regime de separação obrigatória de bens.

Nesse caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisão posterior à vigência do novo Código, afirmou: (...)

ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS.

Descabe a anulação de doação entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, quando o casamento tenha sido precedido de união estável. Outrossim, o art. 312 do Código Civil de 1916 veda tão-somente as doações realizadas por pacto antenupcial. A restrição imposta no inciso II do art. 1641 do Código vigente, correspondente do inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade.

Apelo, à unanimidade, desprovido no mérito, e, por maioria, afastada a preliminar de incompetência, vencido o Em. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.

3034

(Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70004348769, Rel. Des^a. Maria Berenice Dias, julgada em 27 de agosto de 2003).

O desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, na mesma decisão, afirma em seu voto:

Modestamente aporia mais um elemento nesta linha. É que, inclusive no regime da separação obrigatória, na vigência do antigo Código, o próprio Supremo Tribunal Federal já havia decretado a possibilidade da comunhão dos aqüestos, o que representava, mediante a Súmula n. 377, uma verdadeira perfuração da rocha monolítica, como era considerada a separação. Com a entrada em vigor do novo Código, questiona-se se esta súmula estaria ainda em vigor, mas a festejada doutrina dos comentadores do Código entende que se manteria, portanto, o regime da comunhão dos aqüestos.

(Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70004348769, Rel. Des^a. Maria Berenice Dias, julgada em 27 de agosto de 2003).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito das sucessões surgiu para garantir que a partilha de bens entre os herdeiros aconteça de forma correta e justa. Presente no código civil, suas regras garantem que todos os bens, dívidas e obrigações do falecido passem aos herdeiros por motivo de seu falecimento, obedecendo o regime de bens adotado no momento do enlace e outras determinações do falecido, como pacto antenupcial ou testamento, quando houver.

A escolha do regime de bens feita pelo casal no momento da união civil deve seguir as regras do código civil vigente. Tendo o código estabelecido o regime da comunhão parcial de bens como sendo o principal, qualquer escolha diferente dessa, feita pelos nubentes, deverá via acompanhada do pacto antenupcial. Com exceção das três hipóteses previstas no artigo 1.641 do CC, nas quais as pessoas devem se casar pelo regime da separação obrigatória de bens, todos os demais nubentes têm liberdade de escolher qual regime de bens melhor lhes atende, dentre os quatro existentes atualmente no sistema jurídico brasileiro.

A determinação legal do regime da separação obrigatória para os casos que se enquadram no artigo 1.641, inciso II do CC existe porque o legislador julgou necessária a proteção dispensada aos maiores de setenta anos, com intuito de proteger seu patrimônio e como consequência o de seus herdeiros, caso as núpcias fossem contraídas com pessoa interessada em seus bens materiais, com objetivo em lograr proveito às custas da vulnerabilidade de estado de carência que a maioria destas pessoas se sujeitam.

Entretanto, tal imposição legal fere o princípio da autonomia da vontade, ao vedar aos septuagenários a possibilidade de opção consciente pelo regime que julgarem mais adequado, considerando, inclusive, os reflexos patrimoniais daí advindos. Essa imposição fere também a liberdade individual e viola as garantias constitucionais e os direitos fundamentais preconizados pela Constituição de 1988.

Tal artigo demonstra que o Estado ignora a capacidade de tomada de decisão quanto ao seu patrimônio dos maiores de setenta anos, e denota uma forma de interdição temporária de direitos, sem o devido processo legal, além de ferir diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Ambos, o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana, além da autonomia de vontade e a liberdade individual, estão presentes na Constituição federal e são direitos garantidos a todos os cidadãos.

Ora, estamos então diante de incompatibilidade entre normas. O artigo 1.641, II do CC vai de encontro ao que preconiza a norma soberana, e esta sempre deve prevalecer.

Ademais, a Súmula 377 do STF, ao trazer o entendimento de que os bens adquiridos de forma onerosa e com esforço comum pelo casal na vigência do casamento regido sob a separação legal de bens se comunicam, iguala esse regime ao da comunhão parcial de bens, deixando, agora, desamparado o casal que optaria pela separação de bens. Esse casal, agora, precisa se valer do pacto antenupcial para garantir que seus bens não se comuniquem, como aconteceria no regime de sua preferência, caso tivesse liberdade de escolha.

Fica evidente, então, a insegurança jurídica que esse artigo traz: defende a separação de bens, sem liberdade de escolha aos nubentes, mas permite a comunicação desses bens com Súmula, e permite o afastamento da súmula com pacto antenupcial. Era melhor então que a escolha de regime fosse permitida desde o início.

REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Sucessões**. Campinas-SP: RED, 2000

BRAGANHOLO, Beatriz Helena. **Casamento Civil**: regime de bens e seus reflexos patrimoniais e sucessórios. CEJ, Brasília, n. 34, p. 27-34, jul./set. 2006 disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/211922927.pdf>. Acesso em 21 de abril de 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 de abril de 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406**. De 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 30 de abril de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EResp 1.623.858 – MG**. Rel. Min. Lázaro Guimarães, julgado em 23/05/2018, Dje 30/05/2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=EResp+1.623.858-MG&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 30 de abril de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel Min, Luis Felipe Salomão. publicada por DECCO-SEDIF em 17/12/2021. Disponível em <https://www.tjrj.jus.br/web/portal-conhecimento/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5736540/55000457>. Acesso em 30/04/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 377**. Dj de 08/05/1964, P. 1237; Dj de 11/05/1964, P. 1253; Dj de 12/05/1964, P. 1277. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=4022#:~:text=No%20regime%20de%20separa%C3%A7%C3%A3o%20legal,adquiridos%20na%20const%C3%A2ncia%20do%20casamento.>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Agravo de Instrumento n. 70013119425**, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 21 de dezembro de 2005. disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/211922927.pdf>. Acesso em 21 de abril de 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Apelação Cível n. 70004348769**, Rel. Des^a. Maria Berenice Dias, julgada em 27 de agosto de 2003. disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/211922927.pdf>. Acesso em 21 de abril de 2023.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família, Sucessões**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. **Jusbrasil**, 2020. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/curso-de-direito-civil-familia-sucessoes/1153090038>. Acesso em: 29 de abril de 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**, v 5. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo código civil: do direito de família; do direito pessoal; das relações de parentesco**. 1. ed. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERNANDES, Wander. **Tabela de Regime de Bens e Sucessão do Cônjuge / Companheiro**. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/tabela-de-regime-de-bens-e-direito-do-conjuge-companheiro/588727223>. Acesso em: 29 de abril de 2023.

GÓES, Celina de Sampaio. **Sucessão: Cônjuge Casado no Regime da Separação de Bens não concorre com os descendentes**. **IBDFAM**, 22 de julho de 2007. Disponível em <https://ibdfam.org.br/artigos/313/Sucess%C3%A3o:+C%C3%B4njuge+Casado+no+Regime+da+Separa%C3%A7%C3%A3o+de+Bens+n%C3%A3o+concorre+com+os+descendentes>. Acesso em: 09 de novembro de 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume VI: Direito de Família 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**, v. 2, 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Ulisses. **Cônjuge na separação de bens tem direito a herança?** **Migalhas**, 28 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/355456/conjuge-na-separacao-de-bens-tem-direito-a-heranca-advogado-responde>. Acesso em: 20 de setembro de 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das sucessões**. vol. 6. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 7.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. V 6. 13ª ed. São Paulo: Atlas 2013.

VIGARANI, Pedro. **A Concorrência do Cônjuge ou Companheiro Supérstite na Sucessão com os Descendentes**. **Jusbrasil**, maio de 2022. Disponível em: <https://pedro-vigarani3845.jusbrasil.com.br/artigos/1531591647/direito-de-sucessoes>. Acesso em 17 de novembro de 2022.