

## REGIME DE BENS E TUTELA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE

Soluções Práticas - Tepedino | vol. 1 | p. 133 - 149 | Nov / 2011  
DTR\2012\399

Gustavo Tepedino

Doutor em Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália) e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da UERJ. Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Área do Direito: Civil; Processual

Resumo: Admitindo-se a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC/2002 (correspondente ao art. 258, parágrafo único, II, do CC/1916), aplica-se o regime supletivo de comunhão parcial de bens, nos termos do art. 1.640, caput, do CC/2002. Para fins de cálculo da meação, há de se considerar todos os bens adquiridos, por cada um dos cônjuges, onerosamente, durante a convivência do casal, mesmo em se tratando de negócios jurídicos realizados entre eles, vez que representam acréscimo ao patrimônio comum.

Palavras-chave: Regime de bens - Vocação hereditária - Cônjuge Descendentes - Constitucionalidade.

Abstract: Considering the rule of art. 1.641, II CC (2002) (which corresponds to art. 258, paragraph, II, CC/1916) to be unconstitutional leads to the application of the standard marital property system of the partial commonality of assets, as described in Art. 1.640, caput, CC (2002). It is necessary to consider all of each spouse's during the marriage onerously acquired assets, even such as mutual transactions between them, since they represent a surplus to their common worth.

Keywords: Marital property system - Heredity - Spouse - Descendants - Constitutionality.

Sumário:

1. Introdução - 2. Restrições à liberdade de estabelecer regime de bens. O art. 1.641, II, do CC/2002 e a incomunicabilidade estabelecida em atendimento à ordem pública - 3. A duvidosa constitucionalidade do art. 1.641, II, do CC/2002. A construção do enunciado da Súmula 377 do STF. Aplicação do regime supletivo de comunhão parcial. Vocação hereditária do cônjuge supérstite. Concurso com os descendentes. Obrigatoriedade de colação das liberalidades anteriormente efetuadas - 4. Conclusão

## 1. Introdução

Honra-nos X solicitando opinião doutrinária com base nos seguintes fatos:

Y casou-se em primeiras núpcias com A, pelo regime de comunhão universal de bens, com quem teve seis filhos. Separou-se consensualmente em 1983, divorciando-se em 1986.

Em meados de 1984, Y iniciou convivência com X, com quem veio a se casar em 1987 sob o regime de separação obrigatória de bens. À época, Y contava com mais de sessenta anos de idade e X com menos de sessenta anos.

Desde o início da convivência e no decorrer do casamento, Y efetuou diversas doações a X.

Y faleceu em 2008 deixando bens particulares. Além disso, o de cuius fez testamento transmitindo, dentro da parte disponível de seu patrimônio, todos os saldos bancários e aplicações financeiras, bem como um apartamento, a X.

Para responder à consulta, dividiu-se a presente opinião doutrinária em dois eixos

temáticos, a seguir desenvolvidos.

2. Restrições à liberdade de estabelecer regime de bens. O art. 1.641, II, do CC/2002 e a incomunicabilidade estabelecida em atendimento à ordem pública

O legislador de 2002, na esteira do art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil revogado, estabeleceu, no art. 1.641, as hipóteses taxativas nas quais se impõe o regime da separação obrigatória de bens no casamento, in verbis:

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

I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de sessenta anos;<sup>1</sup>

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

O dispositivo acima transcrito veda a liberdade dos nubentes na escolha do regime patrimonial do casamento em razão de circunstâncias fáticas que justificariam a segregação dos patrimônios dos cônjuges.<sup>2</sup> Na lógica do Código Civil, trata-se de norma de ordem pública, a preterir o princípio da livre escolha do regime de bens, e a sacrificar significativamente a autonomia privada, da qual é retirado o poder de dispor sobre a comunicação de bens entre os patrimônios dos cônjuges.<sup>3</sup>

De forma coerente e com o mesmo intuito de preservar a segregação patrimonial do regime de separação obrigatória de bens, o art. 1.829 do CC/2002, em seu inc. I, exclui da vocação hereditária o cônjuge supérstite casado sob referido regime, alijando-o dos direitos sucessórios:

“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”.

Dentre as hipóteses legais de obrigatoriedade da observância do regime de separação de bens, e que interessa particularmente à controvérsia em análise, verifica-se o casamento com pessoa maior de sessenta anos<sup>4</sup>, consoante o disposto no inc. II do art. 1.641 do CC/2002. Aludido preceito, ao fixar o regime de separação de bens para os nubentes no caso em que um deles seja maior de sessenta anos,<sup>5</sup> retira do sexagenário a possibilidade de contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor atenda a seus interesses. Buscou-se, aqui, proteger o patrimônio de pessoas de determinada faixa etária, provavelmente para evitar que os casamentos com tais pessoas pudessem ser guiados por interesses meramente econômicos, a justificar hipótese de incapacidade de deliberação estabelecida a priori e in abstracto pelo codificador.<sup>6</sup>

Diante, portanto, da previsão do art. 1.641, II, do CC/2002 (correspondente ao art. 258, parágrafo único, II, do CC/1916), que estabelece o regime de separação obrigatória de bens do casamento com sexagenário,<sup>7</sup> as doações efetuadas por Y a X representam fraude à lei, por terem por objetivo fraudar lei imperativa, que proíbe a comunicação dos bens entre os cônjuges casados no regime de separação obrigatória. A solução não era diversa sob a vigência do Código Civil de 1916.

Na lição de autorizada doutrina:

“(…) Essas pessoas já passaram da idade, em que o casamento se realiza por impulso afetivo. Receando que interesses subalternos, ou especulações pouco escrupulosas, arrastem sexagenários e quinquenárias a enlaces inadequados ou inconvenientes, a lei põe um entrave às ambições, não permitindo que os seus haveres passem ao outro

cônjuge por comunhão. Também não podem, como, em geral, todos aqueles a quem a lei impõe o regime da separação, fazer doações inter vivos, um ao outro. De outro modo, a lei seria, facilmente, burlada. É esta uma proposição que dispensa qualquer esclarecimento. É uma inferência que se impõe”.<sup>8</sup>

“As doações de um cônjuge ao outro não são proibidas, como já o eram em nosso direito pré-codificado, ao contrário do Romano, que as tolerava tão somente quando se realizavam mortis causa. Não serão, contudo, lícitas quando contrariarem a índole do regime, como ocorre no da comunhão universal, em que não tem sentido em razão da comunidade de interesses, ou no da separação obrigatória, em que seria instrumento de burla à lei”.<sup>9</sup>

“Permitir que se comunicassem os bens adquiridos, no caso de ser obrigatório o regime da separação, seria tolerar que a lei fosse burlada, seria, em suma, admitir que os cônjuges fugissem daquele regime que a lei lhes impôs, para caírem no regime da comunhão de bens”.<sup>10</sup>

Convém insistir: ao impor o regime de separação de bens, rechaça o legislador qualquer instrumento convencional que importe transferência patrimonial. Somente assim é de se justificar opção legislativa tão custosa à autonomia privada. Por isso mesmo, as doações realizadas por Y em favor de X, ao permitirem a comunicação entre os patrimônios dos nubentes, atingem indiretamente o resultado que o art. 1.641, II, do CC/2002, expressa e inequivocamente proíbe. Por conseguinte, tais doações são integralmente nulas, revelando hipótese tipificada no art. 166, VI,<sup>11</sup> do CC/2002.

3. A duvidosa constitucionalidade do art. 1.641, II, do CC/2002. A construção do enunciado da Súmula 377 do STF. Aplicação do regime supletivo de comunhão parcial. Vocação hereditária do cônjuge supérstite. Concurso com os descendentes. Obrigatoriedade de colação das liberalidades anteriormente efetuadas

Note-se, a bem da verdade, que a constitucionalidade do art. 1.641, II, do CC/2002 tem sido contestada em doutrina e jurisprudência, de forma reiterada. Afirma-se que referido dispositivo não se mostra compatível com a Constituição da República de 1988, por violar os princípios da igualdade (art. 5.º, caput), da liberdade (art. 5.º, caput) e da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III) consagrados no Texto Constitucional.<sup>12</sup>

Segundo tal entendimento, a restrição à liberdade de escolha do regime de bens pelo sexagenário<sup>13</sup> afronta o princípio da isonomia por dispensar, sem supedâneo constitucional, tratamento desigual a pessoas que se encontram em mesmíssima situação em virtude apenas de determinada faixa etária, descurando-se da análise das particularidades do caso concreto.<sup>14</sup>

Além disso, o preceito colide, sem contrapartida axiológica de igual estatura, com os princípios constitucionais da liberdade<sup>15</sup> e da dignidade da pessoa humana,<sup>16</sup> ao impedir que a pessoa maior de sessenta anos,<sup>17</sup> em plena capacidade para a prática dos atos da vida civil, escolha, da forma que lhe aprouver, o regime de bens do casamento. O dispositivo atenta, ainda, contra a dignidade do cônjuge supérstite, o qual resta desamparado, sem direito à meação e à herança.

Eis o entendimento amplamente adotado pelos Tribunais pátrios:

“Anulação de doação – Regime da separação obrigatória de bens. A restrição imposta no inc. II do art. 1.641 do código vigente, correspondente do inc. II do art. 258 do CC 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”.<sup>18</sup>

“Processual civil – Recurso especial – Ação de conhecimento sob o rito ordinárioc-Casamento – Regime da separação legal de bens – Cônjuge com idade superior a sessenta anos. (...) (II) o fundamento que justifica a restrição aos atos

praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores que cinquenta, presente à época em que promulgado o Código Civil de 1916, não mais se justificam nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; (III) nenhuma restrição seria imposta pela lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária, de modo que o Código Civil, sob o pretexto de proteger o patrimônio dos cônjuges, acaba fomentando a união estável em detrimento do casamento, em ofensa ao art. 226, § 3.º, da CF. Recurso especial não conhecido”.<sup>19</sup>

“Alargar o sentido da norma prevista no art. 1.641, II do CC para proibir o sexagenário, maior e capaz, de dispor de seu patrimônio da maneira que melhor lhe aprouver, é um atentado contra a sua liberdade individual”.<sup>20</sup>

“Casamento – Regime de bens – Separação legal obrigatória – Nubente sexagenário – Doação à consorte – Validez – Inaplicabilidade do art. 258, parágrafo único, II, do CC que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual – Norma jurídica incompatível com os arts. 1.º, III, e 5.º, I, X e LIV, da CF em vigor – Improcedência da ação anulatória – Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (substantive due process of law), já não vige a restrição constante do art. 258, parágrafo único, II, do CC. (...) o disposto no art. 258, parágrafo único, II, do CC, refletindo concepções apenas inteligíveis no quadro de referências sociais doutra época, não foi recepcionado, quando menos, pela atual Constituição da República, e, portanto, já não vigendo, não incide nos fatos da causa”.<sup>21</sup>

Por tais razões, não parece infundada a orientação que considera o art. 1.641, II, do CC/2002 incompatível com a legalidade constitucional, daí resultando na incidência aos cônjuges que se encontrem nesta situação do regime de comunhão parcial de bens, a teor do art. 1.640, caput, do CC/2002.<sup>22</sup>

Mediante matiz argumentativo inteiramente diverso, ainda na regência do Código Civil de 1916, o STF, posto sem declarar a inconstitucionalidade de tal restrição à capacidade do sexagenário, já havia ladeado a incomunicabilidade, mediante a formulação da conhecida Súmula 377, assim vertida:

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

O entendimento sumulado – que jamais refletiu verdadeira unificação jurisprudencial, tendo sido pronunciado contra legem – procurou expandir, por vias oblíquas, o regime da comunhão parcial para a hipótese de casamento de cônjuge sexagenário.

Conforme ressaltado em doutrina:

“Em seus efeitos práticos, a Súmula converte o regime legal de separação em regime de comunhão parcial, sem excluir os bens adquiridos por doação ou testamento. A separação patrimonial fica adstrita aos bens adquiridos antes do casamento. A presunção de comunhão da Súmula é absoluta, não se admitindo discussão sobre terem sido adquiridos os bens com a participação efetiva ou não de ambos os cônjuges, apenas se se tratasse de sociedade de fato”.<sup>23</sup>

Em última análise, com a comunicação dos bens adquiridos pelo falecido após o casamento – estabelecida no regime anterior pela Súmula 377, e perpetuada, ao longo do tempo, no intuito de proteger o cônjuge supérstite do desamparo, ao sabor de ideologia dissonante da valoração legislativa -, desnaturalizou-se o regime da separação obrigatória, convertendo-o, sem declará-lo inconstitucional, em regime de comunhão parcial de aquestos.

Em cenário de tamanha incerteza jurisprudencial e doutrinária, há que se preservar a integridade do universo interpretativo, diante do qual, *tertius non datur*: ou bem se considera hígido o regime de separação obrigatória de bens expressa e imperativamente posto pelo art. 1.641, II, do CC/2002, revelando-se ilícitas, por fraude à lei, as doações destinadas a contorná-lo; ou bem se afasta a segregação patrimonial compulsória – tomando-a por inconstitucional ou mediante a perpetuação do enunciado da Súmula 377 – deflagrando-se a incidência a fortiori, neste caso, do regime de comunhão parcial de aquestos como um todo, que atrai necessariamente, sob pena de corrosão do sistema, a disciplina do regime sucessório correspondente.

Neste último caso, é de se inserir, para fins de ajuste entre os herdeiros necessários, os bens recebidos pelo cônjuge supérstite por doação, com o escopo de se ajustarem as legítimas e permitir, assim, o concurso hereditário de que trata o art. 1.829, I, do CC/2002.

Vale dizer, a não prevalecer a norma imperativa de segregação patrimonial, sendo consideradas válidas, conseqüentemente, as doações entre os cônjuges, estas se submeterão ao mecanismo da colação, assim como as liberalidades testamentárias.

Ainda nesta hipótese, de outra parte, há de se considerar, no cálculo da meação, todos os bens adquiridos por cada um dos cônjuges, a título oneroso, na constância do casamento, como meio de se implementar, de forma efetiva, o regime de comunhão de aquestos. Isto mesmo em se tratando de negócios, válidos e eficazes, realizados entre eles, vez que traduzem acréscimo do patrimônio de titularidade comum. Somente assim se recompõe o patrimônio comum para, em seguida, se proceder à partilha, tudo conforme a disciplina do regime de comunhão parcial de bens.

Desta sorte, na espécie, a se reconhecer a validade das doações, consequência da inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens, fixada textualmente pelo art. 1.641, II, CC/2002, ou, por construção menos técnica, mediante a aplicação da Súmula 377 (MIX\2010\2101) do STF, há se levar em consideração, no cálculo da meação, todos os bens adquiridos, onerosamente, por Y e X, na constância de sua convivência, os quais constituirão o patrimônio comum, ainda que obtidos em decorrência de ajustes firmados entre eles.

Assim sendo, diante da morte do sexagenário, o cônjuge sobrevivente tem direito à meação e à herança caso o de cuius tenha deixado bens particulares, nos termos do art. 1.829, I, do CC/2002, concorrendo na sucessão na qualidade de herdeiro necessário.

Conforme relatado, X iniciou a convivência com Y em 1984, vindo a se casar em 1987. À época, Y contava com sessenta e dois anos de idade, de sorte que, segundo o art. 258, parágrafo único, II, CC/1916 (correspondente ao art. 1.641, II, do CC/2002), o regime de bens aplicável ao casal era o da separação obrigatória, daí resultando, a prevalecer a vedação legal, a invalidade de doações destinadas a suplantá-la.

Contudo, a se admitir a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC/2002 pelas razões acima enunciadas ou a aplicação da Súmula 377 do STF, há se considerar como aplicável ao casal Y e X, o regime de comunhão parcial de bens desde o início da convivência em 1984, sendo certo que o tratamento a ser conferido ao casal, seja para fins de partilha, seja para fins sucessórios, tem por base o período integral de sua convivência, desde o início da união estável, pouco importando, evidentemente, para a comunicação dos bens adquiridos durante a convivência do casal, se o casamento resulta de conversão de união estável precedentemente constituída.<sup>24</sup> E, diga-se entre parêntesis, tal acessão do período de convivência mostra-se inequívoca mesmo no regime da separação obrigatória – sob pena de nova fraude à lei, caso se excetuasse o período anterior ao casamento.<sup>25</sup>

Y faleceu em 2008, tendo deixado bens particulares e transmitido em testamento, dentro da parte disponível de seu patrimônio, todos os saldos bancários e aplicações financeiras, bem como um apartamento, à viúva. Deste modo, se considerado aplicável

o regime de comunhão parcial, X irá concorrer na sucessão na qualidade de herdeira necessária e testamentária e fará, ainda, jus à meação.

Sublinhe-se que, desde o início da convivência em 1984 e no curso do casamento, o de cuius efetuou doações à viúva, as quais, por força de sua condição de herdeira necessária, devem ser compreendidas como adiantamento de legítima na dicção do art. 544 do CC/2002:

Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.

Por representar adiantamento da parte que lhe cabe na herança, X tem o dever legal de colacionar todas as doações recebidas do falecido desde o início da convivência em 1984, com vistas a se igualarem as legítimas dos herdeiros necessários, em consonância com o art. 2.003<sup>26</sup> do CC/2002, e a se permitir o controle de inoficiosidade das doações.<sup>27</sup>

Note-se que o regime de comunhão parcial, ao contrário da separação obrigatória, permite a doação entre os cônjuges, desde que respeitados os limites da legítima (art. 549 do CC/2002). Entretanto, a atribuição ao cônjuge da qualidade de herdeiro necessário levou o codificador de 2002 a incluí-lo entre aqueles obrigados à colação, como expressamente mencionado no aludido art. 2.003 do CC/2002, com o intuito de igualar as liberalidades entre herdeiros concorrentes.

De outra parte, no âmbito do direito sucessório, X irá concorrer com os demais herdeiros necessários apenas sobre os bens particulares do de cuius. O legislador, neste aspecto, foi omissivo quanto à base de cálculo da herança do cônjuge supérstite casado sob o regime de comunhão parcial de bens. Limitou-se a estabelecer, no art. 1.829, I, do CC/2002, sua concorrência na sucessão tão somente na hipótese do de cuius ter deixado bens particulares. Em outras palavras, se o falecido, casado pelo regime de comunhão parcial de bens, não tiver deixado bens particulares, o cônjuge supérstite não irá participar da vocação hereditária, tendo direito apenas à metade dos bens adquiridos na constância do casamento a título de meação.

Por concorrer na sucessão apenas na hipótese em que o de cuius tiver deixado bens particulares, vê-se que o legislador, segundo estatui a linguagem do art. 1.829, I, do CC/2002, procurou separar, de um lado, a meação sobre bens comuns, fazendo incidir, de outro lado, a vocação hereditária sobre o patrimônio particular do de cuius, justificando-se somente assim o fato de o legislador, no dispositivo em análise, ter excluído da sucessão o cônjuge "se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares".

Corroborava tal entendimento o fato de o mesmo preceito excluir da sucessão o cônjuge casado em regime de comunhão universal de bens. Ou seja, não se poderia estabelecer, como base de cálculo para o direito sucessório do cônjuge casado sob o regime de comunhão parcial, o inteiro patrimônio do falecido já que isso significaria atribuir-lhe tratamento mais benéfico, e sem qualquer justificativa axiológica, do que aquele previsto para o cônjuge supérstite casado na comunhão universal de bens, o qual foi excluído por lei da sucessão justamente por inexistirem, neste regime, patrimônios particulares, tendo direito os cônjuges apenas à meação.

Dito diversamente, o cônjuge casado sob o regime da comunhão universal, com quem o de cuius optou por compartilhar todo o seu patrimônio, não concorre com os herdeiros necessários. Já na comunhão parcial, a vocação hereditária só se justifica diante da existência de patrimônio individual do de cuius, circunscrevendo-se, por isso mesmo, aos bens particulares (art. 1.668, I, do CC/2002) a concorrência sucessória de que trata o art. 1.829, I, do CC/2002. Daqui a conclusão de que o cônjuge supérstite casado sob o regime de comunhão parcial de bens herda apenas sobre os bens particulares do de cuius.

Confira-se, nesta mesma direção, a doutrina majoritária:

“Mais adequado e harmônico, portanto, entender que a concorrência hereditária do cônjuge com descendentes ocorre apenas quando, no casamento sob o regime da comunhão parcial, houver bens particulares, porque sobre estes, então sim, é que incidirá o direito sucessório concorrente, da mesma forma como se dá no regime da separação convencional de bens. (...) Não teria sentido atribuir ao cônjuge aquinhoado com a meação participação na herança sobre todos os bens, pois então receberia mais do que se tivesse sido casado no regime da comunhão universal. Por isso o entendimento que, predominante na doutrina, beneficia o cônjuge tão somente sobre os bens particulares, exatamente como seria se casado fosse no regime de separação convencional de bens, já que, sobre esses mesmos bens, não lhe assiste o direito de meação”.<sup>28</sup>

“Se o regime foi o da comunhão parcial, a concorrência dar-se-á se o autor da herança houver deixado bens particulares (CC, art. 1.829, I), e só com relação a tais bens particulares. Dos outros bens, o cônjuge já é meeiro e não há razão para que ainda concorra com os descendentes com relação a esses bens comunitários. Na concorrência do cônjuge sobrevivente e descendentes do de cuius, o princípio é: ‘onde há meação não existe herança’ (...) o cônjuge sobrevivente, no regime da comunhão parcial, já é meeiro dos bens comuns e não seria justo que ainda viesse a ser herdeiro, concorrendo com os descendentes do de cuius, sobre esses bens comuns, além dos particulares, mormente, se não houver filhos comuns, mas filhos só do falecido. A concorrência, no caso, que é admitida como exceção – e exige interpretação angusta, estrita -, só vai ter por objeto os bens particulares que o autor da herança deixou, e assim pensa a doutrina majoritária”.<sup>29</sup>

“No regime da comunhão parcial de bens, portanto, os que compõem o patrimônio comum do casal são divididos, não em decorrência da sucessão, mas tão só em virtude da dissolução da sociedade conjugal, operando-se, por via de consequência, a divisão dos bens, separando-se as meações que tocavam a cada um dos membros do casal; já os bens particulares e exclusivos do autor da herança, relativamente aos quais o cônjuge sobrevivente não tem direito à meação, serão partilhados entre ele, sobrevivente, e os descendentes do autor da herança, por motivo da sucessão causa mortis”.<sup>30</sup>

Diante do exposto, considerando-se a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC/2002, X há de ser considerada herdeira necessária, concorrendo com os demais herdeiros sobre os bens particulares do de cuius, impondo-se-lhe o dever de colacionar todas as doações recebidas desde o início da convivência em 1984 até o fim do casamento com a morte de Y.

Se tais observações são verdadeiras, como parecem, é de se afastar a obrigatoriedade do regime de separação de bens para se admitir, em consequência, a comunhão parcial – com o ajuste entre os herdeiros necessários na sucessão. Caso, entretanto, se tenha por indene de inconstitucionalidade o art. 1.641 do CC/2002, torna-se inevitável reconhecer a legitimidade do regime obrigatório de separação de bens, como manifestação da ordem pública a exigir a incomunicabilidade, considerando-se nulas, nos termos do art. 166, VI, do CC/2002, as doações efetivadas por Y em favor de X.

#### 4. Conclusão

1. O regime de separação obrigatória de bens, estabelecido pelo art. 1.641, II, do CC/2002, impede, por razões de ordem pública, a comunicação entre os patrimônios dos cônjuges. Desta sorte, as doações efetuadas por Y a X representam fraude à lei, por terem por objetivo justamente fraudar norma imperativa contida no art. 1.641, II, do CC/2002, que proíbe a comunicação dos bens entre os cônjuges casados no regime de separação obrigatória. Por conseguinte, tais doações são nulas, revelando hipótese tipificada no art. 166, VI, do CC/2002.

2. Admitindo-se a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC/2002 (correspondente ao art. 258, parágrafo único, II, CC/1916), aplica-se a X o regime supletivo de comunhão parcial de bens, nos termos do art. 1.640, caput, do CC/2002.

Por outro lado, X tem o dever de colacionar os bens recebidos por doação de Y, tendo em vista sua qualidade de herdeira necessária. O regime de comunhão parcial, ao contrário da separação obrigatória, permite a doação entre os cônjuges, desde que respeitados os limites da legítima (art. 549 do CC/2002). Entretanto, a atribuição ao cônjuge da qualidade de herdeiro obriga-o a colacionar os bens recebidos por doação (art. 2.003 do CC/2002), bem como as liberalidades testamentárias, com o intuito de igualar as liberalidades entre herdeiros concorrentes.

3. Para fins de cálculo da meação, há de se considerar todos os bens adquiridos, por cada um dos cônjuges, onerosamente, durante a convivência do casal, mesmo em se tratando de negócios jurídicos realizados entre eles, vez que representam acréscimo ao patrimônio comum.

---

1 Redação vigente à época da Consulta. A Lei 12.344/2010 alterou a redação do dispositivo, que passa a determinar: "II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos".

2 "É, pois, lícito aos cônjuges escolher o regime de suas preferências, combiná-los ou estipular cláusulas de sua livre escolha e redação. Desde que não atentem contra os princípios da ordem pública, e não contrariem a natureza e os fins do casamento. Excluem desta escolha as situações especiais indicadas no art. 1.641, onde é negada esta escolha aos nubentes. Considerar-se-á como não escrita qualquer convenção contrária aos princípios que a regem" (Pereira, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 5, p. 190-191). V. tb. San Tiago Dantas. Direito de família e das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 264-266: "Vigora, a respeito da determinação do regime de bens, o princípio da liberdade. As partes escolhem o que desejam, salvo em certos casos em que a lei impõe obrigatoriamente o regime da separação (...). Os casos de separação obrigatória, em que a lei impõe aos nubentes o regime da separação, são poucos. Em primeiro lugar, são os casos contraídos com infração de impedimento impediente. Em segundo lugar, são os matrimônios contraídos com impedimento de imaturidade e de falta de consentimento do responsável".

3 Consoante asseverado em doutrina na vigência do Código Civil de 1916, "Muito diferente é o que se passa com o regime legal obrigatório, ou, melhor, cogente, do art. 258, parágrafo único. Aí o legislador não consulta vontades (...). Por exemplo: nunca se leva em conta o que as partes quiseram (...). O maior de sessenta anos e a maior de cinquenta podem casar. Nenhum impedimento existe. Todavia, para evitar explorações, consistentes em levar-se ao casamento, para fins de comunhão de bens, mulheres em idade vulnerável, ou homens em fase de crise afetiva, a lei cortou cerce a possibilidade das estipulações convencionais de ordem matrimonial e exclui o regime comum. É cogente o da separação de bens" (Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito Privado. São Paulo: Ed. RT, 1983. t. VIII, p. 235-236 e 278-279). V. tb. Veloso, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. Direito de família contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 125: "É nulo o pacto antenupcial de pessoa cujo casamento deva ser submetido ao regime imperativo ou cogente da separação de bens. O nubente com mais de 60 anos, por exemplo, não pode determinar, através de convenção pré-matrimonial, o estatuto patrimonial de seu casamento, aplicandose o velhíssimo brocardo: *privatorum pactis jus publicum infringi non potest* (as normas de ordem pública não podem ser infringidas pelos pactos privados). A separação de bens prevista no parágrafo único do art. 258 opera de pleno direito. Representa matéria tratada na lei de forma cogente, peremptória, não estando no poder dos particulares revogar ou elidir preceitos de ordem

pública”.

4 Setenta anos, na redação atual do dispositivo.

5 V. nota anterior.

6 “No caso de casamento de pessoa maior de sessenta anos (inc. II), apesar de todas as críticas que se possa fazer a essa regra, não há como superar a obrigatoriedade do regime da separação de bens, nem modificá-lo. O legislador manteve essa forma de ‘incapacidade civil específica’ (apenas para a eleição do regime de bens), como se genérica e automaticamente o maior de sessenta anos, no dia de seu aniversário, deixasse de ter a capacidade de reger seus bens sob o matrimônio, já que pode continuar dispondo dos mesmos em todas as outras hipóteses da vida” (Passarelli, Luciano Lopes. Modificação do regime de bens no casamento: aspectos gerais e reflexos no patrimônio imobiliário do casal. Revista de direito privado. n. 21. p. 148. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2005); “É ainda de salientar-se que não pode o direito de família aceitar que, se reconhecidos os maiores atrativos de quem tem fortuna, um casamento seja realizado por meros interesses financeiros, em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares de sangue” (Barros Monteiro, Washington de. Curso de direito civil. São Paulo, Saraiva, 2007. vol. 2, p. 218).

7 Septuagenário, segundo a redação atual do dispositivo.

8 Bevilacqua, Clovis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. São Paulo: Paulo de Azevedo Ltda., 1960. vol. 2, p. 132; grifou-se.

9 Pereira, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007. vol. 3, p. 248-249.

10 Carvalho Santos, J. M. Código civil brasileiro interpretado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. vol. 5, p. 55.

11 “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa”.

12 A incompatibilidade do inc. II do art. 1.641 em face da Constituição da República de 1988 foi discutida no âmbito da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, propondo-se alteração do dispositivo sob o fundamento de que “a norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1.º, inc. III, CF). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar de presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses” (Fachin, Rosana. Proposta de alteração do art. 1.641, II, CC/2002, I Jornada de Direito Civil, Brasília: CJF, 2003. p. 434).

13 Septuagenário, segundo redação atual do dispositivo.

14 Como observado em outra sede, “o dispositivo legal estabelece injustificada restrição à liberdade pessoal do sexagenário, submetendo-o a verdadeira interdição compulsória, em despreço ao princípio da igualdade positivado no art. 5.º, caput, da Carta Constitucional” (Tepedino, Gustavo. Controvérsias sobre o regime de bens no novo Código Civil. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III, p. 238). A doutrina aduz, ainda, violação à isonomia por conta da inexistência da restrição legal na união estável. Cfr., nessa direção, Dias, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 229-230: “(...) Com relação aos idosos, há presunção jure et

de jure de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento. A imposição da incomunicabilidade é absoluta, não estando prevista nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal. (...) Ora, se a sequela legal pode ser afastada para os demais, nada justifica que não possa ser eliminada a imposição coacta aos sexagenários. Outro fundamento não deixa margem a qualquer resposta: a escancarada afronta ao princípio da isonomia que a regra legal encerra. É que essa restrição não existe na união estável. Assim, injustificável o desigualitário tratamento dispensado ao casamento. As limitações impostas à vontade dos noivos acabam tornando mais vantajosa a união informal”.

15 Como já decidiu o TJMG: “Alargar o sentido da norma prevista no art. 1641, II, do CC para proibir o sexagenário, maior e capaz, de dispor de seu patrimônio da maneira que melhor lhe aprouver, é um atentado contra a sua liberdade individual. A aplicação da proibição do cônjuge, já de tenra idade, fazer doação ao seu consorte jovem, deve ser aplicada com rigor naquelas hipóteses onde se evidencia no caso concreto que o nubente mais velho já não dispõe de condições para contrair matrimônio, deixando claro que este casamento tem o único objetivo de obtenção de vantagem material” (TJMG, AC 1.0491.04.911594-3/001, j. 29.03.2005, rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade). Na doutrina, confira-se Rodrigues, Sílvio. Direito civil: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 6, p. 144: “Tal restrição se mostra atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz decerto é descabida e injustificável. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver”. V. tb., Oliveira, Euclides de. Alteração do regime de bens no casamento. Questões controvertidas no novo Código Civil. São Paulo: Método, 2004. vol. 1, p. 392: “(...) o dispositivo continua a comportar sério questionamento, por estabelecer restrição à liberdade de escolha do regime de bens por pessoas que são consideradas plenamente capazes para os demais atos da vida civil”.

16 “Entendemos que essa hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Consequentemente, é inconstitucional esse ônus” (Lôbo, Paulo. Direito civil: famílias. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 323). V. tb. Cahali, Francisco José. Família e sucessões no novo Código Civil de 2002: acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 174 e 179: “A eficácia restritiva da norma estaria, ainda, a legitimar e perpetuar verdadeira degradação, a qual, retirando-lhe o poder de dispor do patrimônio nos limites do casamento, atinge o cerne mesmo da “dignidade” da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República (art. 1.º, III, da CF), não só porque a decepa e castra no seu núcleo constitutivo de razão e vontade, na sua capacidade de entender e querer, a qual, numa perspectiva transcendente, é vista como expressão substantiva do próprio ser, como porque não disfarça, sob as vestes grosseiras de paternalismo insultuoso, todo o peso de uma intromissão estatal indevida em matéria que respeita, fundamentalmente, à consciência, intimidade e autonomia do cônjuge. (...) incontroversa a atuação do princípio da dignidade da pessoa humana como sendo uma qualidade inerente, logo indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Assim, não restam dúvidas que a presunção da incapacidade decorrente do inc. II do parágrafo único do art. 258 do CC/1916 e inc. II do art. 1.641 do Código atual importa na limitação de tais características. Neste passo, impor-se aos cidadãos a adoção de um regime legal de bens pela superveniência de determinada idade resultaria na condenação – e com data marcada – da perda da dignidade, ou seja, seria como lhes negar direito à própria vida, enquanto seres humanos capazes, independentes, livres e iguais”. Cf., ainda, Madaleno, Rolf. Curso de

direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 36: "Causa o Estado Democrático de Direito dano irreparável à cidadania do idoso ao constrangê-lo com a restrição de seus direitos; ao monitorar e desconsiderar a sua vontade na suposição de sua proteção, e acreditar estar defendendo o seu patrimônio, sem perceber que fere de morte o mais precioso atributo humano depois da vida, representado pelo respeito constitucional à dignidade da pessoa, sem limite em razão da idade. A eventual vulnerabilidade do sexagenário deve ser real e não imaginária, como acontece com a nulidade do testamento de pessoa declarada incapaz, cuja restrição da liberdade fica condicionada à prova de sua incapacidade mental, estando efetivamente comprovado o comprometimento mental do livre e espontâneo querer do testador, maculado por um dos vícios de vontade, mesmo porque, se bem visto, a velhice por si só também não é causa de incapacidade testamentária, devendo ser apurada a integridade da mente e não a saúde do corpo. Não protege o Código Civil a dignidade do homem quando lhe restringe o direito de eleger livremente o seu regime de bens, porque se o considera incapaz a priori, só pela idade, melhor então impedir o casamento, porque mais coerente com a presunção de incapacidade".

17 Setenta anos, na redação atual do dispositivo.

18 TJRS, AC 70004348769, j. 27.08.2003, rel. Des. Maria Berenice Dias.

19 STJ, REsp 471.958/RS (JRP\2009\803), j. 18.02.2009, rel. Min. Nancy Andrighi.

20 TJMG, AC 1.0491.04.911594-3/001(1), j. 29.03.2005, rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade.

21 TJSP, AC 007.512-4/2-00, j. 28.08.1998, rel. Des. Antônio Cezar Peluso.

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

23 Lôbo, Paulo Luiz Netto, op. cit., p. 300. Cf., ainda, Dias, Maria Berenice, op. cit., p. 232: "(...) a interpretação exata da súmula é no sentido de que, no regime da separação legal, os aquestos se comunicam pelo simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento, não importando se resultaram, ou não, de comunhão de esforços. Portanto, a jurisprudência, considerando que a convivência leva à presunção do esforço comum na aquisição de bens, procedeu à alteração do dispositivo legal que impunha o regime da separação obrigatória. Determinou a adoção do regime da comunhão parcial de bens para impedir o locupletamento ilícito de um dos consortes em detrimento do outro. Nítido o conteúdo ético do enunciado, que de forma salutar assegura a meação sobre o patrimônio construído durante o matrimônio, gerando a impossibilidade da ocorrência de enriquecimento injustificado". Cf., ainda, Canuto, Érica Verícia de Oliveira. Contradição no regime da separação absoluta de bens. Revista Brasileira de Direito de Família. ano VI. n. 26. p. 74. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, out.-nov. 2004: "O regime de separação de bens, por imposição legal, não mais se justifica no Direito brasileiro (...). Indaga-se sobre o que representa a Súmula 377 (MIX\2010\2101) do STF, a não ser afirmar que, no Brasil, não existe regime de separação obrigatória de bens, já que a declaração de comunicabilidade dos bens na constância do casamento, por meio da súmula citada, transmuda o regime de separação para o regime de comunhão parcial de bens (...). Ora, em todos os casos em que a lei obriga o regime de separação de bens, a Súmula 377 diz que o patrimônio adquirido na constância da união se comunica. O que significa isso senão dizer que, na verdade, o regime patrimonial de bens que rege a vida daqueles cônjuges é o da comunhão parcial de bens?".

24 "Na conversão da união estável em casamento, os efeitos se operam ex tunc, são retroativos à data do início da união estável (...). Sendo os efeitos retroativos à data da constituição da união estável o regime de bens eventualmente eleito pelos nubentes em

pacto antenupcial também tem efeito retroativo ao início da união estável, podendo causar indesejáveis e impensáveis prejuízos para um dos conviventes, se porventura elegerem o regime retro-operante da total separação de bens, deixando de se comunicar patrimônio amealhado na constância da união estável e sobre cujo relacionamento incidia pelo silêncio de qualquer contrato de convivência, um regime presumido de comunhão de bens” (Madaleno, Rolf, op. cit., p. 813).

25 “(...) Esse esforço comum já vem sendo admitido, em matéria de união estável, como contribuição indireta, também de caráter espiritual, psicológico. Por essa razão, e para que a união estável não seja mais beneficiada que o casamento, melhor que se entenda que sejam comungáveis, nessa situação, os bens adquiridos pelo casal, por um ou por outro ou por ambos, onerosamente, durante o casamento, sob regime obrigatório de separação de bens. É o que entendo. Desse modo, só não se comunicam entre os cônjuges, como na união estável, os bens adquiridos gratuitamente, por doação ou por herança. Quanto ao período anterior de convivência *more uxório*, não fica ele eliminado em seus efeitos, pelo casamento posterior” (Azevedo, Álvaro Villaça. Estatuto da família de fato. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 2001. p. 344).

26 Art. 2.003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados. Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade.

27 “No sistema do Código de 1916, somente se sujeitavam à colação os descendentes sucessíveis (art. 1.786); no atual, embora o art. 2.002 apenas a eles se refira, deve-se entender que também o cônjuge está obrigado a conferir o valor das doações que lhe tenham sido feitas pelo de cuius: é o que resulta da conjugação do art. 544 (...) com o art. 2.003: do contrário não se logrará igualar “as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente”, objetivo declarado neste último dispositivo” (Pereira, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 6, p. 373). No mesmo sentido, v. Veloso, Zeno. Comentários ao código civil: parte especial: direito das sucessões. Vol. 21 (arts. 1.857 a 2.027). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 416: “(...) o cônjuge foi muito beneficiado no direito sucessório, e aparece, neste Código, em posição realmente privilegiada. Não é razoável e justo que ele não fique obrigado a trazer à colação os valores de bens que recebeu em doação do de cuius, enquanto os descendentes têm esse dever. Afinal, *Ubi commoda ibi est incommoda* – Quem aufere uma vantagem deve suportar a respectiva obrigação”.

28 Oliveira, Euclides Benedito de. Direito de herança: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 108.

29 Veloso, Zeno. A sucessão dos cônjuges. Direito civil contemporâneo. Brasília: Obscuros, 2009. p. 373 e 375.

30 Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 7, p. 154.