

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS VEDAÇÕES DE LIBERALIDADES POR PESSOA CASADA EM FAVOR DO(A) CONCUBINO(A)

(IN)CONSTITUTIONALITY OF PROHIBITIONS TO LIBERALITIES BY MARRIED PEOPLE IN FAVOR OF THE CONCUBINE

DOI: 10.19135/revista.consinter.00017.29

Recebido/Received 30/04/2023 – Aprovado/Approved 02/06/2023

*Tereza Cristina Monteiro Mafra*¹ – <https://orcid.org/0000-0002-2589-7198>

*Susan Naiany Diniz Guedes*² – <https://orcid.org/0000-0002-0872-114X>

Resumo

Ao se fazer a leitura isolada e descontextualizada das normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, é possível chegar à hipótese de que são vedadas as liberalidades praticadas por pessoas casadas em favor do(a) concubino(a) e/ou do(a) cúmplice em adultério, por meio de doação, seguro de vida ou testamento. Entretanto, considerando que tais vedações tinham fundamento na inculpação, abolida pela Emenda Constitucional 66/2010, o objetivo do trabalho consiste em verificar a regulamentação do tema pelo Código Civil ao longo dos anos, como o direito pátrio, após 2010, se posicionou, e indagar: seriam constitucionais as vedações de liberalidades em favor de concubino(a) ou cúmplice em adultério por pessoa casada e não separada de fato? Além disso, ao se fazer uma análise crítica foi possível constatar que, no presente tema, a inculpação ainda está presente e restringe a autonomia privada ao, por exemplo, limitar o direito de dispor e de realizar um planejamento patrimonial, o que configura grande interferência estatal nas relações privadas. A pesquisa seguiu o tipo metodológico jurídico-exploratório e historiográfico, aplicando-se a metodologia dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica, em literatura nacional e estrangeira, jurisprudência dos Tribunais Superiores e revistas científicas.

Palavras-chave: Seguro de vida; Testamento; Doação; Concubino; Autonomia; Interferência estatal; Inconstitucionalidade.

Abstract

By doing an isolated and decontextualized reading of the rules in force in the Brazilian legal system, it is possible to arrive at the hypothesis that the liberalities practiced by married people in favor of the concubine and/or the accomplice in adultery are

¹ Doutora em Direito na Faculdade de Direito da UFMG. Diretora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Advogada. E-mail: terezac.mafra@terra.com.br. Endereço Profissional: Alameda Oscar Niemeyer, nº 500, Sala 707, Vale do Sereno, Nova Lima/MG. <https://orcid.org/0000-0002-2589-7198>

² Mestre na Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Arnaldo Janssen. Advogada. E-mail: susandguedes@yahoo.com.br. Endereço Profissional: Alameda Oscar Niemeyer, nº 500, Sala 707, Vale do Sereno, Nova Lima/MG. <https://orcid.org/0000-0002-0872-114X>

forbidden, through donation, life insurance or will. However, considering that such prohibitions were based on inculcation, abolished by Constitutional Amendment 66/2010, the objective of the work is to verify the regulation of the subject by the Civil Code over the years, how the country's law, after 2010, positioned itself, and ask: are the prohibitions of liberalities in favor of a concubine or accomplice in adultery by a married person, who is not separated, constitutional? In addition, when carrying out a critical analysis, if it is possible to verify that, in the present theme, the inculcation is still present and restricts private autonomy by, for example, limiting the right to dispose and carry out patrimonial planning, which configures great interference state in private relations. The research followed the legal-exploratory and historiographical methodological type, applying the deductive methodology and the technique of bibliographical research, in national and foreign literature, jurisprudence of the Superior Courts and scientific journals.

Keywords: Life insurance; Testament; Donation; Concubine; Autonomy; State interference; Unconstitutionality.

Sumário: 1. Introdução; 2. Desenvolvimento histórico das vedações às liberalidades praticadas pela pessoa casada no Código Civil de 1916 e no de 2002; 3. A (in)constitucionalidade da vedação às liberalidades por pessoa casada: os impactos no planejamento patrimonial; 4. Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A preocupação em planejar e/ou organizar o patrimônio, seja a produção de efeitos durante a vida do titular, ou para que ocorram apenas após a sua morte, tem crescido nos últimos anos. Embora o planejamento tenha um viés econômico, já que um dos objetivos pode ser uma economia tributária ou o acesso imediato pelos herdeiros ao patrimônio, é inegável que a maior preocupação, na verdade, é a organização, previsibilidade, prevenção de conflitos familiares além de materializar o exercício da própria liberdade para dispor do patrimônio de acordo com a sua vontade.

Entretanto, a autonomia para realizar liberalidades é restringida pelo ordenamento jurídico. Dentre as restrições, este trabalho irá realizar um recorte metodológico em dois pontos: a) sobre os instrumentos, se limitará a analisar três: seguro de vida, testamento e doação; b) sobre o sujeito ativo da liberalidade (testador, doador e estipulante): será direcionado apenas à pessoa casada, tendo em vista que a discussão sobre a classificação do companheiro como herdeiro necessário merece ser objeto de um estudo próprio.

A relevância desse tema decorre do fato de que durante a pandemia do Coronavírus os instrumentos de planejamento patrimonial tiveram um aumento significativo e as recentes decisões jurisprudenciais tem dado diferentes soluções para os casos que envolvem esse tipo de conflito, algumas vezes até mesmo confundindo os institutos e se pautando em restrições que foram instituídas pelo legislador no século passado, quando poderiam ter razão para existir.

Além disso, a regulamentação dada pelo Código Civil ainda permanece com a redação de 2002, principalmente no âmbito da sucessão testamentária, em que a vedação dirigida à concubina para herdar ainda está atrelada a requisito objetivo de um lapso temporal de cinco anos desde a separação de fato e a um subjetivo, da discussão da culpa, há muito já fulminada, principalmente após a Emenda Constitucional n. 66/2010.

Após a introdução, o artigo, em seu item dois, apresentará o desenvolvimento histórico sobre as vedações das liberalidades praticadas pelo homem casado traçan-

do um comparativo entre o Código Civil de 1916 e o de 2002, destacando as mudanças paradigmáticas ao longo dos anos e mostrando como a doutrina e a jurisprudência – principalmente dos Tribunais Superiores – enfrentam o tema, revelando, ainda as incongruências legais.

Para a análise doutrinária, à luz do Código Civil de 1916, foram selecionados seis autores (Carvalho Santos, Pontes de Miranda, Clóvis Beviláqua, Caio Mário, Agostinho Alvim e Hélio Borghi), que mais se aprofundaram ou trataram especificamente do assunto. Em seguida, para o estudo à luz do Código Civil de 2002, foram escolhidos quatro autores (Pablo Stolze Gagliano, Paulo Lôbo, Sílvio Venosa e Flávio Tartuce), porque foram os que abordaram o tema em mais de cinco linhas e com algum tratamento diverso daquele atribuído pela doutrina da época do Código de 1916.

Para a análise jurisprudencial optou-se por pesquisar prioritariamente no Superior Tribunal de Justiça (STJ), para restringir o número de casos e a fim de verificar se as posições adotadas são refletidas na doutrina ou vice-versa.

O item três mostra a relevância da doação, do seguro de vida e do testamento como instrumentos de planejamento patrimonial significativamente ampliados durante a pandemia do COVID-19. Diante de tal aumento de sua utilização vem à tona a necessidade de verificação atualizada sobre as mencionadas vedações às liberalidades. Abolida a inculpação pelo fim do casamento, pelo advento da Emenda Constitucional 66/2010, e tendo o divórcio se tornado um direito potestativo, sob vários fundamentos, dentre os quais a proteção à vida privada e à intimidade das pessoas, que não deveriam ser violadas perquirindo-se infidelidades, surge o seguinte problema: seriam constitucionais as vedações de liberalidades em favor de concubino(a) ou cúmplice em adultério por pessoa casada e não separada de fato?

A pesquisa seguiu o tipo metodológico jurídico-exploratório e historiográfico, aplicando-se a metodologia dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica, em literatura nacional e estrangeira, jurisprudência dos Tribunais Superiores e revistas científicas.

Durante o trabalho será feita uma análise crítica da legislação brasileira vigente e será concluído que ainda existem resquícios da inculpação no ordenamento jurídico brasileiro, o que acaba por restringir a autonomia privada, limitar o direito de dispor e de realizar um planejamento patrimonial, configurando indevida interferência estatal.

2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DAS VEDAÇÕES ÀS LIBERALIDADES PRATICADAS PELA PESSOA CASADA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E NO DE 2002

No Brasil, durante anos, a noção de família foi identificada com o instituto do casamento. Além da forte influência da Igreja, o casamento era a única base da família, atraindo para si toda a atuação da incidência normativa, deixando à margem de qualquer proteção e ao sabor do repúdio moral e social toda relação fora do matrimônio. As Constituições da República, até o advento da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, previam a indissolubilidade do casamento, impedindo

qualquer regulamentação infraconstitucional do divórcio no país, conforme indicado pelos autores José Oswaldo Oliveira Leite³, Teresa Celina Arruda Alvim Pinto⁴ e João Baptista Vilela⁵.

Outro não era o espírito do legislador do início do século passado, quando introduziu no Código civil Brasileiro de 1916 vedações a que o homem casado realizasse liberalidades à sua cúmplice em adultério ou à sua concubina.

A intenção era proteger o casamento, mais do que no simples plano da fidelidade, mas de defesa da sua estrutura como um todo, fundada basicamente na autoridade do marido (cabeça do casal), detentor do domínio nas relações patrimoniais e extrapatrimoniais e na incapacidade da mulher casada⁶.

Ou, conforme esclarece Moura, embora tais proibições partissem da consideração do cometimento do adultério, mais adequadamente fundavam-se em dois fatores primordiais:

Em um, de natureza ética, é a preservação da incolumidade da família legítima, representada pelo casamento assentado na sociedade conjugal, condição vivenciadora da coexistência a dois cônjuges. Em outro, de natureza econômica, é a defesa do patrimônio familiar, conjunto de interesses patrimoniais postos a serviço das necessidades da família. ambos os aspectos têm relevo dentro da valorização sócio-jurídico-econômica da família legítima, sempre reconhecida como núcleo de sustentação moral do mundo social maior⁷.

Enfim, o objetivo era tentar assegurar a manutenção do casamento e promover a proteção do patrimônio familiar.

Na legislação civil, as vedações às liberalidades do homem casado à concubina (art. 1719, III, do CC/16) ou à sua cúmplice em adultério (art. 1.177 e, por extensão, art. 1474, do CC/16) tinham em vista a proteção do casamento e da esposa, enquanto incapaz e submissa à gestão patrimonial do marido. Vale lembrar que, até o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), a esposa era considerada relativamente incapaz e dependia da autorização marital para validamente realizar negócios jurídicos. Por isso, as vedações, no Código Civil de 1916, dirigiam-se apenas ao marido, chefe da sociedade conjugal.

No Código Civil de 1916, as vedações eram as seguintes:

Doação:

³ OLIVEIRA LEITE, José Oswaldo de, *O Direito de Família na Constituição Brasileira*, Jurisprudência Mineira, v. 108, 1989, p. 17.

⁴ PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim, Um novo conceito de família – reflexos doutrinários e análise da jurisprudência, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), *Direitos de Família e do Menor*, 3. ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1993, pp. 83-96.

⁵ VILLELA, João Baptista, Sobre a igualdade de direitos entre homem e mulher, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), *Direitos de Família e do Menor*, 3. ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1993, pp. 133-154.

⁶ MUNIZ, Francisco José Ferreira, A Família na Evolução do Direito Brasileiro, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), *Direitos de Família e do Menor*, 3. ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1993, pp. 83-96.

⁷ MOURA, Mário Aguiar, *Concubinato*. 6. ed., Rio de Janeiro, Aide, 1987, pp. 141.

Art. 1.177. A doação de **cônjuge adúltero ao seu cúmplice** pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (arts. 178, § 7º, n. VI, e 248, n. IV).

Art. 178. Prescreve:

§ 7º Em dois anos:

VI. A ação do cônjuge ou seus herdeiros necessários para anular a doação feita pelo **cônjuge adúltero ao seu cúmplice**; contado o prazo da data do desquite, contado o prazo da dissolução da sociedade conjugal (art. 1.177).

Art. 248. A mulher casada pode livremente:

IV – Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à **concubina** (art. 1.177).

Seguro de vida:

Art. 1.474. Não se pode instituir beneficiário pessoa que for legalmente inibida de receber a doação do segurado.

Testamento:

Art. 1.719. Não podem também se nomeados herdeiros, nem legatários:

III. A **concubina** do testador casado. (grifos nossos)⁸

Antes de serem examinadas as hipóteses acima, é necessário identificar e distinguir alguns dos termos empregados pelo legislador, especialmente os seguintes: *companheira*, *concubina* e *cúmplice em adultério*.

Com o advento da Constituição de 1988 e com base na jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal, o termo *concubinato* traduzia qualquer relação entre homem e mulher, duradoura, contínua, que importasse em convivência, mas não necessariamente coabitação. Se fosse uma relação notória, exclusiva (compreendida a hipótese do casado separado de fato) e com objetivo de constituição da família, restaria configurada a união estável, como entidade familiar, atraindo a produção dos efeitos jurídicos previstos nas Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96.

Estabelecida, em linhas gerais, as diferenças entre *concubina* e *companheira*, cabe, ainda, distinguir a primeira da *cúmplice em adultério*, embora pudessem coincidir as situações fáticas. Sendo o homem casado um dos parceiros casado, seria considerada concubina aquela com quem mantivesse, concomitantemente ao casamento, sem ruptura da vida em comum, uma relação clandestina; e, *cúmplice em adultério*, além da concubina, toda mulher com quem o homem casado mantivesse, esporádica e eventualmente, ainda que uma única vez, relação sexual.

Para Carvalho Santos⁹, a lei abrangia as doações feitas à mulher com quem o marido tivesse relações de sexo, mesmo que uma só vez, tendo o legislador empregado mal a palavra concubina, discordando de Clóvis¹⁰, para quem o art. 1.177 deveria ficar subordinado ao art. 248, IV, onde se achava o pensamento capital do legislador.

⁸ BRASIL, Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916, Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 ago. 1962, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm.

⁹ CARVALHO SANTOS, J.M. de, *Código Civil Brasileiro Interpretado: Direito de Família*, 5. ed., Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1953, v. 5, p. 452.

¹⁰ BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito da Família*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1933, p. 163.

Pontes de Miranda¹¹ seguiu a mesma linha de Carvalho Santos, sustentando que essa interpretação “teve contra si a opinião de Clóvis Beviláqua, que, demasiadamente atento à incidência da elaboração parlamentar (Projeto revisto, art. 317, IV), viu no art. 248, IV, quebra da nossa tradição”.

No mesmo sentido encontra-se a posição de Agostinho Alvim: “em português, a palavra *concubina* é sinônimo de barregã, termos que excluem a ideia de relações passageiras, como claramente decorre das Ordenações do Livro IV, Título 66”¹².

De acordo com Pontes de Miranda, além de no direito luso-brasileiro ser empregado o termo *concubina* como compreensivo da barregã e de qualquer outra mulher com quem o marido tivesse relações carnavais, Clóvis estaria equivocado ainda porque:

*Por outro lado, Bevilacqua recorreu a elementos dos trabalhos parlamentares, contra os princípios assentes de método de interpretação, antes de consultar a sistemática do Código Civil e os seus outros artigos. Há dois, como vimos, que bastam para nos esclarecer, e a anulabilidade, com caráter simétrico (cônjuge, e não só marido; cúmplice, e não só concubina), mostra que a limitação à concubina discreparia do clima moral do Código Civil. A nossa opinião foi a que prevaleceu*¹³.

Ao seguro de vida aplicavam-se as mesmas conclusões obtidas no exame da doação, diante do art. 1474 do CC/16, que não permitia ser designada beneficiária, em apólice de seguro de vida, pessoa que não pudesse receber doação do segurado. Ou seja, a vedação se dirigia tanto à concubina quanto à cúmplice em adultério.

Já naquela época Caio Mário da Silva Pereira¹⁴ sustentava uma posição contrária ao disposto na lei. Para ele, a proibição contida no art. 1474, do CC/16, “é uma contradição do legislador pois, que, se no seguro não há uma transferência de bens ao beneficiário, não se justifica a interdição, que às vezes vai gerar situações de extrema injustiça”.

Prevalecia, porém, o entendimento de que, mesmo não havendo transferência de bens, haveria, por parte do segurado, no pagamento de sua prestação, neste contrato oneroso, um desvio de natureza patrimonial em detrimento da família conjugal e a benefício da cúmplice em adultério ou da concubina.

No âmbito da sucessão, o art. 1719, III, do CC/16, proibia nomeação da *concubina* do testador casado como legatária ou herdeira. Estendia-se a proibição a interposta pessoa (art. 1720, do CC/16), demonstrando que a lei civil, a exemplo do que ocorria com a doação (art. 248, IV, do CC/16), procurava evitar fosse o impedimento indiretamente burlado.

¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Campinas, Bookseller, 2001, v. 2, p. 89.

¹² ALVIM, Agostinho, *Da doação*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1972, p. 193.

¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Campinas, Bookseller, 2001, v. 2, p. 89.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil: Fontes das Obrigações*, v. 3., 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 337.

Negava a lei, à *concubina*, capacidade testamentária passiva. Mas, tal como questionou Pontes de Miranda¹⁵, o termo *concubina* deveria abranger ou excluir as hipóteses em que tivesse havido somente um relacionamento esporádico?

Para Alvim¹⁶ e Borghi¹⁷ a interpretação deveria ser estrita, aplicando-se somente à *concubina*, porque seria indecoroso revolver a vida de testador e de terceiros, buscando provar relações adúlteras esporádicas, com terceiros, querendo a lei evitar um ultraje aos costumes e garantir o respeito ao direito de intimidade da vida do defunto e de sua família.

Contudo, justificar a restrição somente à *concubina*, excluindo a *cúmplice em adultério*, com fundamento na proteção à intimidade do instituidor falecido, não parece uma interpretação satisfatória, pois, caso se confronte tal dispositivo com a hipótese de morte do doador casado que realizara tal liberalidade à sua cúmplice em adultério (art. 1.177, do CC), o mesmo argumento se aplica.

Em outros termos, dissolvida a sociedade conjugal pela morte do doador, não se estaria, da mesma maneira, revolvendo a sua vida e desrespeitando sua intimidade?

Melhor, então, seria considerar que o legislador, ao utilizar a palavra *concubina*, teve intenção restritiva, pois, se quisesse abranger o adultério, teria se referido à cúmplice do cônjuge adúltero, como o fez antes, em duas oportunidades (art. 178, § 7º, VI e art. 1.177, do CC/16).

Assim, quanto à doação, alternando-se as expressões *cúmplice em adultério* e *concubina*, diante da manifestação doutrinária, optou-se pela prevalência da proibição mais genérica: *cúmplice em adultério*.

Portanto, no âmbito da legislação civil de 1916 conclui-se que, quanto à doação e ao seguro de vida, para incidência invalidante, bastaria o adultério. Entretanto, quanto ao legado e à herança, a incapacidade testamentária passiva seria da concubina.

A análise acima reflete o direito de família contemporâneo ao Código de 1916, antes das significativas transformações ocorridas após a Constituição de 1988, sob um modelo de forte influência religiosa, patriarcal e não igualitário. Afinal, a interpretação das leis não pode estar desconectada do seu tempo.

Dentre as diversas mudanças introduzidas pela Constituição 1988 deve-se mencionar uma alteração axiológica nos vínculos jurídico-familiares, com a personalização das relações e a nova concepção da família plural, dissolúvel e igualitária, finalisticamente orientada à promoção do livre desenvolvimento da personalidade de seus membros e como *locus* de realização pessoal e afetiva, como bem sustentam Fachin¹⁸ e Lôbo¹⁹.

A partir de uma nova ordem constitucional que passou a irradiar suas normas fundamentais para o ordenamento jurídico é possível perceber que todas as leis devem estar em consonância com a Constituição e devem ser interpretadas de acordo com ela.

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Campinas, Bookseller, 2001, v. 2, p. 89.

¹⁶ ALVIM, Agostinho, *Da doação*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1972, p. 193.

¹⁷ BORGHI, Hélio, Liberalidades à concubina: nulas ou Anuláveis? *Revista dos Tribunais*, Abril de 1990, v. 654, p. 255.

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson, *Teoria crítica do direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 291-292.

¹⁹ LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 11-15.

O Código Civil de 2002, embora promulgado após mais de uma década de vigência da Constituição de 1988, deixou de trazer algumas inovações para o direito de família. Quanto às proibições de liberalidades por pessoa casada ao cúmplice em adultério ou concubino, não houve grandes novidades.

Provavelmente o longo tempo de tramitação do Código Civil de 2002, elaborado há mais de 50 anos, seja uma justificativa da ausência de modificações legislativas acerca do tema.

Veja-se como as vedações, tema do presente trabalho, foram tratadas no Código Civil de 2002:

Doação:

Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:

V – reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos;

Seguro de vida:

Art. 793. É válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato.

Testamento:

Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;²⁰

Quanto à doação, verificou-se na doutrina o que se segue. Pablo Stolze Gagliano²¹ extrai do art. 550 do CC a “premissa de que a proibição sob análise, diz respeito à doação entre *concubinos*”. De acordo com Paulo Lôbo²², a doação proibida pelo art. 550 se dirige ao *cúmplice em adultério* ou *concubino*, mas é regra de duvidosa constitucionalidade, seja pela desconsideração da ilicitude do adultério, seja pela necessidade de preservação da intimidade dos casais. Venosa²³ entende que a vedação se dirige à concubina, não à companheira, e defende a extensão ao seguro de vida, por interpretação do art. 793, do CC.

Tartuce é o autor que mais se aprofundou no tema:

Diante da proteção constitucional das entidades familiares, deve-se entender que o dispositivo não se aplica se o doador viver com o donatário em união estável (doação à companheira ou companheiro). (...) Esse entendimento deve ser aplicado aos casos

²⁰ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Institui o Código Civil, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002, Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm >

²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze, *Contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 2021, p. 203.

²² LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Contratos*, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 2018, pp. 301-302.

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: Contratos*, 21. ed., São Paulo, Atlas, 2021, p. 365.

de ser o doador casado, mas separado de fato, judicial ou extrajudicialmente (art. 1.723, § 1.º, do CC), mesmo sendo o donatário o pivô da separação.

Segundo, é de se condenar a utilização das expressões “adúltero” e “cúmplice”, que se encontram superadas, eis que não existe mais o crime de adultério, desde a Lei 11.106/2005.

Terceiro, o art. 550 do CC entra em conflito com o art. 1.642, V, do CC (...). Isso porque o primeiro dispositivo menciona a anulação nas hipóteses de doação ao cúmplice, enquanto o último prevê a possibilidade de uma ação reivindicatória a ser proposta pelo outro cônjuge. Como se sabe, a ação de anulação está sujeita a prazo decadencial, enquanto a ação reivindicatória ou está sujeita à prescrição ou é imprescritível. Ademais, o inciso V do art. 1.642 acaba prevendo um prazo para a união estável, de forma invertida (cinco anos). Pelo menos para esse caso. Nesse sentido, acaba entrando em conflito com o art. 1.723, caput, do CC, que dispensa prazo para a sua caracterização. (...)

Na verdade, o art. 550 do CC é polêmico, parecendo-me a sua redação um verdadeiro descuido do legislador, um grave cochilo. A sua aplicação somente será possível se o doador não viver em união estável com o donatário, havendo uma doação a concubino, de bem comum, na vigência do casamento. Para esses casos, por ter sentido de maior especificidade, o art. 550 do CC prevalece sobre o art. 1.642, V, da mesma codificação²⁴.

Tal como no Código Civil de 1916, para a doação ao cúmplice em adultério ou ao concubino, a lei trouxe a consequência da anulabilidade, já que foi instituído o prazo decadencial de dois anos para o ajuizamento da ação de invalidade e restringiu a legitimidade ao cônjuge sobrevivente e aos herdeiros necessários. Hipótese diversa seria a previsão de nulidade, cujos negócios jurídicos não se convalidam pelo decurso do tempo (art. 169, CC/02), podendo ser arguidos por qualquer interessado, pelo Ministério Público e conhecidos *ex officio* pelo juiz – o que não se aplica na hipótese de anulabilidade.

Sobre a incidência ou não da regra da doação para o seguro de vida, só foi encontrada a posição de Venosa, defendendo a extensão, conforme acima referido.

Em relação às disposições testamentárias, o art. 1.801, III, do Código Civil de 2002 manteve a regra prevista no de 1916 (art. 1.719, III), que proibia fosse a concubina do testador casado nomeada sua herdeira ou legatária.

Tanto no Código Civil vigente como no de 1916, foi mantida a proibição a interposta pessoa (art. 1.802, CC/02), demonstrando-se que a lei civil, a exemplo do que ocorre com a doação (art. 550 c/c art. 1.642, V, CC/02)²⁵.

Vale destacar que o legislador negou ao concubino (art. 1.727 do CC/2002), não ao companheiro (art. 1.723, CC/02), capacidade testamentária passiva, mantendo-se clara a distinção, há muito consolidada, de institutos e de efeitos jurídicos também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁶.

²⁴ TARTUCE, Flávio, *Manual de Direito Civil: volume único*. 12. ed., Rio de Janeiro, Forense, Método, 2022, p. 449.

²⁵ Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

²⁶ COMPANHEIRA E CONCUBINA – DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL – PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO – SERVIDOR PÚBLICO – MULHER – CONCUBINA –

A III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, aprovou o enunciado n. 269, cuja a redação foi a seguinte: “A vedação do art. 1.801, inc. III, do Código Civil não se aplica à união estável, independentemente do período de separação de fato (art. 1.723, § 1º)”.

Identificado, portanto, o fato de que a vedação do art.1.801, III não se destina à união estável, destaca-se outro ponto: o de que a lei indica claramente que a vedação legal é para o concubino, mas em outros artigos do Código Civil de 2002 o legislador se referiu ao cúmplice em adultério.

Adotando a posição de Tartuce²⁷ também se condena o emprego da locução “cúmplice em adultério”, seja em face do disposto na Lei nº 11.106/2005, seja pela abolição da discussão de culpa no direito pátrio, desde a Emenda Constitucional 66/2010. As referências doravante realizadas decorrem exclusivamente do previsto no texto legal, sem representar anuência.

Mas, independentemente da questão terminológica, há que se formular a seguinte indagação: o termo *concubina* deveria abranger ou excluir as hipóteses em que tivesse havido somente um relacionamento esporádico?

Afinal, pela leitura do art.1.801, III, seria possível concluir que estariam excluídas da vedação as hipóteses em que tenha havido somente um relacionamento esporádico, infiel ou não? De acordo com Sylvio Capanema de Souza:

Muito bem andou o legislador, para assim determinar. É que o cônjuge traído pode preferir não anular o negócio jurídico, suportando o prejuízo que dele decorre, ao invés de expor a público o escândalo do adultério, o que poderia lhe acarretar insuportável constrangimento²⁸.

Entretanto, faz-se a seguinte reflexão: na hipótese da doação a concubino, uma vez dissolvida a sociedade conjugal pela morte do doador, não se estará, da mesma maneira, revolvendo a sua vida e desrespeitando sua intimidade?

Diante da regulamentação diversa para situações semelhantes, em que a razão de existir da norma deveria ser a mesma, parece haver incongruência na sistematização do Código Civil, pois para a defesa de direito patrimonial violam-se direitos da personalidade do falecido, que se projetam *post mortem* na legitimidade atribuída precisamente àqueles que devem, para aumentar seu acervo hereditário, maculá-los.

Feitas tais reflexões, é preciso destacar outro ponto de diferença entre a regulamentação do testamento e da doação pelo testador casado.

DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma, Relator Min. Marco Aurélio, RE no 590.779/ES, j. 10/02/2009.) Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur1303/false>>. Acesso em 14/04/2022.

²⁷ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*, 12. ed., Rio de Janeiro, Forense, Método, 2022, p. 449.

²⁸ SOUZA, Sylvio Capanema, *Comentários ao novo Código Civil: Das várias espécies de contrato. Da troca ou permuta. Do contrato estimatório. Da doação. Da locação de coisas. Arts. 533 a 578*. (Co-ord. Sálvio de Figueiredo Teixeira), Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. 8., p. 208.

Sob o prisma sucessório, legado e herança compõem o rol das chamadas liberalidades que a lei civil proíbe que o testador casado, não separado de fato, faça ao concubino. A deixa testamentária para o concubino do testador casado tem consequências mais graves do que a doação (art. 550 do Código Civil), pois se trata de hipótese de nulidade, consoante disposto no art. 1.802 do Código Civil.

Se ambas as hipóteses tratam da restrição à liberdade do proprietário/testador, além da legítima e não apenas um impedimento dirigido à concubina, não existem motivos para a regulamentação diversa. Na verdade, deveria haver coerência com a regulamentação conferida à doação, pois não se justifica atribuir tratamento *inter vivos* menos grave do que o imputado *mortis causa*, justamente quando o autor da liberalidade considerada inválida não está presente para se defender.

3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO ÀS LIBERALIDADES POR PESSOA CASADA: OS IMPACTOS NO PLANEJAMENTO PATRIMONIAL

Ao se deparar com a vontade/necessidade de organizar ou dispor do patrimônio, o Código Civil oferece uma gama de possibilidades, dentre elas estão a doação, os seguros, o testamento. Embora os três institutos regulamentem circunstâncias diferentes, em determinadas situações, todos podem figurar como uma opção a ser escolhida pelo titular do patrimônio. Nesse momento de exercício da autonomia privada é preciso entender as suas consequências e os limites estabelecidos pela lei, a fim de evitar a decretação de invalidade no futuro.

Embora tanto o testamento quanto a doação cuidem de uma transmissão patrimonial não onerosa e sejam tributados pelo mesmo imposto, um dos traços distintivos está no momento da produção dos efeitos, já que os do testamento ocorrerão apenas após a morte do testador e até que isso aconteça a manifestação de vontade poderá ser alterada a qualquer tempo, desde que seguidas as mesmas solenidades para a prática do ato. Já a doação, produz efeitos imediatos, ainda em vida do doador e uma vez praticado o ato, e, excetuadas as hipóteses legais de anulabilidade, nulidade e revogação, não poderá mais ser desfeito, já que o patrimônio já terá sido transmitido ao donatário.

Sobre os seguros, a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), autarquia vinculada ao Ministério da Economia do Brasil, responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada, capitalização e resseguro, define, expressamente, que os seguros de pessoas têm por objetivo garantir o pagamento de uma indenização ao segurado ou aos seus beneficiários, observadas as condições contratuais e as garantias contratadas²⁹. Dentre os exemplos de seguro de pessoas existe a modalidade do seguro de vida, que é usada no caso de morte ou invalidez parcial/total do segurado. Nesse tipo, que se diferencia do resgatável, o segurado paga mensalmente o prêmio para a seguradora e, se e quando ocorrer o imprevisto contratado, o beneficiário irá receber a indenização prevista na apólice.

²⁹ Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/seguros/seguro-de-pessoas#4_-_Principais_caracter_sticas>. Acesso em: 14/04/2022.

Para além da modalidade de seguros de vida tradicionais, alguns planos de previdência oferecidos pelas sociedades seguradoras ou entidades abertas de previdência complementar tem produtos de caráter misto que podem: tanto trazer benefícios previdenciários, para complementar aqueles oferecidos pelo regime geral de previdência social, quanto garantir o pagamento de uma indenização, para os casos de cobertura por sobrevivência ou de invalidez³⁰.

Os mais conhecidos e utilizados no Brasil são as modalidades individuais de VGBL (Vida Gerador de Benefício Livre), um seguro de vida individual que tem por objetivo pagar uma indenização, ao segurado, sob a forma de renda ou pagamento único, em função de sua sobrevivência ao período de diferimento contratado³¹, e o PGBL (Plano Gerador de Benefício Livre), plano individual de previdência complementar aberta que tem por objetivo pagar benefício, ao participante, sob a forma de renda ou pagamento único (esta última modalidade se prevista no regulamento), em função de sua sobrevivência ao período de diferimento contratado³².

Com a disseminação da pandemia do COVID-19 em 2020, o Brasil registrou não só uma majoração no número de inventários, cujo aumento no ano de 2021 foi de 40% em relação ao no de 2020³³, mas também de contratação de seguros, previdências e testamentos, instrumentos esses que antes eram comumente deixados de lado pelo preconceito de se discutir assuntos ligados à morte. Entretanto, em meio a uma pandemia, onde qualquer um, de qualquer idade, poderia ser vítima, a curiosidade para entender como o patrimônio seria partilhado na hipótese de morte cresceu.

De acordo com os dados da Federação Nacional de Previdência Privada e Vida (FenaPrevi)³⁴, a contratação dos seguros nos segmentos de pessoas, que engloba os mercados de previdência complementar aberta e de seguros de pessoas, no período da pandemia aumentou. Para se ter uma ideia, a arrecadação de prêmios, o dinheiro pago pelo tomador de seguro para contratar o produto, passou de 43 bilhões, em 2019, para 51 bilhões, em 2021.

Do mesmo modo, a procura por testamento também registrou aumento. De acordo com os dados do Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal (CNB-CF), entidade que representa mais de oito mil cartórios de notas do Brasil, já no primeiro ano da pandemia, em 2020, registrou um aumento de 130% entre os meses de abril e julho de 2020 em comparação ao mesmo período de 2019. Em números absolutos, em abril de 2020 o Brasil registrou 1.249 testamentos e 2.918 em julho de 2020³⁵. Já

³⁰ Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta>>. Acesso em: 14/04/2022.

³¹ Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menuatendimento/vgblpgbl20070424/vgblindividual>>. Acesso em 14/04/2022.

³² Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menuatendimento/vgblpgbl20070424/pgblindividual>>. Acesso em 14/04/2022.

³³ Disponível em: <<https://www.notariado.org.br/07-03-2022-cartorios-registram-aumento-de-40-nos-inventarios-em-2021%ef%bb%bf/>>. Acesso em: 14/04/2022.

³⁴ Disponível em: <<https://fenaprevi.org.br/estatisticas.html>>. Acesso em 14/04/2022.

³⁵ Disponível em: <<https://www.notariado.org.br/correio-braziliense-destaca-aumento-de-testamentos-durante-a-pandemia/>>. Acesso em: 14/04/2022.

no ano de 2021, se comparado ao ano de 2020, o aumento foi de 41% no número de testamentos registrados³⁶.

A partir do momento em que se escolhe quais serão os instrumentos que serão utilizados para o planejamento, como todo negócio jurídico a ser praticado, é preciso observar os limites traçados pela lei, notadamente, neste caso, a proibição de testar ou doar para além da metade do patrimônio.

Embora existam doutrinadores que critiquem o instituto da legítima, atualmente vige a proibição expressa na lei que não deixa margem para dúvidas. O art. 549 do Código Civil estabelece que é nula a doação quanto à parte que exceder o limite que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor no testamento.

A chamada doação inoficiosa, visa proteger a legítima, que constitui a porção de metade dos bens da herança (art. 1.846 do Código Civil) que não pode ser objeto de disposição, já que necessariamente deverá ser destinada aos seus herdeiros necessários previstos no art. 1.845: ascendentes, descendentes e cônjuge. Conquanto se tenha conhecimento do julgamento dos recursos extraordinários nº 646.721 e nº 878.694 pelo STF, foi feita a opção, no presente artigo, de tratar do tema somente quanto às pessoas casadas, considerando-se que a discussão sobre se os companheiros também estariam proibidos de realizar as liberalidades já mencionadas daria ensejo a outro artigo.

Retomando a questão do direito de dispor, vale lembrar que o legislador brasileiro, no art. 1.789 do Código Civil de 2002, estabeleceu que, havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de metade da herança.

Desse modo, a autonomia privada encontra limites na própria lei, que restringe a liberdade do testador ao assegurar uma parte dos bens à categoria dos herdeiros necessários. O princípio, que tem origem no direito romano, “encontra justificativa na ideia que a vontade do testador não pode prejudicar o interesse daqueles que lhe são próximos”³⁷.

Antiga e diversa é a discussão de juristas e filósofos sobre o tema a reserva legal e a limitação do direito de testar.

Montesquieu³⁸ entendia que “a lei natural ordenava aos pais que alimentassem os seus filhos, mas não os obrigava a fazê-los herdeiros”.

Beviláqua³⁹, em referência a Comte, sintetizou a tese do último, que julgava imoral a sucessão legítima, porque, no estado normal da civilização, os filhos, “depois de receberem uma educação completa, não deviam esperar dos pais, qualquer que fosse a sua fortuna, senão o auxílio indispensável para a honrosa inauguração da carreira que escolhessem”.

³⁶ Disponível em: <<https://cnbrj.org.br/band-numero-de-testamentos-registrados-em-cartorios-aumenta-41-no-brasil/>>. Acesso em: 14/04/2022.

³⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira, *Comentários ao novo Código Civil: Direito das Sucessões. Arts. 1.784 a 2.027*. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira), 4a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, v. 21., p. 40.

³⁸ MONTESQUIEU, Charles de, *Esprit des lois*, Liv. XXVII. Apud, TAULIER, Marc Joseph Frédéric, *Théorie raisonnée du code civil*, Grenoble, Prudhomme; (Paris, Videcoq; A. Delhomme), 1843, v. 3, pp. 37-43.

³⁹ BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito das Sucessões*, 5. ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955, p.12

Stuart Mill⁴⁰ opôs-se tenazmente à sucessão *ab intestato*, repudiando-a, em particular, quando beneficiasse parentes colaterais, e defendeu a ampla sucessão contratual e testamentária.

Diante de tamanha interferência do Estado nas relações privadas, que além de limitar a própria autonomia patrimonial sobre quem poderá ser destinatário do patrimônio ainda tributa qualquer ato de transmissão de patrimônio, seja através da liberalidade da doação ou pela morte com o Imposto de Transmissão Doação e *Mortis Causa*, a utilização de seguros de vida, para instituir beneficiários diversos dos herdeiros necessários, ou até mesmo essa própria categoria, tem sido uma alternativa.

Uma das grandes vantagens do contrato de seguro é justamente o direito que o comprador do plano tem de determinar livremente quem serão as pessoas beneficiadas com os valores ali investidos, após a morte do titular, em razão de sua natureza jurídica. Além disso, em determinados estados, existem benefícios de ordem tributária que podem ser concedidos, a depender da modalidade do seguro contratado.

Embora a facilidade, a possível economia tributária e autonomia sejam sedutoras, é preciso ter cuidado com as armadilhas que podem também acometer os seguros e previdências privadas. Apesar do art. 794 do Código Civil estabelecer que o capital estipulado no seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte não se considera herança para todos os efeitos de direito e, via de regra, tais valores não sejam computados no inventário, a jurisprudência tem oscilado quanto ao tema em algumas modalidades de seguro e já existem decisões que determinam a inclusão do valor no inventário.

Em março de 2022, por meio da notícia veiculada no site do Superior Tribunal de Justiça⁴¹, foi decidido pela Terceira Turma que o valor de previdência privada aberta deve ser indicado no inventário. Embora o número do acórdão não tenha sido indicado devido ao segredo de justiça, destaca-se o trecho da fundamentação utilizada pela relatora Ministra Nancy Andrighi:

Segundo a ministra, a natureza securitária e previdenciária complementar desses contratos é marcante no momento em que o investidor passa a receber, a partir de determinada data futura e em prestações periódicas, os valores que acumulou ao longo da vida.

Entretanto, ressaltou, no período que antecede a percepção dos valores – ou seja, durante as contribuições e a formação do patrimônio, com múltiplas possibilidades de depósitos, de aportes diferenciados e de retiradas, inclusive antecipadas –, a natureza preponderante do contrato de previdência complementar aberta é de investimento, de maneira semelhante ao que ocorreria se os valores das contribuições e dos aportes fossem investidos em fundos de renda fixa ou na aquisição de ações – e que, em razão de suas características, seriam objeto de partilha por ocasião da dissolução do vínculo conjugal ou da sucessão.

⁴⁰ MILL, John Stuart. *Principes d'Économie politique*. (trad. H. Dussart et Courcelle-Seneuil). Paris: Guillaumin et Cie Libraires, 1861, v. 2, pp. 432-434.

⁴¹ Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/24022022-Valor-de-previdencia-privada-aberta-deve-ser-indicado-no-inventario--define-Terceira-Turma.aspx>>. Acesso em: 14/04/2022.

Para Nancy Andrichi, no caso, é clara a conclusão de que o valor existente em previdência complementar privada aberta de titularidade do falecido compunha a meação da esposa igualmente falecida, "razão pela qual a sua colação ao inventário é verdadeiramente indispensável, a fim de que se possa, ao final, adequadamente partilhar os bens comuns existentes ao tempo do falecimento simultâneo".

Em março de 2023 a Quarta Turma também decidiu no julgamento do Recurso Especial 2.004.210/SP, que se do plano de previdência complementar aberta, operado por seguradora autorizada pela Superintendência de Seguros Privados (Susep), ficar evidenciada a sua condição de investimento, “os valores devem ser trazidos à colação no inventário, como herança, devendo ainda ser objeto da partilha, desde que antes da conversão em renda e pensionamento do titular”.

Portanto, embora os planos securitários sejam comercializados aos clientes como uma forma de destinar o patrimônio com atrativos fiscais e com liberdade de escolha dos beneficiários, a jurisprudência tem ido de encontro à liberdade irrestrita do titular do patrimônio já que, para além da possível desconstituição do caráter securitário, para se considerar como investimento, o instrumento não pode servir para fraudar a lei, ou seja, é preciso respeitar a legítima e toda a regulamentação legislativa do direito sucessório.

Para além da desconsideração da própria natureza do seguro, a jurisprudência tem reafirmado as vedações sobre a posição da concubina nos instrumentos de doação, seguros de vida e testamentos.

Em março de 2022, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), decidiu que o seguro de vida não pode ser instituído por pessoa casada – que não é separada judicialmente, nem de fato – em benefício de parceiro em relação concubitária, por força de expressa vedação legal presente nos arts. 550 e 793 do Código Civil de 2002.

Embora o número do julgado não tenha sido informado por conta do sigilo, na notícia veiculada no site do próprio STJ⁴², os argumentos da Relatora Ministra Isabel Gallotti foram os seguintes:

A relatora do caso, ministra Isabel Gallotti, explicou que a jurisprudência fixada pelo STJ com base no Código Civil de 1916, e depois positivada no artigo 793 do CC/2002, veda que a concubina seja beneficiária de seguro de vida instituído por homem casado e não separado de fato.

A magistrada destacou ainda o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) no RE 1.045.273 sobre a impossibilidade de reconhecimento de novo vínculo conjugal quando preexistente casamento ou união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, parágrafo 1º, do Código Civil, inclusive para fins previdenciários.

De acordo com Gallotti, a orientação do STF considera que os ideais monogâmicos subsistem na ordem constitucional para o reconhecimento do casamento e da união

⁴² Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/31032022-Amante-nao-pode-ser-beneficiaria-de-seguro-de-vida-instituio-por-homem-casado.aspx>>. Acesso em 22.04.2022.

estável, o que inclui a previsão da fidelidade recíproca como dever dos cônjuges (artigo 1.566, I, do Código Civil).

De acordo com as informações extraídas da própria notícia, o caso julgado tratou de um segurado que, sem ter dissolvido seu matrimônio, convivia com a concubina desde os anos 1970, de forma pública e contínua, ao mesmo tempo em que mantinha o relacionamento com a esposa. Assim, visando beneficiar a sua companheira de vida que provavelmente não receberia nada a título de herança, fez o seguro de vida em que indicou como beneficiários a concubina, com 75% e o filho que teve com ela com 25%.

Embora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tenha validado a indicação, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a designação da concubina na apólice foi inválida e que a indenização deveria ser paga respeitando a ordem indicada no seguro, ou seja, para o filho em detrimento a da ordem estabelecida no art. 792 do Código Civil.

Ainda sobre o seguro de vida, o Código Civil de 2002 trouxe redação expressa ao invés de manter apenas uma remissão, como previsto no diploma legal de 1916. Em seu art. 793 prevê: é válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato.

Conquanto a redação já esteja com o reconhecimento da união estável, o que representa um avanço, novamente é preciso de valer de uma leitura interpretativa para se adequar à mudança trazida pela Emenda Constitucional 66/10, que, para alguns doutrinadores, fulminou a separação judicial, já que não é mais necessário que se aguarde nenhum transcurso de tempo para que o divórcio seja decretado.

Ao contrário, deve ser defendida a inconstitucionalidade dos arts. 550 e 1801, III, do Código Civil de 2002, não se admitindo estender a vedação contida no art. 550 ao art. 793, que é absolutamente silente sobre eventual proibição de seguro para benefício de concubinos.

A culpa, no Direito de Família, advém de forte influência da religião e da moral. O descumprimento de deveres conjugais, especialmente o de fidelidade, foi, em todas as épocas, imposto à mulher com um caráter especialmente rigoroso.

Segundo Lafayette⁴³, havia na lei penal distinção entre infidelidade praticada pelo marido em relação à realizada pela mulher: “No primeiro caso, só há adultério quando o marido mantém concubina teúda e manteúda; no segundo, desde que a mulher tenha relações ilícitas, mesmo ligeiras ou acidentais”.

Nessa linha de pensamento, houve, ainda, quem defendesse o caráter moral e não jurídico dos deveres do casamento. Savigny⁴⁴, embora não tenha negado que a fidelidade e a assistência recíproca dos cônjuges pertençam à essência do casamento,

⁴³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direitos de Família*, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, Superior Tribunal de Justiça, 2004 [1869], p. 106.

⁴⁴ SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema del derecho romano actual*. (trad. GENOUX, M. C.). Granada, Editorial Comares, 2005, p. 157.

patrocinou a tese de que, apesar de sua importância, descansam sob a tutela da moral e não sob a proteção do direito.

Na Itália, Jemolo⁴⁵ afirmou que os deveres e direitos recíprocos dos cônjuges nascem eminentemente no terreno religioso e moral, e o direito se limita a fazer suas só as mais destacadas expectativas e as mais importantes obrigações dos cônjuges: "aqui, mais que nunca, as normas jurídicas são em grande parte remissão a normas de costume, aos preceitos da moral".

Para Bénabent⁴⁶, o Direito de Família é fruto, essencialmente, do estado sociológico da população, sendo diretamente influenciado por diversas concepções, inclusive morais e religiosas, mais relevantes em um dado momento.

Segundo Glendon⁴⁷, no sistema de *Common Law*, não há regras específicas referentes a deveres entre os cônjuges, prevalecendo o princípio da não interferência na vida privada, "fruto de uma prática judicial que recusava tomar posição acerca de questões delicadas inerentes à relação conjugal". Em ácida crítica ao sistema romântico, a autora aduz que a fixação de regras específicas de conduta, com sanções diretas para sua violação, traduziriam representações meramente simbólicas de um ideal de vida familiar, sendo uma forma estranha de Direito (a strange kind of law) e uma verdadeira ingenuidade pretender, por previsão legal, levar duas pessoas a viver conjuntamente em paz e harmonia.

No Brasil, a infidelidade configurava causa de pedir do antigo desquite litigioso e, mais tarde, da chamada separação-sanção, prevista na Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/1977) e mantida no Código Civil de 2002, nos arts. 1.571 a 1.582.

Acrescente-se que os deveres de fidelidade e de vida em comum no domicílio conjugal se extinguem com a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, sendo afetados em virtude da separação de fato, a partir de quando não mais se consideram violados.

De outro lado, o adultério, por força da Lei nº 11.109, de 28 de março de 2005, deixou de ser crime. A sua descriminalização revela uma tendência ao enfraquecimento da discussão de questões pertinentes à intimidade das pessoas.

Mesmo antes da Emenda Constitucional 66/2010, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já vinha afastando a perquirição da causa culposa na separação judicial, sob o fundamento da desnecessidade da produção de provas ofensivas à privacidade e intimidade, considerando suficiente a configuração da insuportabilidade da vida em comum⁴⁸.

⁴⁵ JEMOLO, Arturo Carlo, *El matrimonio*, (trad. MELENDO, Santiago Sentis, REDIN, Marino Ayerra), Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa, 1954, p. 457.

⁴⁶ BÉNABENT, Alain, *Droit Civile: La Famille*. Paris, Litec, 1994, p. 3.

⁴⁷ GLENDON, Mary Ann, *The transformation of Family Law* (State, Law and Family in the United States and Western Europe), Chicago, The University of Chicago Press, 1989, pp. 85-87.

⁴⁸ RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO. PROVA INÚTIL E QUE FERRE O DIREITO À PRIVACIDADE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. O direito líquido e certo a que alude o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal deve ser entendido como aquele cuja existência e delimitação são passíveis de demonstração de imediato, aferível sem a necessidade de dilação probatória. 2. A culpa pela separação judicial influi na fixação dos alimentos em desfavor do culpado. Na hipótese de o cônjuge apontado como culpa-

A Emenda Constitucional no 66, de 13 de julho de 2010, aboliu os requisitos do divórcio, que se tornou um direito potestativo, levou à extinção da separação judicial e, como consectário lógico e jurídico, eliminou a possibilidade de se discutir culpa pelo fim do casamento.

Portanto, a previsão de culpa na redação do art. 1.801, III, do Código Civil, embora pudesse ter sido o propósito de promover a proteção da entidade familiar, a interpretação deve se dar de acordo com as novas diretrizes constitucionais.

Nesse mesmo sentido, ainda em 2004 Cristiano Chaves de Farias defendia, inclusive, a inconstitucionalidade dos artigos do Código Civil que discutissem a:

Trilhando o caminho assinalado, fácil perceber que a discussão sobre a culpa é inadequada, insensata e atentatória dos direitos humanos. Admitir esta possibilidade significa permitir que os valores mais fundamentais da ordem constitucional vigente, como a dignidade da pessoa humana, o direito à vida privada e à intimidade, o direito à solidariedade social e à igualdade substancial, pudessem ser vilipendiados por força de norma infraconstitucional. Perquirir a culpa, após a promulgação da Magna Charta de 1988, se tornou um exercício indevido e descabido, ainda que tenha ocorrido violação de deveres matrimoniais por um dos cônjuges, por ferir frontalmente às garantias constitucionais da pessoa humana⁴⁹.

Com muito mais razão, após o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, as múltiplas disposições legais que ainda existem no Código Civil e trazem consequências jurídicas pela discussão da culpa precisam ser reinterpretadas.

Dentro dos novos paradigmas e transformações ocorridas nas últimas décadas, tais como a facilidade para o divórcio, a igualdade entre os cônjuges e uma liberdade cada vez maior no âmbito privado, é notável que, dentro de um processo evolutivo de diminuição da interferência estável e estímulo à autonomia privada, ainda seja possível admitir qualquer reflexo dessa discussão, já que existe uma incompatibilidade entre o texto frio da lei e o sistema jurídico como um todo.

4 CONCLUSÃO

O ponto central das proibições era voltado para uma proteção moral e patrimonial do casamento, à luz do sistema legal vigente à época do Código Civil de 1916.

do ser o prestador de alimentos, desnecessária a realização de provas que firam seu direito à intimidade e privacidade, porquanto a pensão não será aferida em razão da medida de sua culpabilidade (pensão não é pena), mas pela possibilidade que tem de prestar associada à necessidade de receber do alimentando. 3. Recurso ordinário provido. (In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, Relator Min. João Otávio de Noronha, Recurso em Mandado de Segurança no 28.336-SP, j. 24.03.2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24/04/2022.)

⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de, Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (casar e permanecer casado: eis a questão), In: *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família* / coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte, IBDFAM, Del Rey, 2004, p. 111.

Como resultado deste trabalho, é possível afirmar que a doutrina – à exceção de Tartuce⁵⁰ – e a jurisprudência do STF e do STJ continuam tratando as vedações às liberalidades feitas por pessoa casada a seu concubino ou a seu amante com o espírito do Código de 1916, longe de uma interpretação civil-constitucional teleológica e contemporânea.

Além disso, constatou-se uma grande incongruência no sistema civil. Legado e herança compõem o rol das chamadas liberalidades que a lei civil proíbe que o testador casado, não separado de fato, faça ao concubino. Assim, a deixa testamentária para o concubino do testador casado tem consequências mais graves do que a doação (art. 550 do Código Civil), pois se trata de hipótese de nulidade, consoante disposto no art. 1.802 do Código Civil.

Se ambas as hipóteses tratam da restrição à liberdade do proprietário/testador, além da legítima e não apenas um impedimento dirigido à concubina, não existem motivos para a regulamentação diversa. Na verdade, deveria haver coerência com a regulamentação conferida à doação, pois não se justifica atribuir tratamento *inter vivos* menos grave do que o imputado *mortis causa*, justamente quando o autor da liberalidade considerada inválida não está presente para se defender.

Por fim, sobre a indicação da culpa na redação do art. 1.801, III, do Código Civil, embora o propósito pudesse ter sido a proteção da entidade familiar, a interpretação deve se dar de acordo com as novas diretrizes constitucionais.

Assim, defende-se a inconstitucionalidade dos arts. 550 e 1801, III, do Código Civil de 2002, pois não se admite estender a vedação contida no art. 550 ao art. 793, que é absolutamente silente sobre eventual proibição de seguro para benefício de concubinos.

Diante desse resultado não há outra conclusão a não ser a de que o Superior Tribunal de Justiça está na contramão da menor interferência estatal na autonomia privada e utilizando interpretação do século passado, o que se mostra incompatível com a ordem constitucional vigente há mais de 30 anos e com todas as transformações legislativas e interpretativas ocorridas desde então.

5 REFERÊNCIAS

- ALVIM, Agostinho, *Da doação*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1972.
- BÉNABENT, Alain, *Droit Civile: La Famille*. Paris, Litec, 1994.
- BEVLÁQUA, Clóvis, *Direito da Família*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1933.
- BEVLÁQUA, Clóvis, *Direito das Sucessões*, 5. ed., Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1955.
- BORGHI, Hélio, Liberalidades à concubina: nulas ou Anuláveis? *Revista dos Tribunais*, Abril de 1990, v. 654.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, Acesso em: 29 mai. 2023.
- BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compila da.htm>, Acesso em: 29 mai. 2023.

⁵⁰ TARTUCE, Flávio, *Manual de Direito Civil: volume único*, 12. ed., Rio de Janeiro, Forense, Método, 2022, p. 365.

BRASIL, Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916, Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 ago. 1962. Disponível em: <[BRASIL, Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, Institui o Estatuto da Mulher Casada. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 jan. 1916. Disponível em: <\[BRASIL, Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, Institui a Lei do Divórcio. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 dez. 1977. Disponível em: <\\[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm\\]\\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm\\)>, Acesso em: 29 mai. 2023.\]\(https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm#:~:text=A%20mulher%20que%20exercer%20profiss%C3%A3o,exerc%C3%ADcio%20e%20a%20sua%20defesa.>, Acesso em: 29 mai. 2023.</p></div><div data-bbox=\)](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.071%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20JANEIRO%20DE%201916.&text=C%C3%B3digo%20Civil%20dos%20Estados%20Unidos%20do%20Brasil.&text=Art..os%20prin c%C3%ADpios%20e%20conven%C3%A7%C3%B5es%20internacionais.>, Acesso em: 29 mai. 2023.</p></div><div data-bbox=)

BRASIL, Emenda Constitucional n.09, de 09 de novembro de 1995, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 nov. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm>, Acesso em: 29 mai. 2023.

BRASIL, Emenda Constitucional n.66, de 13 de julho de 2010, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 jul. 2010. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>, Acesso em: 29 mai. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 590.779/ES. Rel. Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, DJ 10/02/2009. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur1303/false>>. Acesso em abr. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário e Embargos de Declaração 646.721 E 878.694. Rel. Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno, DJ 26/10/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748625427>>, Acesso em: 29 mai. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.045.273/SE, com repercussão geral reconhecida. Rel. Ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, DJ 09/04/2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755543251>>, Acesso em: 29 mai. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 2.004.210/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha. Quarta Turma, DJ 07/03/2023. Disponível em: <[BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Mandado de Segurança no 28.336-SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJ 24/03/2009. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22RMS%22+com+%2228336%22>>. Acesso em abr. 2022.](https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%222004210%22%29+ou+%28RESP+adj+%222004210%22%29.suce.>, Acesso em: 29 mai. 2023.</p></div><div data-bbox=)

CARVALHO SANTOS, J.M. de, *código civil brasileiro interpretado: direito de família*, 5. ed., rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1953, v. 5.

FACHIN, Luiz Edson, *Teoria crítica do direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de, Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (casar e permanecer casado: eis a questão). In: *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família* / coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte, IBDFAM, Del Rey, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze, *Contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 2021.

GLENDON, Mary Ann. *The transformation of Family Law* (State, Law and Family in the United States and Western Europe), Chicago, The University of Chicago Press, 1989.

JEMOLO, Arturo Carlo, *El matrimonio*, (trad. MELENDO, Santiago Sentis, REDIN, Marino Ayerra), Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa, 1954.

LEITE, Eduardo de Oliveira, *Comentários ao novo Código Civil: Direito das Sucessões. Arts. 1.784 a 2.027*, (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira), 4a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, v. 21.

- LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2009.
- LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Contratos*, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 2018.
- MILL, John Stuart, *Principes d'Économie politique*. (trad. H. Dussart et Courcelle-Seneuil). Paris, Guillaumin et Cie Libraires, 1861, v. 2.
- MONTESQUIEU, Charles de, *Esprit des lois*, Liv. XXVII. Apud. TAULIER, Marc Joseph Frédéric. *Théorie raisonnée du code civil*. Grenoble: Prudhomme; (Paris: Videcoq; A. Delhomme), 1843, v. 3.
- MOURA, Mário Aguiar, *Concubinato*, 6. ed., Rio de Janeiro, Aide, 1987.
- MUNIZ, Francisco José Ferreira, A Família na Evolução do Direito Brasileiro, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), *Direitos de Família e do Menor*. 3. ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1993.
- OLIVEIRA LEITE, José Oswaldo de, *O Direito de Família na Constituição Brasileira*, Jurisprudência Mineira, v. 108, 1989.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil: Fontes das Obrigações*, v. 3, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direitos de Família*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, Superior Tribunal de Justiça, 2004 [1869].
- PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim, Um novo conceito de família – reflexos doutrinários e análise da jurisprudência. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), *Direitos de Família e do Menor*, 3. ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1993.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Campinas, Bookseller, 2001, v. 2.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema del derecho romano actual*, (trad. GENOUX, M. C.). Granada, Editorial Comares, 2005.
- SOUZA, Sylvio Capanema, *Comentários ao novo Código Civil: Das várias espécies de contrato. Da troca ou permuta. Do contrato estimatório. Da doação. Da locação de coisas. Arts. 533 a 578*, (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira), Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. 8.
- TARTUCE, Flávio, *Manual de Direito Civil: volume único*, 12. ed., Rio de Janeiro, Forense, Método, 2022.
- VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: Contratos*, 21. ed., São Paulo, Atlas, 2021.
- VILLELA, João Baptista, Sobre a igualdade de direitos entre homem e mulher, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), *Direitos de Família e do Menor*, 3. ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1993.