



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A concorrência sucessória no casamento e na união estável
segundo a eficácia transcendente das normas do regime de bens

Fabício Irun Silveira Martins

Rio de Janeiro
2015

FABRÍCIO IRUN SILVEIRA MARTINS

**A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL
SEGUNDO A EFICÁCIA TRANSCENDENTE
DAS NORMAS DO REGIME DE BENS**

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professor Orientador:

Luiz Paulo Vieira de Carvalho

Professora Coorientadora:

Néli Luiza C. Fetzner

Rio de Janeiro
2015

*À D. Amélia,
avó tão amada que me recebeu em seus braços e precocemente partiu após me honrar
com 12 anos de sua maternal companhia, cuja ausência insisto em preencher com
muita saudade e perenes recordações do inequívoco significado de uma vida feliz.*

*À Thábata, por ocasião de seus 15 anos,
irmã querida que me chegou ainda nos primeiros semestres da graduação,
quando desconfiava saber algo sobre a vida e sobre o Direito — e pouco sabia.*

AGRADECIMENTOS

Ao mestre Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Defensor Público de Classe Especial no Estado do Rio de Janeiro — que muito nos honra com sua amizade, agora reforçada ao longo da orientação de mais um trabalho monográfico — nosso especial agradecimento pelas reflexões que nos foram dedicadas, sobretudo por sua consideração diante dos questionamentos que se fizeram prementes.

Aos docentes, gestores, funcionários e amigos que integram a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) — minha segunda casa — pedindo vênias para os representar na pessoa da caríssima professora Néli Luiza Cavaliere Fetzner, que acompanhou de perto a feitura deste trabalho, destinando-lhe docemente o necessário rigor científico para que, ao final, bem representasse o esforço de três anos de caminhada.

Aos Desembargadores Cristina Tereza Gaulia e Paulo Sérgio Prestes dos Santos e às Juízas Ana Célia Montemor Soares Rios Gonçalves e Paula Fernandes Machado de Freitas, doutos magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro — professores das letras da vida e do Direito — cujas lições de prática jurídica jamais serão esquecidas.

Aos familiares e amigos mais queridos que, com a paciência e a tolerância que só aqueles que amam possuem, compreenderam que o processo de estudo muitas vezes exige a abnegação de tantos momentos de alegria que poderiam ter sido passados em conjunto, e são hoje testemunhas de que o esforço das horas de ausência é compensado pela alegria e satisfação alcançadas com o atingimento do resultado pretendido.

RESUMO

Desde a edição do Código Civil de 2002, quando o cônjuge supérstite passou a ser considerado herdeiro necessário do autor da herança e a tutela sucessória do companheiro foi reformulada, doutrina e jurisprudência divergem na questão da concorrência sucessória com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens. No casamento, a maioria dos autores entende que o concurso ocorre quando houver bens particulares no acervo, mas registram-se posições no sentido de que a concorrência seria verificada na inexistência de tais bens, ou mesmo em qualquer circunstância. Uma vez abordado este primeiro questionamento, passa-se a analisar se a dita concorrência será dirigida aos bens particulares, aos bens comuns ou à herança como um todo. Procede-se a uma minuciosa análise do art. 1.829, I do Código Civil segundo as quatro orientações que se formaram, recorrendo a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial como suporte às críticas formuladas. Na união estável, questiona-se a legitimidade do tratamento legislativo conferido ao companheiro quando em contraste com o enquadramento sucessório do cônjuge. Propõe-se um novo entendimento para as questões, levando em consideração a interferência que as normas do regime de bens exercem sobre o panorama sucessório, orientando a divisão do acervo segundo a preservação da unidade sistemática da codificação.

Palavras-chave: Direito das Sucessões. Herança. Sucessão Legítima. Casamento. União Estável. Concorrência Sucessória. Comunhão de Bens.

ABSTRACT

Since the Brazilian Civil Code of 2002 was edited, when the remaining spouse became a necessary heir, dissenting opinions between doctrine and case law have been noticed under the chapter of the spouse's right to inherit along with the descendents of the deceased. Concerning marriage, most of the authors agree that such concurrence would happen when the inheritance includes private ownership, but others claim that the spouse would be entitled when the exclusive property is not available, not to mention the ones who say it would happen in any case. Once this first obstacle is overcome, the next step is to investigate where the concurrence would take place, that means either among the exclusive ownership, or among the common property or over the whole inheritance. The four propositions concerning article 1.829, I of the Brazilian Civil Code will be analyzed by resorting to both bibliographical and case law researches in order to support the critiques that shall be formulated. About steady unions, doubts have been risen towards the legitimacy of regulations when compared to the spouse's legal position. A new understanding to such matters will be proposed by taking into account the interference that the ownership regime regulations promote on the successional event, so that the inheritance is divided in accordance with the preservation of the Civil Code's systematical unity.

Key words: Successions Law. Inheritance. Legal Succession. Marriage. Steady Unions. Concurrence of heirs. Matrimonial regime of community of property.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 BREVES PONDERAÇÕES ACERCA DA ATIVIDADE HERMENÊUTICA E DO SANEAMENTO DE ANTINOMIAS	14
1.1 Interpretação como instrumento de alcance da clareza	15
1.2 Técnicas de interpretação na dogmática jurídica.....	19
1.3 As técnicas decisórias de controle de constitucionalidade como instrumentos hermenêuticos	22
1.4 Enfrentamento de antinomias	28
1.5 Uma nova categoria: a interpretação antinômica como fator desencadeante de uma crise de coerência no ordenamento jurídico.....	35
2 DO DIREITO PATRIMONIAL NAS RELAÇÕES ENTRE CÔNJUGES E ENTRE COMPANHEIROS.....	39
2.1 Influxos práticos do estatuto patrimonial dos cônjuges	39
2.2 Princípios e disposições gerais concernentes aos regimes patrimoniais do casamento ...	42
2.3 Meação, bens particulares e sucessão.....	44
3 DOS REGIMES DE BENS NO CÓDIGO CIVIL.....	48
3.1 Reflexões preliminares	48
3.2 Dos regimes de bens aprestos.....	49
3.2.1 A Separação obrigatória de bens como gênero	50
3.2.2 Separação legal e separação convencional de bens	53
3.3 Dos regimes de bens aquestos	60
3.3.1 Comunhão universal de bens.....	60
3.3.2 Comunhão parcial de bens.....	62
3.3.3 Participação final nos aquestos.....	64
3.3.4 União estável	66
4 CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA NA SEPARAÇÃO DE BENS: ENFRENTAMENTO DE UMA APARENTE ANTINOMIA.....	70
4.1 Anotações iniciais.....	72

4.2	Inconsistências do art. 1.829, I em face da separação convencional de bens.....	73
4.3	Solucionando a questão segundo a hermenêutica jurídica	83
4.4	Reflexos jurisprudenciais da compreensão da separação obrigatória como gênero.....	90
5	CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA NO CASAMENTO EM COMUNHÃO PARCIAL DE BENS: APONTAMENTOS CRÍTICOS ACERCA DA DIVERGÊNCIA VIGENTE NO TEMA.....	96
5.1	Panorama geral sobre a divergência	96
5.2	Da primeira corrente: herança sobre o patrimônio total.....	103
5.3	Da segunda corrente: concorrência nos bens particulares (entendimento majoritário)...	110
5.4	Da terceira corrente: concorrência nos bens comuns	114
5.5	Da quarta corrente: prevalência da vontade manifestada no regime de bens.....	118
6	UMA PROPOSTA CONCILIATÓRIA PARA SOLVER A CONTROVÉRSIA: A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DA EFICÁCIA TRANSCENDENTE DAS NORMAS DO REGIME DE BENS.....	122
6.1	Considerações iniciais	122
6.2	Uma possível causa para a controvérsia sem solução	123
6.3	Justificativas para a concorrência sucessória sobre os bens comuns do acervo.....	129
6.4	A eficácia transcendente das normas do regime de bens	135
7	TRANSDISCIPLINARIDADE DO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL EM RELAÇÃO AO CASAMENTO	149
7.1	Evolução histórica da união estável: do repúdio à consagração.....	149
7.2	Da necessária desequiparação entre casamento e união estável como garantia da coexistência dos institutos	158
7.3	Desconstruindo a aparente inconstitucionalidade no tratamento sucessório do companheiro pelo art. 1.790 do Código Civil	168
8	PROGNOSE DA CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA NA UNIÃO ESTÁVEL SEGUNDO A EFICÁCIA TRANSCENDENTE DAS NORMAS DO REGIME DE BENS.....	180
8.1	Dos requisitos para a sucessão do companheiro e a omissão antinômica decorrente da inaplicação do art. 1.725 do Código Civil	180

8.2 Da sucessão do companheiro em concorrência com seus próprios descendentes ou com os descendentes exclusivos do autor da herança.....	186
8.3 Da sucessão do companheiro em concorrência simultânea com descendentes comuns e exclusivos do autor da herança.....	188
8.3.1 Lançando novas luzes sobre a filiação híbrida na união estável	191
8.4 Da sucessão do companheiro em concorrência com outros parentes sucessíveis	198
8.5 Da sucessão do companheiro e a herança plena.....	204
9 A EFICÁCIA TRANSCENDENTE DO REGIME DE BENS COMO ELEMENTO DE CONFORMAÇÃO DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL	207
CONCLUSÃO.....	213
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	219
ANEXOS	236

INTRODUÇÃO

Passados mais dez anos desde a entrada em vigor da codificação que rompeu diversos paradigmas no ordenamento civilista, remanesce ainda sem solução pacífica a controvérsia relativa aos desdobramentos da elevação do cônjuge supérstite à condição de herdeiro necessário e o consequente reconhecimento de seu direito a participar do acervo hereditário em concurso com os descendentes. E, na mesma linha, o novo enfoque da união estável na sucessão legítima é também fonte de inquietações doutrinárias e jurisprudenciais.

O epicentro da divergência está localizado no art. 1.829, I do Código Civil, diante de uma construção deveras complexa ao evolver hipóteses e exceções numa única frase. Em meio a premissas, excludentes e um ponto-e-vírgula que mais se assemelha a um “ponto-de-discórdia”, surgiram orientações variadas e interpretações dissonantes que causam celeuma na comunidade jurídica e que ainda não se mostraram aptas a pacificar satisfatoriamente a questão.

A seu lado, o art. 1.790 é criticado desde o *caput* aos seus incisos, sendo alvejado com acusações de inconstitucionalidade, fórmulas matemáticas, propostas de revogação ou alteração legislativa, tendo como ponto comum na celeuma o tratamento desprestigiado conferido pelo codificador de 2002 à sucessão do companheiro.

Não é salutar a uma ordem jurídica a presença de divergências em que a corrente dominante seja alvo de críticas a ponto de a controvérsia revelar tamanha instabilidade como ocorre em matéria de concorrência sucessória, tanto no casamento quanto na união estável. A higidez do sistema codificado fica comprometida, gerando arroubos interpretativos que mais fazem do que senão piorar o texto até então deveras criticável. Além disso, diante da abrangência do direito sucessório, a ausência de consolidação eficaz ou de maior robustez

técnica ao entendimento dito dominante interfere sensivelmente na segurança jurídica e na noção de justiça como pacificação social.

O presente estudo faz um recorte doutrinário e jurisprudencial da concorrência sucessória em sede de casamento e de união estável, primordialmente na disputa com descendentes em meio ao regime da comunhão parcial de bens, com vistas a solucionar de forma inédita as inquietações que acometem o tema, em especial pela construção de uma teoria interpretativa que leva em conta uma visão transdisciplinar dos microssistemas envolvidos.

A primeira parte da obra é denominada “A concorrência sucessória no casamento regido pela comunhão parcial e a construção de uma Teoria da Eficácia Transcendente das Normas do Regime de Bens” e foi elaborada a partir das primeiras reflexões consignadas em um projeto de pesquisa desenvolvido no ano de 2013, agora acrescido de novas ponderações e aprofundamentos.

Considera-se como ponto de partida que foram os próprios intérpretes do Código Civil que distanciaram o sentido da norma insculpida no art. 1.829, I de sua verdadeira essência, e com este escopo inicia-se o presente trabalho tecendo considerações em tema de hermenêutica para construir as bases necessárias a justificar a exegese do dispositivo segundo a técnica sistemática, a fim de evitar aquilo que será denominado pela expressão “interpretação antinômica”. Na oportunidade, assentaram-se ponderações acerca das técnicas de controle de constitucionalidade como instrumentos hermenêuticos, que serão pertinentes quando do enfrentamento do tema no panorama da união estável.

O segundo e terceiro capítulos abordam os aspectos que envolvem as relações entre os cônjuges e os diversos estatutos patrimoniais previstos na legislação, antevendo a conexões existentes entre os microssistemas da ordem de vocação hereditária e o dos regimes de bens, assim como as interferências que exercem um sobre o outro.

Já no quarto capítulo, faz-se uma primeira incursão interpretativa do art. 1.829, I do Código Civil, analisando-o em sede de separação convencional de bens e tomando a solução da aparente antinomia segundo a lógica do razoável como subsídio para as reflexões que lhe seguem.

O quinto capítulo é dedicado a descrever e analisar as quatro orientações atualmente verificadas em sede de concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes no regime da comunhão parcial, recorrendo a quadros sinópticos como instrumento para registrar as impressões coletadas.

O ponto nevrálgico da divergência reside na disputa interpretativa entre aqueles que entendem que a herança concorrente acontece apenas quando o sucedido deixou bens particulares em contrapartida aos que consideram que a concorrência se dá diante da inexistência de tais bens, ou independente da natureza do patrimônio componente do acervo. Anote-se ainda uma segunda controvérsia, que diz respeito ao monte partilhável, a debater se a concorrência se opera somente na herança dos bens particulares ou se atinge também a parcela correspondente à meação que pertenceu ao hereditando.

Finalmente, no sexto capítulo lança-se um novo olhar sobre a controvérsia, não sem antes perquirir as causas que conduziram ao estado atual da divergência, para então traçar os pontos que justificam a concorrência do cônjuge com os descendentes sobre os bens comuns do acervo em se tratando de casamento celebrado sob o regime da comunhão parcial. Soluciona-se a questão propondo o entendimento de que as normas do regime de bens são dotadas daquilo que será denominado “eficácia transcendente” ao próprio microssistema patrimonial do Direito das Famílias para deflagrar influxos sobre o Direito das Sucessões.

É nesse contexto que se propugna a necessidade de uma interpretação orgânica do sistema como um todo, construindo as premissas que embasam aquilo que se afeiçoa como

uma “função social da herança” devidamente norteadas pelo princípio da proporcionalidade, prestigiando a visão constitucional do Direito Civil contemporâneo.

A segunda parte da obra é denominada “A concorrência sucessória na união estável e a conformação do art. 1.790 do Código Civil à luz da eficácia transcendente das normas do regime de bens”, e inicia no sétimo capítulo do texto com sua abordagem transdisciplinar em relação ao casamento, compreendendo tais figuras jurídicas em um contexto dialógico.

O oitavo capítulo incursiona na tutela sucessória do companheiro em meio a cada um dos incisos do art. 1.790, enfrentando pontualmente as inquietações hermenêuticas de cada um deles, propondo soluções que passam pela interpretação sistemática dos dispositivos ou da conformação constitucional das normas envolvidas.

Finalmente, o nono capítulo dedica-se a transportar para o panorama da união estável as reflexões hauridas na construção teórica que atribui eficácia transcendente às normas do regime de bens, inclusive com a exceção proposta na primeira parte do trabalho.

Nos anexos, constam dois quadros sinópticos que permitem tanto uma avaliação panorâmica dos vários entendimentos registrados na concorrência sucessória em sede de matrimônio, inclusive da proposta formulada no presente estudo, como também viabilizam um diagnóstico dos resultados que seriam obtidos nos cenários do casamento e da união estável caso as reflexões aqui sugeridas fossem encampadas.

Num contexto em que muito se critica a redação dos arts. 1.829, I e 1.790 e respectivos incisos do Código Civil, a presente obra é oferecida com o escopo de lançar novas luzes sobre este que pode ser considerado um dos temas mais cativantes e, ao mesmo tempo, mais inquietantes do Direito das Sucessões.

1. BREVES PONDERAÇÕES ACERCA DA ATIVIDADE HERMENÊUTICA E DO SANEAMENTO DE ANTINOMIAS

É inegável que existem textos normativos que não são tecnicamente perfeitos — afinal, a atividade legiferante é um processo complexo que por sua própria natureza não se submete a uma autoria exclusiva ou vontade específica. Ainda assim, tomado o Direito como instrumento de pacificação social, não se exime o legislador da tarefa de produzir conteúdo normativo com o máximo de apuro científico possível. Afinal,

O Direito é a ciência da palavra, e fazendo a mediação entre as pessoas e o Estado, a linguagem dos diplomas jurídicos há de ser absolutamente fiel aos signos do comportamento a ser observado pelos cidadãos, o que se deduz da semiologia do termo, *directus*, que indica idéia de dirigir, guiar, apontar. Um texto redigido com imprecisão não permite interpretação razoável, pois os desvios da linguagem acarretam conseqüências danosas à aplicação da lei e em entraves para as intenções do processo legislativo.¹

Todavia, esteja o intérprete diante de um enunciado plenamente apreensível ou não, sua atuação não se resume meramente a descrever o entendimento previamente existente acerca dos dispositivos postos a exame. O exegeta constrói e reconstrói esses significados, o que não se limita a um processo de subsunção a conceitos pré-definidos².

Nesta senda, o primeiro capítulo deste estudo é dedicado a tecer algumas reflexões que dão conta de que todo texto jurídico carece de interpretação — mesmo aqueles plenamente inteligíveis —, o que perpassa pela incursão nos diversos métodos ou técnicas interpretativas à disposição do hermeneuta.

Construindo as bases necessárias à análise das controvérsias identificadas no tema da concorrência sucessória no regime da comunhão parcial de bens, abordam-se ainda as vicissitudes a que o intérprete pode ser chamado a enfrentar e os resultados indevidos que podem advir desse mister.

¹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 29, p.88-127, 2005.

² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 23-24.

1.1 Interpretação como instrumento de alcance da clareza

Foi-se o tempo em que a atividade do hermenêuta era guiada pelos brocardos *In claris cessat interpretatio* e *In claris non fit interpretatio*, no sentido de que não cabia interpretação de textos normativos^{3,4} que tivessem sido redigidos de forma clara e objetiva. A Teoria Hermenêutica desenvolvida no século XX superou tais princípios⁵ para demonstrar que a conclusão sobre a clareza (ou a falta dela) em relação a um enunciado nada mais é que o resultado de sua interpretação e não uma inteligência prévia que se faz sobre seu conteúdo.

Ficou para trás a noção de que a norma clara não precisa ser interpretada, ou que se interrompe a interpretação ao atingir a clareza. Ao contrário, interpreta-se a norma em qualquer circunstância e como resultados possíveis tem-se a clareza ou a vagueza, neste último caso a demandar a integração da norma por meio dos métodos previstos no ordenamento com tal finalidade.

Diz-se isto até porque o sentido da norma nunca é um dado que exsurge em si mesmo, como se fosse o resultado de uma pré-concepção metafísica, mas somente pode ser compreendido quando cotejado com outras normas e valores (históricos, sociais, atuais e pretéritos), e também com o próprio ordenamento enquanto um conjunto. E mais, deve-se levar em conta as exigências da realidade social e do caso concreto⁶. O somatório destas

³ Ainda que corriqueiramente o operador do Direito faça referência à “norma” como a expressão genericamente sinônima aos dispositivos legais, o Ministro Eros Grau nos ensina que “As disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em normas (isto é, quando – através e mediante a interpretação – são transformados em normas). Por isso as normas resultam da interpretação e podemos dizer que elas, enquanto disposições, nada dizem – elas dizem o que os intérpretes dizem o que elas dizem.” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 72-73).

⁴ Aduza-se a lição de PIETRO PERLINGIERI: “[...] a não ser que se queira ‘confundir a norma com o artigo de lei visto na sua exterioridade’, ela é sempre fruto da sua colocação no âmbito do sistema. A norma nunca está sozinha, mas existe e exerce a sua função unida ao ordenamento e o seu significado muda com o dinamismo do ordenamento ao qual pertence.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 72).

⁵ ANDRADE, Christiano José de. *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: RT, 1992. p. 109.

⁶ Transcrevendo atemporal lição de Friedrich Schleiermacher, o douto professor Emerich Coreth refere que a hermenêutica é “a ‘arte da compreensão’ ou, mais exatamente, uma arte que, como tal, não visa o saber teórico, mas sim o uso prático, isto é, a práxis ou a técnica da boa interpretação de um texto falado ou escrito. Trata-se aí

intercorrências provoca a variabilidade semântica das proposições normativas, mantendo o Direito em um contínuo devir — uma constante mudança — portanto aberto e suscetível às mutações do mundo e da vida humana.⁷

Com efeito, pode ocorrer que a amplitude ou a profundidade de uma norma não estejam albergadas simplesmente nas palavras que a compõem, pelo que se faz necessária a interpretação para delinear seus contornos e extrair os sentidos (ou mesmo a pluralidade de sentidos) que encerram. Talvez, demande-se um pouco menos de esforço em certas oportunidades, como já aconselhou o Ministro Carlos Maximiliano ao escrever que “nas disposições claras o trabalho é menor, mas existe sempre”⁸.

Francisco de Paula Batista chegou a enumerar (ao que tudo indica, taxativamente) as hipóteses em que a atividade interpretativa está ligada à obtenção de clareza:

A necessidade de interpretar uma lei pode nascer: 1. de defeitos em sua redação, resultando daí obscuridade e equívoco em seu sentido; 2. da concisão habitual e inevitável com que são escritas todas as leis, nascendo daí dúvidas não em seu sentido direto, mas em sua conformidade ou não-conformidade com os diversos casos ocorrentes, cumprindo, então, salvar incoerências e contradições virtuais de seus espíritos com as palavras; 3. de silêncio.⁹

Mas isto não é tudo. É preciso estabelecer o pressuposto de que interpretar é uma necessidade inarredável do aplicador da norma e que essa arte não tem lugar unicamente quando o dispositivo padece de alguma mácula. Do contato inicial com a norma interpretanda — valendo-se o exegeta das técnicas ou métodos preconizadas pela dogmática jurídica, devidamente adaptados às necessidades específicas de cada caso — dois resultados são possíveis: clareza ou vagueza. A norma apreendida que se revela clara, estará pronta para ser

da ‘compreensão’ que se tornou desde então o conceito básico e a finalidade fundamental de toda a questão hermenêutica.” (CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Trad. Carlos Lopes de Matos. São Paulo: E.P.U. Editora da Universidade de São Paulo, 1973. p. 18).

⁷ CUNHA, José Ricardo. Fundamentos Axiológicos da Hermenêutica Jurídica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). *Hermenêutica Plural: Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 336.

⁸ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 42.

⁹ BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27-28.

aplicada; já a norma vaga ou obscura reclama como atividade subsequente o processo de *integração*, para que então esteja apta a conformar determinado caso.

Nada obstante, propondo-se um radicalismo deveras sadio, é possível adotar como abordagem exegética a presunção de que toda lei possui ou pode vir a possuir alguma imperfeição acidental a demandar a interpretação¹⁰, sendo esta o remédio providencial que permitirá obter maior grau de certeza quanto à aplicação da norma, conduta que está diretamente alinhada com os ideais de justiça distributiva.

A clareza foi positivada como uma meta a ser observada na técnica legislativa, funcionando como parâmetro inafastável na atividade de edição de leis e que, nem sempre, é atingido pelos redatores. Neste sentido, para atender ao comando insculpido no art. 59, parágrafo único da Constituição da República, foi editada a Lei Complementar n. 95/98 com vistas a estabelecer as diretivas a serem atendidas no processo de elaboração de atos normativos. No que concerne aos requisitos de clareza, precisão e ordem lógica, assim dispõe:

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

- a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;
- b) usar frases curtas e concisas;
- c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis;
- d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;
- e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;

II - para a obtenção de precisão:

- a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma;
- b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;
- c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;
- d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais;
- e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado;

¹⁰ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 267.

- f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto;
- g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões ‘anterior’, ‘seguinte’ ou equivalentes;

III - para a obtenção de ordem lógica:

- a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei;
- b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio;
- c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;
- d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.

Se as normas, na acepção mais técnica do termo, se constituem no contexto de suas previsões, serão portanto o produto dos métodos, técnicas e processos de raciocínio dos quais se valeu o intérprete como orientações para resolver os problemas de decidibilidade dos conflitos¹¹. Ainda assim, em que pese a existência de regras e construções técnicas,

não existe medida para determinar com precisão matemática o alcance de um texto; não se dispõe, sequer, de expressões absolutamente precisas e lúcidas, nem de definições infalíveis e completas. Embora clara a linguagem, força é contar com o que se oculta por detrás da letra da lei; deve esta ser encarada, como uma obra humana, com todas as suas deficiências e fraquezas, sem embargo de ser alguma coisa mais do que um alinhamento ocasional de palavras e sinais.¹²

Anote-se, por fim, ao aviso de Christiano José de Andrade, que “uma vírgula, talvez mal colocada, pode constituir um problema para o intérprete”¹³. Deveras, um famigerado ponto-e-vírgula ingratamente estacado no já tormentoso texto do art. 1.829, I do Código Civil amolda-se a tal advertência. Observe-se:

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;

A interpretação do dispositivo e as reflexões pertinentes serão travadas nos capítulos 4 a 6 do presente estudo.

¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 279.

¹² SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 23.

¹³ ANDRADE, Christiano José. *Hermenêutica Jurídica no Brasil*. São Paulo: RT, 1991. p. 160.

1.2 Técnicas de interpretação na dogmática jurídica

Na busca por solucionar os problemas de ordem semântica, sintática ou pragmática que podem acometer os textos normativos, a doutrina reconhece diversos métodos ou técnicas de interpretação, dos quais se destacam os cinco principais: (i) gramatical ou literal; (ii) lógico; (iii) sistemático; (iv) histórico; e (v) teleológico. Passa-se a abordá-los de forma sintética, atendo-se aos detalhes que mais se aproximam da controvérsia analisada neste estudo.¹⁴

A técnica gramatical ou literal costuma ser o recurso primeiro do intérprete no enfrentamento de questões léxicas, na medida em que parte dos próprios signos linguísticos do enunciado normativo para identificar o alcance de suas palavras e suas respectivas interferências e correlações na textura analisada.

A técnica lógica é um instrumento de identificação e saneamento de inconsistências (*rectius*, questões lógicas), tomando-se como parâmetro a conexão entre uma expressão normativa com as outras que fazem parte daquele contexto, com o escopo de obter o significado correto e razoável (ou, pelo menos, afastar as interpretações que possam conduzir ao inexplicável ou ao absurdo).¹⁵

Na técnica sistemática enfrentam-se questões de compatibilidade num todo estrutural, isto é, num contexto de organicidade de um micro ou macrossistema onde a norma examinada se insere. O exegeta se orienta segundo a unidade do sistema jurídico que lhe serve como contexto tendo em conta que um preceito isolado deve ser interpretado em consonância com os princípios gerais daquele sistema, para que não ponha em risco a coerência do todo¹⁶.

¹⁴ Uma leitura com maior vagar pode ser realizada em FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 279-291 e em REIS FRIEDE, Roy. *Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 141-145.

¹⁵ MARQUES, Alberto. *Roteiro de Hermenêutica*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 59.

¹⁶ Tércio Sampaio Ferraz Junior exemplifica a aplicação da técnica sistemática: “nunca devemos isolar o preceito nem em seu contexto (a lei em tela, o código: penal, civil etc.) e muito menos em sua concatenação imediata

Miguel Reale, chamando a atenção para o fato de que “uma lei não pode ser analisada aos pedaços”, ensina que o dever primeiro do intérprete é captar o sentido semântico e sintático do preceito normativo, sendo certo que em seguida

impõe-se um trabalho lógico, pois nenhum dispositivo está separado dos demais. Cada artigo de lei situa-se num capítulo ou num título e seu valor depende de sua colocação sistemática. É preciso, pois, interpretar as leis segundo seus valores lingüísticos, mas sempre situando-se no conjunto do sistema. Esse trabalho de compreensão de um preceito, em sua correlação com todos os que com ele se articulam logicamente, denomina-se interpretação lógico-sistemática.¹⁷

A utilidade do método sistemático, ao aviso de Maria Helena Diniz, está diretamente relacionada com a solução de antinomias ou o preenchimento de lacunas que possam surgir no momento da análise da textura normativa:

Dessas idéias deduzimos que os elementos do sistema estão vinculados entre si por uma relação, sendo interdependentes. Se houver incongruência entre eles, temos a quebra de isomorfia e lacuna, se houver conflito dentro do subsistema normativo, temos antinomia. Logo, o sistema normativo é aberto, está em relação de importação e exportação de informações com os outros sistemas (fático e valorativo), sendo ele próprio parte do sistema jurídico.¹⁸

A técnica histórica, por seu turno, trata o texto normativo segundo a conexão fática ou existencial que possui com o contexto evolutivo em que foi lançado — aspectos culturais, políticos e econômicos — para também resolver as questões semânticas que se fazem prementes. Se “o ordenamento jurídico não nasce num deserto”, como já lecionou Norberto Bobbio¹⁹, cabe ao exegeta ao enfrentar conceitos indeterminados, valorativos e discricionários

(nunca leia só um artigo, leia também os parágrafos e os demais artigos). De modo geral, por exemplo, a questão de saber se uma lei pode, sem limitações, criar restrições à atividade comercial e industrial de empresas estrangeiras, leva o intérprete a buscar, no todo (sistemático) do ordenamento, uma noção padrão de empresa nacional e seu fundamento nas normas constitucionais. Assim, diante de uma lei que de fato estabelecesse tais restrições, é preciso saber se a Constituição, ao estabelecer a igualdade de todos perante a lei e discriminar, ela própria, alguns casos em que o princípio se vê excepcionado (por exemplo, a propriedade e administração de empresas de TV, rádio e jornalísticas é vedada a estrangeiros), cria algum princípio geral sobre as exceções autorizadas. Portanto, se se puder dizer que, quando a Constituição excepciona a regra geral da igualdade, elege como qualidades da empresa a nacionalidade de proprietários e dirigentes, a nacionalidade do capital, a nacionalidade dos trabalhadores, a nacionalidade da orientação intelectual e tecnológica, a interpretação sistemática dirá que nenhuma lei (por pressuposto, subordinada à Constituição) poderá criar uma nova qualidade (por exemplo, a nacionalidade da matéria-prima utilizada na produção) para restringir a atividade de empresas estrangeiras.” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 282).

¹⁷ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 279.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 12.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p. 41.

observar as condições de tempo e meios em que a norma incide e também como o eram ao tempo de sua gênese.

Finalmente, a técnica teleológica vem tratar as questões pragmáticas que dizem com a necessidade de imprimir um certo controle das valorações contidas no texto normativo, de modo a extrair os propósitos e finalidades da norma jurídica que será o produto daquele enunciado. Segundo Miguel Reale,

Interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos.²⁰

Por todo exposto, a considerar que não existe uma hierarquia ou uma ordem de preferência por este ou aquele método, diante da questão que carece de interpretação o exegeta deve estar atento ao que preconiza o saudoso Ministro Carlos Maximiliano:

Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que tome aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo.

[...] Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade.

O intérprete não traduz em clara linguagem só o que o autor disse explícita e conscientemente; esforça-se por entender mais e melhor do que aquilo que se acha expresso, o que o autor inconscientemente estabeleceu, ou é de presumir ter querido instituir ou regular, e não haver feito nos devidos termos, por inadvertência, lapso, excessivo amor à concisão, impropriedade de vocábulos, conhecimento imperfeito de um instituto recente, ou por outro motivo semelhante.²¹

A hermenêutica, com efeito, põe-se a serviço do intérprete, por meio das várias técnicas registradas na dogmática, como um instrumento de aperfeiçoamento da ordem jurídica, funcionando o aplicador da norma como um verdadeiro artefinalista da obra legislativa.

²⁰ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 289.

²¹ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 146.

1.3 As técnicas decisórias de controle de constitucionalidade como instrumentos hermenêuticos

Embora se registre entendimento no sentido de que a interpretação conforme a Constituição não se reputa exatamente um método de interpretação, mas sim uma técnica de controle de constitucionalidade²², uma visão macroscópica do tema permite concluir que a técnica decisória de conformação é, a toda evidência, um desdobramento do ônus interpretativo que advém da inarredável aplicação do princípio da supremacia da Constituição²³.

Ao consagrar a interpretação conforme no patamar de princípio²⁴, colhe-se do magistério de José Joaquim Gomes Canotilho que “o princípio da interpretação conforme a constituição é um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe o recurso a estas para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei”^{25, 26}.

Seja como for, é inegável que a ordem jurídica planta seus alicerces de validade no texto constitucional, quer fruto de poder constituinte originário ou derivado, de modo que a

²² Por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 823.

²³ Esquivando a controvérsia, colhe-se na doutrina portuguesa a lição de Rui Medeiros, *in verbis*: “[...] o princípio da interpretação conforme à Constituição, que obriga o intérprete a tomar inclusivamente em consideração os princípios constitucionais na tarefa de interpretação de toda e qualquer norma infraconstitucional, material ou procedimental, não constitui um corpo estranho na metodologia jurídica, apresentando-se como simples concretização da *interpretação sistemático-teleológica*.” (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 295-296. (grifos no original)).

²⁴ Neste particular, vale registrar a ponderação de Virgílio Afonso da Silva: “É fato curioso que esta forma de interpretação seja incluída entre os chamados princípios de interpretação constitucional, visto que é fácil perceber que quando se fala em interpretação conforme a constituição *não se está falando em de interpretação constitucional*, pois não é a *constituição* que deve ser interpretada em conformidade com ela mesma, mas as *leis infraconstitucionais*. A interpretação conforme a constituição pode ter algum significado, então, como um critério para *interpretação das leis*, mas não para a interpretação constitucional. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 132-133 (grifos no original)).

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 1112.

²⁶ No mesmo sentido, confira-se a lição de Paulo Bonavides: “Em rigor, não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 432).

conformação do texto infraconstitucional aos termos da carta republicana é um imperativo que se impõe ao aplicador da norma²⁷.

É nesse contexto que as técnicas de interpretação conforme, em suas variadas vertentes, adquirem relevância.

Das letras de Alexandre de Moraes colhe-se oportuna sistematização acerca da interpretação conforme, na esteira do adiante descrito e assim classificado: (i) interpretação conforme com redução de texto; (ii) interpretação conforme sem redução do texto; (iii) interpretação conforme sem redução do texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade²⁸.

Na “interpretação conforme com redução do texto”, as circunstâncias permitem que, em virtude da redação do texto impugnado, declare-se a inconstitucionalidade de determinada expressão de modo a, excluída a pecha, alcançar uma interpretação compatível com a Constituição²⁹.

Na “interpretação conforme sem redução do texto”, confere-se à norma impugnada uma determinada interpretação que lhe preserve a constitucionalidade. Em casos tais, sem retirar a eficácia de qualquer parte do enunciado normativo, é determinada qual a interpretação a ser atribuída à norma para que se mantenha compatível com a Constituição Federal. Isto porque, a redação do texto não permite suprimir qualquer expressão que afaste o

²⁷ O mestre lusitano fixa o requisito pertinente: “a interpretação conforme a Constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a Constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 230). Também assim de há muito já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, conforme noticiado no Informativo de Jurisprudência nº 17, estabelecendo que a interpretação conforme somente é utilizável, *in verbis*: “quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.344/ES, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em: 18 dez. 1995. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

²⁸ Pelo exposto, confira-se MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 45-47.

²⁹ O citado constitucionalista ilustra a hipótese referindo a ADI 1.127-8, em que o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente a eficácia da expressão “ou desacato” contida no art. 7º, §2º do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94), concedendo à imunidade material dos advogados uma interpretação conforme o art. 133 da Constituição Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.127-8/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em: 06 out. 1994. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

defeito de constitucionalidade, de modo que técnica de conformação relaciona a eficácia do texto a uma determinada interpretação ou alcance, sem reduzir sua expressão literal.³⁰

Finalmente, na “interpretação conforme sem redução do texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade”, mantém-se o texto da norma, todavia dele se remove uma interpretação possível, mas que, se empregada, violaria a Constituição³¹. Vale aduzir, ainda, que é possível afastar a aplicação da norma válida a determinada hipótese de incidência possível a fim de prevenir situação de inconstitucionalidade³².

A interpretação conforme, todavia, não é uma carta-branca ao hermeneuta, uma vez que conhece determinados limites, os quais não diferem, substancialmente, daqueles com que

³⁰ Neste sentido, no Supremo Tribunal Federal foi julgado parcialmente procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade proposta contra o art. 45, § 3º da Lei 9.096/95 que atribuía tão somente a partido político a prerrogativa de oferecer representação envolvendo questões de propaganda partidária, conferindo ao texto interpretação conforme a Constituição de modo a garantir a atuação do Ministério Público. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.617/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em: 19 jun. 2013. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

³¹ As hipóteses descritas equivalem à “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”, assim descritas conforme o magistério de Guilherme Peña de Moraes: “o órgão judicial elimina as hipóteses de aplicação incompatíveis com a Constituição, de sorte que há redução do programa normativo, sem alterar a expressão literal da norma jurídica. Em consequência, no dispositivo da decisão definitiva de mérito, o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade é julgado parcialmente procedente, uma vez que a lei ou ato normativo é declarado inconstitucional, se aplicável a determinada hipótese” (PEÑA DE MORAES, Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 240). Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de ‘interpretação conforme à Constituição’. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em: 05 maio 2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

³² Também chamada de “inconstitucionalidade em concreto”, em que o órgão jurisdicional entende que, embora constitucional o dispositivo, sua aplicação a uma determinada situação é incompatível com a Constituição, em razão das excepcionais circunstâncias fáticas do caso concreto. Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, a hipótese refere a realização de “interpretação conforme a Constituição para declarar que uma norma válida e em vigor não incide sobre determinada situação de fato” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 303). Assim ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme a Constituição a dispositivo da Emenda Constitucional n. 20/98, excluindo de sua incidência o salário da licença-gestante, que do contrário ficaria drasticamente afetado pela reforma previdenciária à época implementada (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.946-5/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em: 03 abr. 2003. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

se defronta a interpretação jurídica em geral. São dois os parâmetros que, em tese, devem ser simultaneamente observados: (i) o texto legal e (ii) a vontade do legislador³³.

O produto da interpretação não pode configurar violência contra a expressão literal do texto, sob pena de incorrer em interpretação conforme a Constituição qualificada como *contra legem*. Dito de outro modo, a norma jurídica que resulta da implicação dos dados linguísticos com as pré-compreensões do intérprete tem de restar conectada com o texto legal, uma vez que a letra da lei atua como um norte interpretativo.

Assim, é o texto que define o âmbito da liberdade de interpretação do aplicador, e é também o texto legal que limita essa atuação. Como ponto de partida, a situação deve ensejar mais de uma proposta interpretativa, o que advém de um mínimo de dubiedade, seja nos elementos linguísticos empregados na letra da lei (no mais das vezes, por polissemia, plurissignificação, generalidade ou equivocidade de seus termos), seja em relação aos elementos empíricos envolvidos no processo hermenêutico (pré-compreensões do intérprete em meio a contextos jurídico, social, cultural e econômico).

Além disso, a interpretação conforme não pode alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador. É dizer, não se pode deturpar a finalidade claramente reconhecível da norma, de sorte a obter uma regulação nova e distinta do resultado querido pelo legislador³⁴. Prestigia-se, aqui, a vontade subjetiva do legislador (*mens legis*), aquela que inspirou o autor da proposição normativa e que se espera ver fidedignamente revelada pelo intérprete. Todavia, ficará autorizada a interpretação

³³ Por todo o exposto, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1521-1522.

³⁴ Segundo o Ministro Gilmar Mendes, todavia, “A prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada intenção do legislador, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto.” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1521).

conforme quando não for possível apreender com precisão aquilo que tencionava o legislador quando da edição do diploma legal³⁵.

Conquanto todo o exposto, na prática a realidade é outra, sendo possível inferir que o Supremo Tribunal Federal não mais se encontra subsumido ao vetusto dogma do legislador negativo, passando a se aliar muito mais à progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. É o que refere ensinamento da lavra do Ministro Gilmar Mendes:

O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei.

Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador.³⁶

Doutra feita, é bem ressaltar que, embora inexista uma disciplina pormenorizada acerca da questão constitucional no controle difuso — aquele dito concreto, incidental e exercido pela via de exceção — ao observar a evolução da jurisprudência pretoriana, a

³⁵ Neste sentido, recorde-se o resultado do julgamento da ADI 1.946, que tratava da proteção às gestantes: “DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988 [...]. 2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. 3. [...] Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. 4. [...]. 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. 6. Plenário. Decisão unânime.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.946-5/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em: 03 abr. 2003. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

³⁶ Neste sentido, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1523, referindo uma gama de precedentes em que os julgamentos foram dotados de conteúdo normativo, o que se convencionou denominar decisões manipulativas de efeitos aditivos.

doutrina aponta que o modelo difuso não se mostra incompatível com as técnicas decisórias de limitação dos efeitos das normas controladas, nem por isso se descurando da importância do significado de uma decisão tomada em controle abstrato pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, embora a Lei n. 9.868/99 tenha autorizado a Corte a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados (isto é, modulando os efeitos da decisão), não se vislumbra inadmissível a adoção dessa técnica prevista no art. 27 do citado diploma também no controle difuso, uma vez que a limitação de efeito é decorrência do controle judicial de constitucionalidade³⁷.

Nessa ordem de ideias, é de se considerar que o monopólio da jurisdição constitucional no controle concentrado das normas infraconstitucionais em face da Carta de 1988 por parte do Supremo Tribunal Federal não exclui que também outros órgãos jurisdicionais baseiem as suas decisões no direito constitucional. A toda evidência, nada obstará que em sede de interpretação conforme a Constituição, todos os órgãos estatais, sobretudo aos demais tribunais, apliquem o direito constitucional aos casos concretos.

E assim o é porque os mecanismos da interpretação conforme a Constituição, em suas variadas possibilidades, amoldam-se à moderna concepção de justiça constitucional entendida sob a ótica do Estado Democrático de Direito, na qual não se alinha a função do Poder Judiciário com a concepção de “legislador negativo” própria do judiciário do Estado Liberal³⁸.

³⁷ Neste sentido, ressaltando a possibilidade de convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro e discorrendo acerca de episódios em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de discutir a aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99, confira-se MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: ensaios de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 789.

³⁸ Neste sentido, STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 156-159, referindo comungarem do mesmo entendimento uma plêiade de doutrinadores de escol, tais como Paulo Bonavides, Fábio Konder Comparato, Eros Grau, José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda, entre outros. Por oportuno, confira-se a lição do Ministro Gilmar Mendes, a asseverar que “Ao se analisar detidamente a jurisprudência do [Supremo] Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador. [...] Em outros vários casos mais antigos, também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a

Essa perspectiva — pelo cabimento das técnicas limitadoras e da interpretação conforme no controle incidental — será de todo oportuna quando da análise da concorrência sucessória na união estável e das soluções eventualmente adotáveis na solução das controvérsias atribuídas ao art. 1.790 do Código Civil³⁹.

1.4 Enfrentamento de antinomias

A preocupação com antinomias e contradições aparentes que podem emergir da análise de normas que se presumem conflitantes e que, em última instância, comprometem a consistência do próprio sistema jurídico, é perceptível na obra do saudoso mestre Geraldo Ataliba:

De nada vale o conhecimento de uma seara, se se desconhece sua articulação com as demais. De pouco vale a familiaridade com certas informações, se não se as coordena com o universo do direito, se não se sabe filiá-las, explicá-las e concatená-las com os fundamentos em geral e com o todo sistemático onde inseridas. É inútil o conhecimento que se limita à superfície dos fenômenos jurídicos, sem buscar penetrar seus fundamentos explicativos e justificativos.⁴⁰

Deve-se considerar que há casos em que é a *interpretação equivocada* — e por que não dizer apressada? — do aplicador da norma que faz surgir o contrassenso, quando na realidade o enunciado em si mesmo era perfeito e na suposta busca por clareza sacrificou-se a coerência que já estava ali (e dela ninguém se apercebeu).

Nesta toada, entende-se por “antinomia jurídica” a oposição total ou parcial que pode ocorrer entre duas normas contraditórias, editadas por autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que impõem ao aplicador e ao destinatário uma posição insustentável, seja

doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos. [...] Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional: 2002-2010*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1212-1214)

³⁹ A questão será oportunamente desenvolvida no capítulo 8 deste estudo.

⁴⁰ ATALIBA, Geraldo. In: VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: RT, 1977. p. XIII.

pela ausência ou pela inconsistência dos critérios que seriam aptos a permitir uma saída nos quadros de um dado ordenamento.⁴¹

É da natureza da própria ciência jurídica tratar o Direito como um todo de sentido, isto é, algo que possui uma inteireza orgânica que é de sua própria essência, de modo que o ordenamento deve ser descrito em enunciados isentos de contradições lógicas entre si, partindo-se do princípio de que os conflitos normativos podem (e devem) ser necessariamente resolvidos pela via interpretativa.

O conflito de normas pressupõe que ambas sejam válidas, pois do contrário sequer haveria conflito. Não se trata, portanto, de mera contradição lógica, mas de uma situação que poderia ser comparada a dois vetores, cada qual agindo sobre o mesmo ponto em direções opostas, de modo que entre duas normas em análise ocorreria uma contrariedade ou desacordo, mas não uma contradição lógica (fosse este o caso, uma delas seria válida e a outra, não).⁴²

A antinomia surgirá da tensão entre duas normas, dois princípios, ou entre uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular.

Ao tratar da supressão de lacunas através do atributo da plenitude do ordenamento, Maria Helena Diniz ensina que a essa característica deve ser acrescido o princípio da unidade do sistema jurídico, ancorando-se em doutrina estrangeira para prestigiar sua utilidade:

Esse princípio da unidade pode levar-nos à questão da correção do direito incorreto. Se se apresentar uma antinomia, ou um conflito entre normas, ter-se-á um estado incorreto do sistema, que precisará ser solucionado, pois o postulado desse princípio é o da resolução das contradições. O sistema jurídico deverá, teoricamente, formar um todo coerente, devendo, por isso, excluir qualquer contradição lógica nas asserções, feitas pelo jurista, elaborador do sistema, sobre as normas, para assegurar sua homogeneidade e garantir a segurança na aplicação do direito. Para tanto, o

⁴¹ A lição é de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que expõe com maestria todas as complexidades e intrincamentos do tema. Por ora, o estudo se detém apenas a uma abordagem preliminar da questão e de sua relação com a interpretação sistemática para, nos capítulos seguintes, retomar-se o ponto no contexto das normas de regimes de bens no Código Civil (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 203).

⁴² Nesse sentido, “é preciso distinguir entre a mera contradição e a antinomia, pois, embora toda antinomia envolva contradição, nem toda contradição constitui uma antinomia. Duas normas podem contradizer-se, mas só temos uma antinomia quando essa contradição está acompanhada de outros fatores.” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 202).

jurista lançará mão de uma interpretação corretiva, guiado pela interpretação sistemática, que o auxiliará na pesquisa dos critérios para solucionar a antinomia a serem utilizados pelo aplicador do direito.^{43, 44}

Um sistema jurídico como o brasileiro convive rotineiramente com antinomias, no mais das vezes em razão da multiplicação de leis em uma mesma seara, da desatenção do legislador quanto às cláusulas de revogação ou da má-qualidade na técnica legislativa. É um problema estrutural, que acomete os alicerces construídos pelos juristas, mas que deve ser periodicamente remediado pelo princípio da não-contradição, pois a coerência lógica do sistema é uma exigência fundamental da obra legislativa e da própria unidade do ordenamento⁴⁵. Cabe, portanto, à ciência jurídica combater e eliminar as antinomias, propondo os critérios que pacifiquem os conflitos e conduzam à harmonia do complexo normativo.

Antes, porém, de perquirir sobre seu saneamento, é preciso identificá-las. De forma bastante sintética, e direcionando o foco para as premissas que interessam a este estudo, tem-se que o conflito entre normas jurídicas revelará uma antinomia quando: (i) ambos enunciados contiverem operadores opostos ou seus conteúdos revelarem negações internas entre si, parcial ou totalmente (isto é, um dispositivo autoriza e o outro, proíbe); (ii) o destinatário das

⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 13.

⁴⁴ O princípio da unidade sistemática é frequentemente invocado em sede de interpretação constitucional, para indicar que nenhuma norma fundamental pode ser interpretada isoladamente a ponto de entrar em conflito com o sistema jurídico da Carta Magna. Assim, ao se interpretar a Constituição, esta como um todo deve ser levada em consideração, de modo que o intérprete se valerá da lógica para impedir que as normas constitucionais entrem em uma contradição que inviabilize a existência de uma unidade sistemática. Para a Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha, “O que se apresenta ao intérprete, então, não é um conflito de normas constitucionais contendo dois princípios que traduziriam uma inibição de aplicação do sistema constitucional como um todo integrado e harmonioso. O que se verifica, naquela situação, não é senão uma imperiosa necessidade de interpretar-se corretamente não apenas um ou outro princípio, mas a Constituição, a dizer, o sistema como um todo, em sua inteireza e não apenas parte dele sobre a qual recaia, naquela hipótese, a atenção do intérprete para perfeito equacionamento do caso apreciado. Para tanto, urge aplicar-se o princípio da proporcionalidade aqui lembrado.” Neste sentido, ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 53.

⁴⁵ No mesmo sentido, confira-se KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 228-231.

normas ou seu aplicador deva ficar em uma posição insustentável, não tendo *a priori* meios para se livrar dela por carecer de meios imediatos para afastar a inconsistência⁴⁶.

Conjugados tais fatores, resultará uma antinomia real, em que se tem duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular. O intérprete enfrentará lacuna de regras de solução, isto é, ausência de critérios para resolvê-la, ou conflito entre os critérios existentes⁴⁷. Uma solução efetiva nestes casos costuma ser a edição de uma nova norma que escolha um enunciado dentre os conflitantes (*rectius*, norma derogatória). Por outro lado, não se descarta a possibilidade de uma antinomia aparente, em que a contradição existe mas o exegeta dispõe de recursos para purgá-la do sistema.⁴⁸

Caminhando no não menos acidentado terreno das antinomias aparentes, em se tratando de uma contradição que envolva o conteúdo material das normas, destacam-se as chamadas antinomias de princípios, que decorrem do descompasso entre o teor do texto normativo com as ideias fundamentais que sustentam uma determinada ordem jurídica; e ainda, antinomias teleológicas, quando se tratar de desarmonia entre os fins propostos por uma determinada norma e os meios previstos por uma outra para o atingimento destas finalidades. Noutros termos, ao custo da consecução de determinados fins com uma norma, rejeitam-se os meios preconizados por outro enunciado para alcançarem-se tais objetivos.

Estas antinomias, que Maria Helena Diniz denominou “impróprias”⁴⁹, resultam de

⁴⁶ Os apontamentos foram construídos a partir das ponderações de FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 204. Na linha do primeiro item, BOBBIO, Norberto *apud* COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de Lógica Jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 60.

⁴⁷ Isto não importa, vale dizer, uma situação intransponível, pois a edição de uma nova norma que escolha um dos enunciados conflitantes revela-se uma solução efetiva. Pode o aplicador valer-se ainda dos mecanismos de colmatção de lacunas previstos no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) para realizar a chamada *interpretação equitativa*. Nesta senda, embora solúvel a antinomia real perdurará, pois o remédio aplicado pelo órgão jurisdicional apenas produzirá seus efeitos no caso concreto, sem suprimir a contradição no ordenamento jurídico como um todo (salvo se se tratar de uma antinomia que envolva controvérsia cuja atuação judicial se deu com efeitos *erga omnes*).

⁴⁸ Segundo Carlos Maximiliano, “Sempre que descobre uma contradição, deve o hermeneuta *desconfiar de si*; presumir que não compreendeu bem o sentido de cada um dos trechos ao parecer inconciliáveis, sobretudo se ambos se acham no mesmo repositório.” (SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 122, grifo no original).

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 28.

um conflito de consciência que acomete o aplicador das normas, vez que não elidem a possibilidade de o sujeito agir conforme o comando normativo, ainda que com ele não concorde — vale dizer, nas antinomias próprias haveria um dilema entre não poder agir de acordo com uma norma sem violar outra.

Com efeito, uma vez identificada a aparente contradição entre duas normas, é chegado o momento de dissolver o suposto conflito⁵⁰. O estado de anormalidade instaurado pela antinomia demanda uma tomada de posição que seja conveniente para sanear a tensão normativa e, para tanto, deve o intérprete agir segundo uma “lógica do razoável”⁵¹, o que significa sacrificar umas das normas colidentes, declarando-a inaplicável ao caso, sob pena de se produzirem resultados opostos àqueles pretendidos pelo enunciado.

Segundo o magistério de Luis Recaséns Siches, a lógica dedutiva, silogística e alheia a critérios axiológicos seria imprópria para a solução dos problemas humanos. Por outro lado, a adoção da lógica do razoável permite compreender os assuntos humanos, buscando o sentido dos fatos e objetos: é dizer, se a norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada, não pode ser uma norma em descompasso com elementos morais e éticos, em descompasso com os fatos concretos.

Com efeito, não pode a norma ser compreendida como um fim, mas como um meio para realização da justiça através da consecução de valores concretos, tais como bem-estar, dignidade, liberdade e igualdade⁵².

Nessa toada, adotar como parâmetro a lógica do razoável fará com que a norma aplicável ao caso concreto seja aquela realmente adequada ao fato existente e não apenas uma

⁵⁰ Sobre os critérios classicamente preconizados pela dogmática jurídica para solução de antinomias (cronológico, hierárquico e por especialidade), confira-se BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Marco Puglisi *et alii*. São Paulo: Ícone. 1995. p. 204-207.

⁵¹ A expressão “lógica do razoável” é empregada como oposição à lógica tradicional da dedução silogística, que no panorama de solução de antinomias poderia produzir resultados injustos. Na visão desenvolvida por Luis Recaséns Siches, trata-se de uma “lógica que se inspira na razão projetada sobre assuntos humanos, é uma lógica que está permeada por pontos de vista axiológicos, por conexões entre valores e fins, por relações entre fins e meios [...]”. Neste particular, consulte-se ANDRADE, Christiano José de. *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: RT, 1992. p. 80.

⁵² SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 75.

mera adaptação de uma lei genérica. Isto porque, ter-se-á realizado uma inversão do eixo da operação interpretativa, para transferir o foco da mera adaptação de uma lei genérica para o caso em si⁵³.

O atuar do órgão judicial segundo a lógica do razoável encontra abrigo no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁵⁴, na medida em que o referido dispositivo prescreve os critérios hermenêuticos que serão observados pelo juiz no entendimento e aplicação das normas, alinhando seu ofício com os fins sociais da lei e com as exigências do bem comum.

Para Plauto Faraco de Azevedo, “a lei de efeitos danosos ao bem comum ou ao sentido da justiça deve ser corrigida, dando-se-lhe novo significado, ou afastada”⁵⁵. De fato, se a aplicação uma norma a um caso concreto produz resultados contrários àqueles por ela desejados, deve ser inegavelmente afastada da espécie, uma vez que a produção do Direito não é obra privativa do legislador, mas também dos julgadores e administradores.

Assim, deve o juiz verificar no caso concreto quais seriam os resultados práticos que a aplicação individualizada de cada norma em conflito produziria: aquela norma que gerar os resultados que mais se aproximem dos fins e valores que a inspiram é a que deverá ser aplicada, afastando-se aquela outra cujo produto seja contraditório ou mais distante da ordem jurídica. Num cenário iminente de “revolta dos fatos contra os Códigos”⁵⁶, a escolha

⁵³ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 56.

⁵⁴ Art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

⁵⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e Aplicação do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1983. p. 127. Corroborando a regra do art. 5º da LINDB como “critério para solução de casos duvidosos, em que, diante de dois ou mais caminhos viáveis o intérprete deve seguir aquele que mais consulta à utilidade comum dos cidadãos e da República”, LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Formas e Aplicação do Direito Positivo*. São Paulo: RT, 1969. p. 57.

⁵⁶ A expressão foi cunhada por Gaston Morim, conforme citado em Inocêncio Mártires Coelho para esclarecer que uma nova ordem jurídica não se implanta de forma ostensiva, mas pelo esvaziamento progressivo do conteúdo material de normas que aparentemente eram perfeitas do ponto de vista formal. Neste particular, COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 40-41. Sobre os vários sentidos da razoabilidade, veja-se ainda ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 102-111.

prudentemente inspirada pela razoabilidade pacificará o conflito antinômico permitindo que o Direito seja aplicado com prudência e coerência principiológica.

É neste contexto que a interpretação sistemática adquire relevo⁵⁷. Tratando-se de um método que busca definir o alcance do texto a partir de sua inserção no conjunto normativo, tem-se que sua preocupação primeira é preservar o sentido adequado da norma, ainda que eventualmente sacrifique-se parcela do conjunto normativo — isto é, que se dê pela inaplicabilidade de outra norma como recurso para garantir a higidez e a consistência do conjunto orgânico.

Nesta senda, funciona referida técnica como verdadeira integração sistêmica tanto do dispositivo interpretado em relação à lei como um todo, mas também da lei em que figura o dispositivo em relação à integralidade do ordenamento jurídico. Não é por menos que se costuma dizer em tema de hermenêutica que “ao se aplicar um único dispositivo normativo, em verdade se aplica todo o ordenamento jurídico”⁵⁸ haja vista os imperativos de coerência sistemática que decorrem da aplicação do Direito.

Refira-se, de arremate, a lição de Rudolf Von Jhering ao descrever as regras necessárias à construção jurídica:

La segunda ley de la construcción doctrinal es la de la falta de contradicción o de la unidad sistemática. No hay necesidad de hacer notar que aquí no se trata sólo de contradicciones del legislador, sino de la ciencia consigo misma. La jurisprudencia se une tanto a ella como a la ley. En las construcciones doctrinales que establece no puede ponerse em contradicción consigo misma, pero sí romper con las nociones y los principios anteriormente admitidos por ella. Esas construcciones deben concordar entre sí tanto como en sus diversos elementos. [...] La construcción no sale victoriosa de la prueba ni és legítima y verdadera suno cuando por todas partes reina para ella um acuerdo perfecto.⁵⁹

⁵⁷ Propondo uma sequência de regras de interpretação, Rubens Limongi França recomenda que após ser verificada a desconexão da letra da lei com a *mens legislatoris*, o hermeneuta preferirá esta em detrimento daquela; ainda assim, subsistindo a aparente antinomia, se na indagação da *mens legis* os resultados vierem a ser diversos, caber-lhe-á optar por aquele que mais se aproximar da índole natural do instituto que a norma regula, bem como as exigências da realidade social e do bem comum. Se nem assim lograr êxito, recorrerá à analogia e às demais formas suplementares de expressão do direito. Neste sentido, LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Hermenêutica Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 50-51.

⁵⁸ BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). *Hermenêutica Plural: Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 328.

⁵⁹ JHERING, Rudolf Von. *La Dogmática Jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1946. p. 145.

1.5 Uma nova categoria: a interpretação antinômica como fator desencadeante de uma crise de coerência no ordenamento jurídico

Até aqui, tudo o que se falou dava a crer que as técnicas de interpretação à disposição do hermeneuta seriam a solução para as contradições que surgem do choque entre duas normas cuja convivência num mesmo ordenamento parece insustentável.

Assim o é, todavia o tema dá ensejo a uma implicação que se propõe a enfrentar ao longo das próximas páginas deste estudo: não se descarta que na interpretação de uma norma seja o próprio hermeneuta a provocar a antinomia desta com a ordem jurídica em que se insere.

É dizer, no lugar da clareza que normalmente seria alcançada com o processo exegético — ainda que com algum esforço, a cogitar que a norma não seja tecnicamente primorosa — o que se obtém é uma antinomia aparente, de princípio ou teleológica.

Noutros termos, é algo como uma interpretação que conduz a um resultado pior do que aquele que ordinariamente seria desejado: no afã de solucionar a falta de clareza, surge um arremedo de interpretação que parece, num primeiro momento, resolver a obscuridade da essência da norma mas que em realidade cria um novo problema, agora na convivência do dispositivo legal com outros que lhe sejam vinculados.

Pode o exegeta não ter apreendido corretamente os elementos semânticos da *verba legis* e falhou na interpretação literal do enunciado. Ou então, não alcançou a *occasio legis* e a incompreensão da norma no contexto de seu tempo o fez pecar na interpretação histórica. Pode também não ter encontrado o *telos* por enxergar mal aquilo que pensava o legislador, equivocando-se na interpretação teleológica. E finalmente, sendo esta a pior de todas as hipóteses, não construiu ou malferiu o *nexus* que deveria existir entre a norma e seu conjunto, comprometendo o ordenamento com uma imprecisa interpretação sistemática.

Falar-se-ia, neste diapasão, naquilo se pode chamar de uma odiosa *interpretação antinômica*?

É o que parece e é possível ir além: o erro no diagnóstico interpretativo promovido pelo aplicador da norma pode dar gênese ao que se ousa chamar de “crise de coerência” do ordenamento, na medida em que obrigará ao jurisdicionado subsumir-se a outras normas que não aquelas que melhor se amoldariam ao seu contexto fático-valorativo⁶⁰, haja vista que a tão-almejada consistência da ordem jurídica ficou comprometida pela atuação incongruente de seus próprios intérpretes e aplicadores, que criaram obscuridade onde havia clareza.

Uma possível causa para o surgimento de uma interpretação antinômica está ligada à questão lógica da completude do sistema jurídico, isto é, se ele abarca todos os campos das interações sociais ou se há condutas não alcançadas pela ordem jurídica. De um lado, há os que defendem um sistema jurídico fechado ou completo e aqueles que concebem um sistema jurídico aberto ou incompleto.

Os defensores da primeira concepção são favorecidos pela máxima de que “o que não está juridicamente proibido, estará juridicamente permitido”. Nesta ordem de ideias, nada impede que a interpretação da uma norma conclua no sentido de que algo esteja juridicamente permitido e este resultado entre em confronto com outra norma ou com algum princípio do ordenamento, fazendo emergir a antinomia.

De outra banda, há o entendimento no sentido de que o sistema não tem como prever e regular a totalidade das relações sociais, daí porque se admite a existência de lacunas a serem colmatadas por meio dos instrumentos de integração disponíveis no ordenamento (analogia, costumes, princípios e equidade). A interpretação equivocada de uma lacuna, com a aplicação de mecanismo de suprimento inadequado (por exemplo, uma solução por analogia

⁶⁰ Ainda que não seja este o momento para o aprofundamento devido, a referência é quanto aos casos em que a interpretação atual das normas do sistema sucessório conduz à conclusão de que, para realizar o escopo de atingir determinada configuração na partilha de uma herança, seria melhor viver em união estável do que contrair matrimônio. Ou ainda, num quadro absurdo, divorciar-se no leito de morte. O tema será devidamente abordado no capítulo 4.

quando a recomendação seria a aplicação de um determinado princípio) poderia ensejar o surgimento de uma antinomia.

Seja qual a vertente adotada, esse descompasso pode advir do equivocado isolamento da norma dentro de seu microsistema⁶¹ ao arrepio do princípio da legalidade, o qual vai muito além da imposição do respeito aos preceitos individuais para promover também a coordenação entre tais direitos e sua harmonização com os princípios constitucionais aplicáveis. É ainda o princípio da legalidade responsável pela conformação do fato a ser regulado no âmbito do ordenamento como um todo (ou do macrosistema codificado, vale dizer), de modo a evidenciar a norma mais adequada e compatível com os interesses e valores em jogo.

Neste particular, é bem recordar o magistério de Eros Roberto Grau ao asseverar que não existe uma resposta correta para cada caso, mas que nem por isto o intérprete está autorizado a produzir normas livremente, no exercício de discricionariedade. Segundo o douto professor, todo intérprete estará sempre vinculado pelos textos de direito que analise, em especial pelos que veiculam princípios. E arremata:

Além disso, outra razão, maior, nos impele a repudiar o entendimento de que o juiz atua no campo de uma certa “discricionariedade”. Essa razão repousa sobre a circunstância de a ele não estar atribuída a formulação de *juízos de oportunidade*, porém, exclusivamente, de *juízos de legalidade*. Ainda que não seja o juiz, meramente, a “boca que pronuncia as palavras da lei”, sua *função* — *dever-poder* — esta contida nos lindes da *legalidade* (e da *constitucionalidade*). Interpretar o direito é formular *juízos de legalidade*. A discricionariedade — não será demasiada esta repetição — é exercitada em campo onde se formulam *juízos de oportunidade*, exclusivamente, porém, quando uma norma jurídica tenha atribuído a autoridade pública a sua formulação.⁶²

Construídas as premissas, o tema será retomado quando da análise dos regimes de bens no Código Civil, especialmente em relação à antinomia surgida da interpretação (desde já entendida como equivocada, com a vênia dos doutos mestres que a defendem) que vem

⁶¹ A noção e a dinâmica dos microsistemas no Direito Civil-Constitucional é pormenorizadamente descrita em TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16.

⁶² GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 209 (grifos no original).

sendo feita em tema de separação convencional e no direcionamento da concorrência cônjuge-descendente sobre os bens particulares apurados após o evento morte que pôs fim a um casamento celebrado em regime de comunhão parcial.

2. DO DIREITO PATRIMONIAL NAS RELAÇÕES ENTRE CÔNJUGES E ENTRE COMPANHEIROS

O direito patrimonial em sede de Direito das Famílias encontra-se disciplinado no Título II do Livro IV do Código Civil, para elencar os aspectos concernentes a regimes de bens, pacto antenupcial, usufruto e administração dos bens dos filhos menores, alimentos e bem de família.

No presente capítulo serão abordadas as espécies de regimes de bens existentes no ordenamento brasileiro, para posteriormente tecerem-se os comentários oportunos a respeito do impacto do fenômeno sucessório sobre as relações jurídicas havidas durante a vigência de cada um dos mencionados regimes.

Antes, porém, convém tratar de alguns aspectos gerais referentes à patrimonialidade nas relações conjugais para então adentrar as questões que envolvem bens particulares, meação e sucessão.

2.1 Influxos práticos do estatuto patrimonial dos cônjuges

O “estatuto patrimonial dos cônjuges”, na clássica denominação de Orlando Gomes⁶³, enquanto um conjunto de regras que incidem sobre a sociedade conjugal considerada sob o aspecto dos seus interesses patrimoniais, é uma decorrência direta do matrimônio — ou, como em Zeno Veloso, “uma consequência inevitável do casamento”⁶⁴ —, uma vez que este deflagra a ocorrência de diversos efeitos de ordem patrimonial tanto em relação aos cônjuges como deles para com terceiros.

Partindo-se da premissa de que na vigência da sociedade conjugal os bens adquiridos ao longo da vida do casal pertencem exclusivamente ao cônjuge que os adquiriu (salvo nas

⁶³ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 161.

⁶⁴ VELOSO, Zeno. Regimes Matrimoniais de Bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 82.

hipóteses de aquisição em condomínio), assim permanecendo enquanto durar o casamento, não há falar-se de direito de propriedade a ser atribuído ao outro cônjuge sobre os bens em questão⁶⁵.

Nada obstante, tal direito de propriedade não é absoluto. A existência de um determinado regime que preveja a comunhão dos bens adquiridos ao longo do casamento imporá ao *dominus* uma limitação ao seu direito de propriedade, restringindo-lhe o atributo dispositivo no momento em que a lei pressupõe a legitimação do negócio por meio da necessidade de outorga do consorte para que se realize a alienação de um bem sujeito a tal limitação na constância do matrimônio.

Refira-se, neste particular, o art. 1.647, I do Código Civil:

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:
I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

Bem ressaltar que é igualmente a existência de um determinado regime patrimonial de comunicação de bens que poderá determinar o virtual direito a um “condomínio por metades”⁶⁶ daquilo que for adquirido durante o casamento. Isto porque no momento da dissolução do matrimônio⁶⁷ tornar-se-á autoexecutável aquilo que antes era apenas expectativa de direito, permitindo ao cônjuge não-proprietário requerer desde logo a partilha do bem em face do qual é comunheiro por força das normas do regime patrimonial que regulava os interesses dos consortes.

Nesta linha de pensamento, já se pode inferir que ninguém se torna coproprietário de um bem por força do regime que incide sobre a sociedade conjugal: é necessário um fato

⁶⁵ Neste sentido, complementado pela ressalva consignada, é o que pensa MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 675.

⁶⁶ A expressão vem inspirada pela denominação “cartas de ametade”, comum no Direito Português para designar o regime de comunhão universal de bens.

⁶⁷ Sobre a dissolução do matrimônio, segundo o art. 1.517 do Código Civil, “A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio”.

jurídico (como a morte ou o divórcio) para que a expectativa de direito conferida pelo estatuto patrimonial seja transmudada no direito adquirido de dissolver o condomínio de metades.

Relembre-se, ao aviso de Paulo Nader, que

Direito adquirido não se confunde com expectativa de direito. Aquele é situação jurídica resguardada pela ordem jurídica, enquanto esta outra figura revela apenas probabilidade de aquisição de direito. Expectativa é apenas o direito em potência, pois depende de algum acontecimento futuro e incerto. É a situação jurídica de alguém que, mantidas as condições existentes, poderá adquirir um direito, como no caso de herança.⁶⁸

O estatuto patrimonial, portanto, provoca para um cônjuge a limitação sobre seu direito de propriedade no momento em que deseja exercer atos de disposição, e para o outro a existência de uma expectativa de direito passível de se materializar no momento da dissolução do vínculo conjugal.

A assertiva formulada será um dos pilares que sustentarão as críticas deste estudo a respeito da dogmática que envolve a projeção (*rectius*, a falta de projeção) dos efeitos do regime de bens que vigorou na sociedade conjugal quando esta vem a ser dissolvida pela morte de um dos consortes. Por ora, cabe invocar a incontestável lição de que “O regime de bens é uma das consequências jurídicas do casamento”, como bem recorda Maria Berenice Dias⁶⁹, para se somar aos efeitos, deveres e obrigações recíprocos que advêm do momento em que duas pessoas resolvem constituir uma nova unidade familiar⁷⁰.

⁶⁸ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 122.

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 201.

⁷⁰ Sobre os efeitos do casamento, dispõe o art. 1.565 do Código Civil: “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.”. Neste particular, o tratadista argentino Eduardo Sambrizzi acentua que os deveres provenientes da união estável (correspondentes art. 1.724 do nosso Código Civil) são igualmente aptos a produzir uma comunhão de interesses patrimoniais (*apud* MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 676). Esta, inclusive, é a recomendação constante do Enunciado 97 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “No que tange à tutela especial da família, as regras do Código Civil que se referem apenas ao cônjuge devem ser estendidas à situação jurídica que envolve o companheiro, como, por exemplo, na hipótese de nomeação de curador dos bens do ausente (art. 25 do Código Civil).”. A própria lei aponta nesta direção, a teor do que dispõe o art. 1.725 do Código Civil: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

2.2 Princípios e disposições gerais concernentes aos regimes patrimoniais do casamento

Segundo Fabiana Domingues Cardoso, existem três princípios essenciais no que toca ao regime de bens, a saber: variedade de regimes, liberdade convencional e mutabilidade controlada⁷¹. Os dois primeiros caminham *pari passu*, no sentido em que é permitido aos nubentes optar por uma das espécies de regimes oferecidas pelo ordenamento pátrio, ou mesmo desenvolver seu próprio estatuto patrimonial a partir dos modelos legais⁷², desde que não contrariem disposição absoluta de lei⁷³ e atendam ao requisito de exercer sua liberdade de escolha por meio do instrumento formal adequado, quais sejam o pacto antenupcial⁷⁴ ou o contrato de convivência na hipótese de união estável⁷⁵.

Adquire relevo nesta sede o princípio da mutabilidade controlada — inovação da codificação de 2002⁷⁶ — que rompeu com a anterior doutrina da petrificação dos regimes de bens para então prever a possibilidade de alteração do estatuto patrimonial no curso do casamento, desde que precedida de controle jurisdicional e devidamente motivada em pedido formulado por ambos os cônjuges^{77, 78}.

⁷¹ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2011. p. 46.

⁷² Art. 1.639 do Código Civil: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.”

⁷³ É do art. 1.655 do Código Civil que se infere o caráter cogente das normas relativas ao estabelecimento do estatuto patrimonial dos consortes: “É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.”

⁷⁴ Art. 1.640, parágrafo único do Código Civil: “Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.”. Vale dizer, a liberdade convencional não é absoluta, pois a própria lei estabelece situações que estão sujeitas a regime específico. Neste sentido, confira-se o art. 1.641 do Código Civil, que será oportunamente abordado quando da análise do regime da separação legal de bens: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.”

⁷⁵ Art. 1.725 do Código Civil: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

⁷⁶ E que somente veio a ser instrumentalizada no Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 734, conforme se colhe em MARTINS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil Comparado*: artigo por artigo. Leme: Edijur, 2015.

⁷⁷ É o que se extrai do art. 1.639, §2º do Código Civil: “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.”. Anote-se ainda o cabimento da alteração do regime nas hipóteses em que venham a ser superadas as limitações constantes do art. 1.641, I e II. Vale recordar também o Enunciado 113 da I

Ao que se vê, eventual alteração das regras atinentes ao regime de bens que regula a vida patrimonial dos consortes só é passível de ocorrer durante a constância do casamento, mormente pelo litisconsórcio ativo necessário que deve estar presente na postulação judicial. Não se cogita, portanto, de alteração de regime de bens de um casamento dissolvido pelo divórcio ou pela morte de um dos cônjuges. Assim não o fosse, estar-se-ia diante de verdadeira fraude às normas que regulam o regime de bens no ordenamento pátrio.

A questão será revisitada quando da análise da concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes, onde será verificado que, a depender do entendimento adotado, ocorreriam situações que poderiam ser interpretadas como alterações do regime de bens após a morte de

Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que assim dispõe: “É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade”.

⁷⁸ Acerca da prevalência do entendimento que referenda a possibilidade de alteração do regime também para casamentos celebrados sob a égide do Código Civil de 1916, confira-se BARBOZA, Heloísa Helena. Alteração do regime de bens e o art. 2.039 do Código Civil. *Revista Forense*, v. 100, n. 372, Rio de Janeiro, p. 101-107, 2004. No mesmo sentido é o escólio de Gustavo Tepedino, “Segundo esta corrente, o art. 2.039 refere-se aos efeitos do regime escolhido, que não poderão ser alterados com a modificação do regime de bens. Esta última posição mostra-se consentânea com o sistema, que visa a dar maior liberdade aos cônjuges para regularem suas relações patrimoniais de acordo com as circunstâncias e contingências supervenientes ao matrimônio. De todo modo, independente da data em que se tenha realizado o casamento, o legislador exige, para que a alteração se realize, motivação a ser valorada pelo magistrado e o respeito aos direitos de terceiros.” (TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre regime de bens no Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, Magister/IBDFAM, n. 2, v. 9, p. 5-21, 2008). Na jurisprudência, vale referir BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 821807/PR, Rel. Min. Nancy Andriighi, 3ª Turma, julgado em: 19 out. 2006. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015, cuja ementa adiante se transcreve, *in verbis*: “Direito civil. Família. Casamento celebrado sob a égide do CC/16. Alteração do regime de bens. Possibilidade. - A interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039, do CC/02, admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido. - Assim, se o Tribunal Estadual analisou os requisitos autorizadores da alteração do regime de bens e concluiu pela sua viabilidade, tendo os cônjuges invocado como razões da mudança a cessação da incapacidade civil interligada à causa suspensiva da celebração do casamento a exigir a adoção do regime de separação obrigatória, além da necessária ressalva quanto a direitos de terceiros, a alteração para o regime de comunhão parcial é permitida. - Por elementar questão de razoabilidade e justiça, o desaparecimento da causa suspensiva durante o casamento e a ausência de qualquer prejuízo ao cônjuge ou a terceiro, permite a alteração do regime de bens, antes obrigatório, para o eleito pelo casal, notadamente porque cessada a causa que exigia regime específico. - Os fatos anteriores e os efeitos pretéritos do regime anterior permanecem sob a regência da lei antiga. Os fatos posteriores, todavia, serão regulados pelo CC/02, isto é, a partir da alteração do regime de bens, passa o CC/02 a reger a nova relação do casal. - Por isso, não há se falar em retroatividade da lei, vedada pelo art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88, e sim em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. Recurso especial não conhecido”. Por oportuno, confira-se o alerta de Rolf Madaleno quanto à possibilidade de um cônjuge se aproveitar da boa-fé do outro: “Para evitar todos esses temores, seria muito mais adequado que a lei vetasse qualquer alteração do regime de bens que importasse uma restrição ou renúncia de direitos, como a substituição de um regime de comunhão parcial ou universal para vertê-la em completa e retroativa separação de bens que já eram comuns ao casal, cuja possibilidade é amplamente admitida pela jurisprudência para as relações de união estável.” (MADALENO, Rolf. O direito adquirido e o regime de bens. *Revista Jurídica*, n. 348, Porto Alegre, p. 27-52, 2006).

um dos consortes (importando quebra da unidade sistemática do Código diante da antinomia surgida com mutabilidade de um regime fora dos parâmetros traçados pela norma civil).⁷⁹

2.3 Meação, bens particulares e sucessão

A relevância do estatuto patrimonial dos cônjuges é deveras significativa no momento da dissolução do matrimônio⁸⁰ pois será o regime de bens eleito pelos cônjuges (ou *ex vi legis*, conforme o caso⁸¹) que determinará a existência de bens em estado de mancomunhão ou de massas patrimoniais titularizadas por apenas um dos consortes⁸².

Isto porque o rompimento do vínculo por iniciativa dos consortes ou a dissolução da sociedade pela sucessão de um dos cônjuges observará a existência ou não de bens que, inobstante constarem formalmente em nome de um dos membros do par, estão atrelados — por força do estatuto patrimonial incidente — à expectativa do direito a um condomínio por metades titulado pelo outro, a se tornar direito concreto no momento em que o interessado requerer partilha dos bens com o reconhecimento de sua *meação*.⁸³

⁷⁹ Neste particular, confira-se a análise pormenorizada constante dos capítulos 4 e 5 deste estudo.

⁸⁰ Segundo o art. 1.517 do Código Civil, “A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio.”

⁸¹ A referência é quanto às hipóteses em que a lei determina que o regime vigente no matrimônio será o da separação de bens, a teor do art. 1.641 do Código Civil, que trata dos casos em que a separação patrimonial de bens será imperativa.

⁸² Sempre oportuno lembrar que as referências feitas à situação dos cônjuges igualmente se aplicam aos conviventes, uma vez que a união estável é fenômeno jurígeno de comunhão de interesses patrimoniais, na esteira do que recomenda o Enunciado 97 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e pela disposição constante do art. 1.725 do Código Civil ao dispor que “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”. Assim já vinha sustentando a melhor doutrina desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, como sempre o fez Luiz Paulo Vieira de Carvalho, mencionando comungarem do mesmo entendimento os professores Youssef Said Cahali e Gustavo Tepedino (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Sucessão dos Descendentes, Sucessão dos Cônjuges e Sucessão na União Estável. *Revista da EMERJ*, Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, Rio de Janeiro, p. 196-206, jul. 2002).

⁸³ Segundo José Carlos Teixeira Giorgis, “A morte gera efeitos distintos: um no Direito de Família, extinguindo o casamento, o que faz cessar o regime de bens entre os cônjuges, cuja meação do patrimônio comum seguirá as regras do regime adotado; mas, também, afeta o Direito das Sucessões, pois o patrimônio do falecido, agora herança, será imediatamente transmitido a seus herdeiros e legatários, pelo direito de *saisine*.”. Diz ainda o professor gaúcho: “A meação não é direito sucessório, mas direito patrimonial resultante do regime de bens do casamento; e, pela morte do parceiro, aquela parcela do cabedal comum se integra ao direito do supérstite, extinto o condomínio pelo decesso.” (GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge

Fala-se em meação exclusivamente nos regimes de bens que reconheçam a comunicabilidade do patrimônio adquirido tanto antes quanto durante o matrimônio, ou tão-somente a partir do enlace, a depender da espécie de regime adotado. O patrimônio dos comunheiros será partido ao meio, atribuindo-se a metade a quem de direito.

Doutra feita, aquilo que se verificar como bens titulados unicamente por um dos cônjuges e não sujeitos à meação — daí dizerem-se *bens exclusivos* ou *particulares* — serão mantidos na esfera patrimonial do consorte respectivo, ficando no momento da dissolução do matrimônio em vida afastados da partilha ou, sendo objeto da sucessão *causa mortis*, designados aos herdeiros legítimos ou aos legatários⁸⁴.

Assim, de acordo com Francisco José Cahali e Giselda Hironaka,

A meação não é objeto de sucessão, pois pertencente ao cônjuge por direito próprio, em razão do casamento. A herança objeto do inventário será destinada aos sucessores (legais ou instituídos), sempre preservada eventual meação, dela não integrante. Mesmo que o viúvo não tenha direito à meação, poderá ser convocado para receber a herança do cônjuge falecido.⁸⁵

A referência ao regime de bens torna importante a distinção estabelecida pelos referidos autores:

Dessa forma, na qualidade de cônjuge-viúvo, o consorte supérstite, dependendo do regime de bens, comparece no processo para preservar a meação de que já é titular, ou, se for o caso, apenas para exercer direito real de habitação; mas só assume a qualidade de herdeiro quando convocado como tal, exercendo, aí sim, a titularidade do direito hereditário.⁸⁶

A identificação do regime de bens na sucessão do hereditando casado, portanto, determinará a extensão daquilo que será transmitido a seus herdeiros, resultando o acervo

sobrevivo. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 29, p.88-127, 2005).

⁸⁴ Recordando-se o magistério do lusitano José de Oliveira Ascensão, a função institucional da herança está em “dar finalidade possível ao descontínuo causado pela morte”, de modo a garantir que os bens que integram o patrimônio de uma pessoa tenham uma destinação ordenada (ASCENSAO, José de Oliveira. *Direito Civil: Sucessões*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2000, p. 11). Entre nós, o festejado Luiz Paulo Vieira de Carvalho aponta que a herança “é recebida imediatamente pelos herdeiros, que são continuadores das relações patrimoniais do falecido” (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *O novo Código Civil. Sucessões*. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. A nova ordem de vocação hereditária. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 57, p. 40-61, 2003).

⁸⁵ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões*. v. 6. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 211.

⁸⁶ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *op. cit.*, p. 211.

hereditário no conjunto constituído por seus bens particulares e pelo remanescente dos bens comuns, uma vez destacada a meação do supérstite.

Neste ponto, é de se divergir parcialmente da douta professora e Procuradora de Estado paulista Maria Helena Braceiro Daneluzzi, segundo a qual grande parte da doutrina sustenta que o Código Civil vinculou o direito sucessório do cônjuge necessariamente ao regime de bens⁸⁷.

Isto porque, embora em diversas passagens do texto codificado haja referências a determinados regimes de bens⁸⁸ ou até mesmo a nenhum deles (o que, na prática, ressalvadas eventuais incompatibilidades, abrangeria todos)⁸⁹, deve-se considerar que não se trata de uma vinculação, mormente porque o regime patrimonial do matrimônio e a ordem de vocação sucessória são microssistemas diferentes dentro do mesmo Código. Significa dizer que se tratam de seções independentes do Código Civil, que não estão umbilicalmente atreladas porque regem fenômenos (casamento e morte) que possuem existência de forma independente um do outro, mas que dialogam entre si por um imperativo de coerência da própria codificação.

Para além disto, nada impede que ocorram influxos de um sobre o outro, e que devem ser resolvidos à luz de uma interpretação sistemática com vistas a resguardar a unidade lógica do conjunto normativo como um todo harmônico.⁹⁰

⁸⁷ DANELUZZI, Maria Helena Braceiro. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004. p. 61. Na realidade, conforme leciona Gustavo Tepedino, “Observa-se que o regime de bens adotado pelos cônjuges constitui, de fato, o parâmetro para disciplinar o direito de concorrência do cônjuge com os descendentes, excluindo-o em determinadas hipóteses.” (TEPEDINO, Gustavo. *Controvérsias sobre concorrência sucessória do cônjuge e do companheiro no Direito brasileiro*. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 112, v. 31, p. 53-63, 2011).

⁸⁸ Segundo o art. 1.829, I do Código Civil: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da *comunhão universal*, ou no da *separação obrigatória de bens* (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da *comunhão parcial*, o autor da herança não houver deixado bens particulares; [...]”

⁸⁹ Veja-se o art. 1.831 do Código Civil: “Ao cônjuge sobrevivente, *qualquer que seja o regime de bens*, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.”

⁹⁰ Confira-se o que foi consignado no item 1.4 deste estudo.

Com efeito, a concorrência sucessória entre o cônjuge sobrevivente e os herdeiros igualmente vocacionados produzirá seus resultados segundo o estatuto patrimonial que tenha sido adotado pelos cônjuges em seu casamento, e será objeto de investigação nos capítulos que se seguirem, valendo assinalar que a questão é objeto de discussões acirradas em doutrina e jurisprudência, com entendimentos que gravitam em torno da existência ou não de bens particulares no acervo, preconizando soluções por vezes diametralmente opostas⁹¹.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 202.

3. DOS REGIMES DE BENS NO CÓDIGO CIVIL

De início, cumpre esclarecer a organização adotada no presente capítulo no que tange à sistemática deste estudo como um todo. Os regimes de bens existentes no ordenamento jurídico pátrio serão dispostos segundo a principal característica que os identifica, qual seja a ocorrência ou não da expectativa do direito a um condomínio de metades entres os cônjuges sobre os bens que integram as massas patrimoniais individuais ou em comum na relação.

Ao longo de breve apresentação das mencionadas espécies de estatutos patrimoniais serão feitas as digressões que em certa medida contribuem para a desincompatibilização da controvérsia ora sob exame, focando-se nas questões pontuais que serão retomadas nos capítulos seguintes.

3.1 Reflexões preliminares

Seguindo-se a organização proposta, serão classificados como *regimes de bens aprestos* aqueles em que inexistente expectativa de condomínio de metades entre os cônjuges, sendo o que ocorre nos estatutos patrimoniais dirigidos pela separação de bens, a saber, separação legal de bens⁹² e separação convencional de bens.

Doutra feita, são *regimes de bens aquestos* aqueles em que existe a mencionada expectativa de direito ao condomínio de metades, titulado por qualquer dos consortes em relação ao outro, recaindo sobre bens da massa patrimonial comum (comunhão parcial e participação final nos aquestos) ou sobre todo o patrimônio dos cônjuges (comunhão

⁹² Na separação legal de bens, como regra, as massas patrimoniais dos cônjuges são distintas, daí porque o regime foi elencado na citada categoria. Excepcionalmente, em razão do preceito constante na Súmula 377 do STF, pode haver comunicabilidade (*rectius*, expectativa de direito de condomínio de metades) sobre os bens adquiridos onerosamente durante o curso do casamento (aquestos), isto porque o patrimônio dos cônjuges pode ter sido construído com esforço comum durante o matrimônio, não sendo lícito a um consorte enriquecer às custas do esforço do outro, ainda que o estatuto patrimonial esteja fundado na existência de bens aprestos por força de lei. O ponto em questão será aprofundado no item 3.2.

universal), conforme o caso⁹³. Será incluído ainda nos regimes de bens aquestos o estatuto patrimonial da união estável, diante do que autoriza o art. 1.725 do Código Civil⁹⁴.

Partindo desta premissa tem-se, portanto, a configuração do panorama segundo a lição de Rolf Madaleno:

A moderna organização conjugal econômica está firmada, basicamente, em dois conceitos: o de separação e o de comunidade de bens, existindo nesta última espécie duas variantes a incluir ou excluir bens com origem anterior ao casamento. A comunidade de bens se caracteriza pela formação de uma massa de bens, que se divide entre os cônjuges ou seus sucessores com a dissolução do matrimônio ou da união estável. Implica em uma unidade de interesses dos esposos que se associam na boa ventura ou na desventura deste patrimônio durante o casamento. Essa comunidade pode ser universal, quando compreende todos os bens, ou parcial, quando se restringe a certos bens. Existe ainda o regime de participação, que se caracteriza pelo fato de que durante o casamento, cada um dos cônjuges tem a livre-disposição de seus bens, como se fosse um regime de separação de bens, porém, advindo a separação se outorga a um deles um crédito para igualar seus patrimônios em função do aumento patrimonial verificado na constância da sociedade afetiva. Na comunidade de bens a liquidação se dá pela divisão do acervo patrimonial e a identidade de participação é liquidada mediante a entrega de uma soma de dinheiro que poderá ser paga com bens. No regime de separação de bens cada cônjuge ou convivente conserva a propriedade, administração e gozo dos bens que leva para a sociedade afetiva ou que adquire depois, e responde exclusivamente por suas dívidas.⁹⁵

Seguindo-se a análise das diversas espécies, o tema será tratado em apertada síntese, abordando aqueles aspectos que se mostrem úteis para o debate das questões de fundo deste estudo.

3.2 Dos regimes de bens aprestos

Dentre os regimes patrimoniais em que ausente o estado de mancomunhão entre os cônjuges estão a separação legal de bens e a separação convencional de bens.

⁹³ Vale antecipar desde logo que a mancomunhão dos regimes de bens aquestos comporta exceções, que se materializam através dos dispositivos legais que excluem determinados bens da partilha das metades ou ainda quando os próprios cônjuges desenham um regime híbrido. Por apego à didática, a questão será abordada ao longo do estudo de cada regime de bens em específico.

⁹⁴ Art. 1.725 do Código Civil: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

⁹⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 680.

3.2.1 A Separação obrigatória de bens como gênero

A separação de bens é o regime patrimonial por meio do qual os cônjuges conservam exclusivamente para si os bens que já possuam antes de casarem, assim como aqueles que adquiriram ou que venham a adquirir na constância do casamento⁹⁶.

Sendo esta a base do estatuto patrimonial vigente, os cônjuges não sofrem limitação a seu direito de propriedade, podendo livremente dispor ou gravar de ônus real os bens que pertençam a cada um deles, uma vez que conservam o domínio, a posse e a administração dos mesmos. Podem, inclusive, pleitear em juízo acerca destes bens e direitos sem a necessidade da presença do outro cônjuge no processo^{97, 98}. Além disso, os nubentes que se casaram em regime de separação de bens são responsáveis cada qual por suas respectivas dívidas⁹⁹ anteriores e posteriores ao enlace.¹⁰⁰

Sendo este um estudo em que se discutem principalmente as implicações do regime da comunhão parcial de bens na concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes (ou o equivalente em sede de união estável), a solução de algumas controvérsias passa necessariamente pela investigação da dinâmica patrimonial que envolve estas duas espécies de separação (legal e convencional) elencadas na categoria dos regimes de bens aprestos, segundo a capitulação aqui proposta.

⁹⁶ Desde já, aponta-se que excepcionalmente pode haver a comunicabilidade patrimonial em sede de separação de bens. Seja na modalidade convencional, quando por exemplo as partes convencionam via pacto antenupcial que determinados bens serão comuns ou realizam aquisições em condomínio, assim como na modalidade da separação legal diante da incidência do disposto na Súmula 377 do STF (“No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”), que tem por escopo incidir sobre os bens adquiridos onerosamente por esforço comum durante o curso do casamento.

⁹⁷ Neste ponto, veja-se o que dispõe o art. 1.647 do Código Civil: “Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III - prestar fiança ou aval; IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.”

⁹⁸ Art. 1.687 do Código Civil: “Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.”

⁹⁹ Todavia, não se eximem de concorrer em conjunto na manutenção da família na proporção de seus bens, do que decorre a comunicação das dívidas ou empréstimos contraídos na compra do necessário à economia doméstica. Neste particular, consultem-se os arts. 1.688, 1.643 e 1.644 do Código Civil.

¹⁰⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Lei (Orgs.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 395; DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 227.

Conforme dito, o microsistema normativo da separação de bens no Código Civil (em especial os arts. 1.647 e 1.687) demonstra certa identidade material entre as duas espécies de separação: é detido por cada cônjuge individualmente considerado o poder de administrar, fruir e dispor de seus bens. Este poder de reger a própria vida patrimonial em um caso advém das forças da própria lei; e noutro, resulta da eficácia do pacto antenupcial celebrado pelos nubentes.

É com base nesta identidade ontológica que existe fundamento em sustentar que *toda separação de bens é obrigatória*, quer por força da própria disposição legal, quer por força da vontade das partes. Neste último caso, a obrigatoriedade é um desdobramento inarredável da própria convenção dos nubentes. Afinal, de que adiantaria um pacto antenupcial despido da força normativa necessária a embasar o estatuto patrimonial dos cônjuges? Eis, portanto, o inquestionável indício da obrigatoriedade mencionada.

Acredita-se ter ocorrido uma atecnia legislativa em relação à topografia da norma que estabeleceu as situações em que a obrigatoriedade do regime ocorreria *ex vi legis*¹⁰¹, a qual foi projetada no capítulo das “Disposições Gerais” relativas aos regimes de bens, quando de fato melhor estaria se aposta no capítulo especificamente desenhado para comportar as hipóteses de vigência do regime da separação de bens, onde a separação obrigatória “por força de lei” que foi prevista no art. 1.641 do Código Civil ladearia a separação obrigatória “por força de convenção das partes” veiculada no art. 1.687.

Pelo entendimento de que a separação obrigatória é gênero que congrega as espécies legal e convencional é a lição de Miguel Reale:

[...] duas são as hipóteses de separação obrigatória: uma delas é a prevista no parágrafo único do art. 1.641, abrangendo vários casos; a outra resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens. A obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do

¹⁰¹ Art. 1.641 do Código Civil: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.”.

pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão 'separação obrigatória' aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1.641.¹⁰²

Em Parecer da lavra do mesmo Miguel Reale em coautoria com a eminente professora gaucha Judith Martins-Costa, esclareceu-se que a falta de clareza no tratamento do tema da obrigatoriedade do regime de separação de bens ocorreu, dentre outros motivos, pelo fato de o Código ter elevado o cônjuge à categoria de herdeiro necessário como forma de protegê-lo numa eventual partilha sucessória caso não dispusesse de recursos próprios. Nessa ordem de ideias, a proteção do cônjuge supérstite tornou-se um imperativo decorrente da edição da Lei n. 6.515/77 (que modificou o regime legal de bens para o da comunhão parcial, isto na mesma época em que era elaborado o projeto original do Código), de modo que referida proteção

[...] não alcança nem pode alcançar *os que têm e decidiram ter patrimônios totalmente distintos*, mormente quando *a incomunicabilidade resulta da estipulação feita pelos nubentes*, antes do casamento, optando pela separação de bens. Nesse caso, *a obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes*. Por isso afirmamos que a expressão “separação obrigatória” não é aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1.641, mas a quaisquer casos de separação total.¹⁰³

Ainda que não se adote esta relação de gênero e espécie (a dizer que a separação obrigatória abrange as modalidades legal e convencional) não se pode negar que, ontologicamente considerados, tais regimes guardam entre si uma identidade justamente no quesito da obrigatoriedade, cada qual em sua exteriorização formal (*ex lege* ou *ex contractu*).

Vale cogitar que foi a *praxis* forense que impulsionou os operadores do direito a não enxergar a obrigatoriedade como ponto comum nas espécies que integram o regime de separação de bens. Isto porque diuturnamente colhe-se de peças processuais e de várias obras jurídicas a referência ao art. 1.641 do Código Civil como *separação legal obrigatória* ou

¹⁰² REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 63.

¹⁰³ REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial (Parecer oferecido aos Doutores Sebastião Ferreira e Ricardo da Cunha Ferreira). *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo, n. 24, v. 6, p. 205-228, 2005 (grifos no original). As reflexões exaradas no referido parecer foram mais tarde reeditadas sob a forma de artigo científico em MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O direito sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito à herança. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 112, v. 31, p. 79-87, 2011.

ainda *separação legal* ou *obrigatória*. A reiteração desta expressão levou à crença equivocada — com as vênias daqueles que aderem a tal entendimento — de que a separação legal poderia ser alternativamente denominada obrigatória, e que somente esta modalidade seria dita “obrigatória”, quando na realidade toda separação de bens merece tal predicativo, daí porque mais apropriado seria mencionar também a separação convencional obrigatória.¹⁰⁴

Pensar diversamente importaria concordar com a possibilidade de os cônjuges negarem vigência a um pacto antenupcial formal e materialmente válido, passando a rejeitar as prerrogativas assinaladas, por exemplo, pelo art. 1.687 (que trata da livre disposição dos bens na separação convencional) para se curvar a obrigações típicas de regimes outros.

Por ora, é o que se cumpre ponderar, uma vez que a questão será revisitada quando da análise da concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes, onde será verificado que, a depender do entendimento adotado, o cônjuge supérstite que foi casado pelo regime de separação convencional de bens poderá ou não ser considerado herdeiro necessário do hereditando.¹⁰⁵

3.2.2 Separação legal e separação convencional de bens

Em essência, o que pretendeu o legislador ao prever um regime de separação de bens foi justamente que não exista patrimônio comum, de modo que cada cônjuge seja o proprietário exclusivo daquilo que lhe pertença, quer tenha adquirido antes ou durante o casamento¹⁰⁶. Não há, como regra geral, condomínio de metades ou qualquer expectativa de direito de propriedade a se materializar no momento da extinção do vínculo, pois o casamento

¹⁰⁴ Ousa-se dizer, em última análise, que o adjetivo “obrigatória” soa como um excesso de ordem pleonástica, na melhor comparação com expressões como “subir para cima” ou “descer para baixo”. Ademais, se a separação de bens pode ser obrigatória tanto por lei como por convenção dos nubentes, assim também ocorre com a comunhão universal que obriga as partes pelo pacto antenupcial que assinaram, e nem por isso se diz “comunhão universal obrigatória”.

¹⁰⁵ Neste particular, confira-se o capítulo 4 deste estudo.

¹⁰⁶ LOTUFO, Maria Alice Zaratini. *Curso Avançado de Direito Civil*. v. 5. São Paulo: RT, 2002. p. 106.

não repercutirá na esfera patrimonial dos cônjuges¹⁰⁷.

Esta, porém, não é uma regra estanque, pois excepcionalmente poderá haver comunicação patrimonial no regime de separação, conforme se passa a aduzir.

Conforme antes mencionado, o que diferencia a separação legal da convencional é o fato de que naquela a incomunicabilidade patrimonial decorre diretamente de imposição de texto de lei (no caso, o art. 1.641 do Código Civil), ao passo que na outra a dissociação tem escopo na vontade solenemente formalizada pelas partes por meio de pacto antenupcial (atendidos os rigores dos arts. 1.653 a 1.657 do Código Civil)¹⁰⁸.

A mencionada imposição do regime de separação legal no ordenamento brasileiro pelo art. 1.641 do Código Civil¹⁰⁹ pode ser vista como um retrocesso da codificação em razão de seu viés punitivo, que tem lugar diante de violação de algum dos impedimentos matrimoniais do art. 1.523 do Código Civil¹¹⁰, de atingimento da idade de 70 anos por algum dos nubentes ou de matrimônio que dependa de suprimento judicial.

A doutrina faz severas críticas aos parâmetros de compulsoriedade que exsurtem da separação legal. Para Maria Berenice Dias,

¹⁰⁷ Salvo na incidência da Súmula 377/STF, que será tratada adiante, ou nas hipóteses previstas no art. 1.829, II e III do Código Civil.

¹⁰⁸ A validade e a eficácia do pacto antenupcial estão condicionadas ao atendimento dos requisitos expostos nos arts. 1.640, parágrafo único e 1.653 a 1.657 do Código Civil.

¹⁰⁹ Segundo o art. 1.641 do Código Civil: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial”. A rigor, trata-se de inegável exceção à faculdade segundo a qual os nubentes podem estipular o que lhes aprouver quanto a seus bens (art. 1.639 do Código Civil), na esteira do que se colhe do magistério de Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “Por força de circunstâncias de ordem pública, reputadas relevantes em razão da especial proteção de algumas pessoas ou situações, mitiga o legislador, neste art. 1.641, a liberdade de escolha do regime patrimonial do casamento, impondo aos nubentes um regime específico: o da separação obrigatória de bens.” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *et alii*. Do Direito de Família: Direito Patrimonial. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. v. XV. Rio de Janeiro: Forense., 2005. p. 55). No mesmo sentido, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. v. 5. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 182.

¹¹⁰ Dispõe o Código Civil a respeito dos impedimentos matrimoniais (causas suspensivas): “Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.”

trata-se de mera tentativa de limitar o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem desobedece o conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar é impor sanções patrimoniais.¹¹¹

E aduz a advogada gaucha ao tratar das hipóteses de cabimento da separação legal por força de idade:

a mais desarrazoada é a que impõe tal sanção aos nubentes maiores de 60 anos [*rectius*, 70 anos, a partir da Lei n. 12.344/10], em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso. A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva) se constituiu em verdadeira sanção. Em todas as outras previsões legais que impõem a mesma sanção, ao menos existem justificativas de ordem patrimonial, ou seja, consegue-se identificar a tentativa de proteger o interesse de alguém. Com relação aos idosos, há presunção absoluta de senilidade. 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.^{112, 113}

Em que pese a objetividade das regras do regime de separação legal de bens, um estatuto que se baseie na imposição de massas patrimoniais independentemente tituladas por cada cônjuge ao suposto argumento de proteger suas respectivas fortunas não está isento de injustiças¹¹⁴. Atento a este fato, ainda em 1964, o Supremo Tribunal Federal interferiu na matéria para editar a Súmula 377, com o objetivo de evitar o enriquecimento ilícito de um dos membros do par nos casamentos sujeitos à obrigatoriedade da separação legal de bens, pois o patrimônio granjeado por esforço comum durante o matrimônio terminava nas mãos de um só cônjuge (geralmente o homem) uma vez que formalmente registrados os bens em seu nome.

¹¹¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 229.

¹¹² Ressalte-se que nas demais hipóteses de separação legal o juiz pode afastar a obrigatoriedade, mediante pedido fundamentado *ex vi* do art. 1.523, parágrafo único do Código Civil, que prevê: “Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.”.

¹¹³ Nada obsta, outrossim, que após o casamento os cônjuges se valham da possibilidade de alteração do regime com fulcro no art. 1.639 do Código Civil, a teor do que sustenta o Enunciado 262 do Conselho de Justiça Federal: “A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs.”.

¹¹⁴ Não seria esta a sede adequada a ingressar no debate acerca da constitucionalidade do regime da separação legal, especialmente nas hipóteses que envolvem o requisito etário. *Legem habemus*, portanto, em que pese a importância do tema. Confira-se, no ponto, DIAS, Maria Berenice. Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar. In: DELGADO, Mário Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. v. 2. São Paulo: Método, 2004. p. 265-282.

O referido enunciado sumular assim estabeleceu: “No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Com efeito, o advento da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal teve o escopo de afastar o enriquecimento do consorte que figurava como titular registral dos bens em detrimento daquele outro que concorrera para sua aquisição, mas não podia lançar mão de requerer sua meação ao tempo da partilha pois sequer detinha a expectativa de direito a um condomínio de metades sobre tais bens em razão do regime de separação legal.

Estava aberta, portanto, a possibilidade de *excepcionalmente* ocorrer condomínio de metades caso os cônjuges aos quais foi imposta por lei a separação obrigatória de seus bens viessem a adquirir patrimônio por esforço mútuo durante a vigência de seu matrimônio^{115, 116}.

¹¹⁵ Veja-se ainda que muito embora a restrição de idade não se imponha textualmente em sede de união estável (o que, a rigor, reforçaria neste específico caso um incoerente tratamento desigualitário dispensado ao casamento), a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aponta no sentido de estender ao estatuto dos companheiros maiores de 70 anos a separação legal de bens com comunicação dos aquestos hauridos durante a união por incidência da Súmula 377/STF. Em acórdão da lavra da eminente Ministra Nancy Andrighi, restou assim consignado: “[...] 2. O regime de bens aplicável na união estável é o da comunhão parcial, pelo qual há comunicabilidade ou meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união, prescindindo-se, para tanto, da prova de que a aquisição decorreu do esforço comum de ambos os companheiros. 3. A comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, as quais merecem interpretação restritiva, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada caso. 4. A restrição aos atos praticados por pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. 5. Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1171820/PR, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em: 07 dez. 2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015). No mesmo sentido, confira-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1090722/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, julgado em: 02 mar. 2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 915297/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em: 13 nov. 2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº 736627/PR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 2ª Seção, julgado em: 25 jun. 2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015. Igualmente, porém a considerar que o esforço comum depende de prova, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 646259/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em: 22 jun. 2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015. [nota do autor: os julgados citados são anteriores à vigência da Lei n. 12.344/10, que elevou para 70 anos o requisito etário da separação legal]. Registra-se, todavia, respeitável doutrina em sentido contrário, a argumentar que uma norma restritiva do direito à liberdade de eleição do regime de bens, que como tal é o art. 1.641 do Código Civil, deve ser interpretada restritivamente: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 412; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 161; DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 166; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Eficácia do regime de bens no casamento e na união estável. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, n. 70, p. 417-448, 2011.

¹¹⁶ Os entendimentos referenciados na nota anterior apenas não se aplicam quando se tratar de união estável preexistente que foi convertida em casamento após um dos companheiros-nubentes atingir a idade de 70 anos.

Restava apenas atestar se o esforço comum seria presumido (tal como ocorre nos regimes de bens aquestos) ou se diante da excepcionalidade do caso subsistiria necessidade de prova. Neste ponto, a jurisprudência diverge. O precedente pretoriano é de 1977, sob a lavra do eminente Ministro Moreira Alves:

[...] Em casos que tais, por se tratar de disciplina de regime de bens e não de sociedade de fato, para a comunicação dos bens basta sua aquisição na constância do casamento, entendida esta expressão como sociedade conjugal e não como vínculo matrimonial, tanto assim que, com o desquite (que só dissolve a sociedade conjugal), se põe termo ao regime matrimonial de bens, como se o casamento (isto é, o vínculo) fosse dissolvido (art. 322 do Código Civil). O equívoco do agravante foi o de entender que a sociedade conjugal se extingue com a simples separação de fato, o que não é certo. Agravo regimental a que se nega provimento.¹¹⁷

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça comunga do mesmo entendimento, conforme se vê em excerto relatado pela Ministra Nancy Andrighi:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE SEXAGENÁRIOS. REGIME DE BENS APLICÁVEL. DISTINÇÃO ENTRE FRUTOS E PRODUTO.

[...]

3. A comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, as quais merecem interpretação restritiva, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada caso.

4. A restrição aos atos praticados por pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

5. Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. [...]¹¹⁸

Firmando o contraponto, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da necessidade de prova do esforço comum¹¹⁹:

Neste particular: “O reconhecimento da existência de união estável anterior ao casamento é suficiente para afastar a norma, contida no Código Civil/16, que ordenava a adoção do regime da separação obrigatória de bens nos casamentos em que o noivo contasse com mais de sessenta, ou a noiva com mais de cinquenta anos de idade, à época da celebração. As idades, nessa situação, são consideradas reportando-se ao início da união estável, não ao casamento.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 918643/RS, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em: 26 abr. 2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015). Anote-se ainda o que recomenda o Enunciado 261 do Conselho de Justiça Federal: “A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.” [nota do autor: o Enunciado em questão é anterior à vigência da Lei n. 12.344/10, que elevou para 70 anos o requisito etário da separação legal]

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 70303 AgR/RJ, rel. Min. MOREIRA ALVES, 2ª Turma, julgado em: 10 maio 1977. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1171820/PR, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em: 07 dez. 2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

¹¹⁹ A controvérsia foi alçada à 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça com vistas a uniformização do entendimento acerca da aplicação da Súmula 377/STF em sede de união estável entre sexagenários,

DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 258, § ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.

1. Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta.

2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF.

3. Recurso especial provido.¹²⁰

Na doutrina as posições são variantes, mas se verifica certa inclinação ao entendimento pretoriano que é corroborado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a comunicação decorrente da Súmula 377 é automática, assim o fazendo Luiz Paulo Vieira de Carvalho e Maria Berenice Dias¹²¹.

Não se desconhece a existência de entendimentos no sentido da perda da aplicabilidade da Súmula 377/STF após o advento do Código Civil de 2002, tendo em vista que o dispositivo legal em que se fundara o verbete (art. 259 do Código Civil de 1916) não foi repetido no novo texto, circunstância que, portanto, afastaria sua aplicação¹²².

prevalecendo o entendimento da 4ª Turma, no sentido da necessidade de prova do esforço comum: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). DISSOLUÇÃO. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. PARTILHA. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. Nos moldes do art. 258, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos (matéria atualmente regida pelo art. 1.641, II, do Código Civil de 2002), à união estável de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. Nessa hipótese, apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha. 3. Embargos de divergência conhecidos e providos para negar seguimento ao recurso especial.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº 1171820/PR, Rel. Min. Raul Araújo, 2ª Seção, julgado em 26 ago. 2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 646259/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em: 22 jun. 2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

¹²¹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito Civil: Questões Fundamentais e Controvérsias na Parte Geral*, no Direito de Família e no Direito das Sucessões. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 289; DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 232.

¹²² Nesse sentido, CAHALI, Francisco José. A Súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 76, p. 27-32, 2004. Também assim, CHINELATO, Silmara Juny. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil: Do Direito de Família*. v. 18. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 398. Contrariamente, pela prevalência do verbete, em função não apenas da vedação ao enriquecimento ilícito mas também em prestígio ao princípio da solidariedade social, confira-se FIUZA, Ricardo. *Relatório geral da comissão especial do Código Civil (apud CHINELATO, Silmara Juny*. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). *op. cit.*, p. 291). Nada obstante, a subsistência do enunciado para todos os incisos do art. 1.641 do Código Civil não está imune a críticas, como se colhe em TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre regime de bens no Novo Código Civil. *Revista de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo

Seja como for, aderindo-se à tese que sufraga a prevalência do verbete e na esteira do que foi exposto, é bem sustentar que se a lógica que inspirou a Súmula 377/STF foi a de dar tratamento de comunhão parcial para os fatos patrimoniais ocorridos na constância do casamento com o objetivo de corrigir eventuais discrepâncias verificadas na partilha (ainda que vigente a separação legal), e se no regime da comunhão parcial existe a presunção de comunicabilidade dos bens adquiridos em sua vigência (art. 1.725 do CC), *não seria coerente pensar de outro modo quando da aplicação do verbete pretoriano.*

Não significa dizer que a presunção seja absoluta nestes casos (daí com muita razão as cautelas preconizadas pelos julgados da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça) pelo que a prudência recomenda que se admita a possibilidade de o interessado ilidir a comunicabilidade produzindo prova em sentido contrário.

Em outras palavras, deve-se dispensar o supérstite da prova do esforço comum, que se dá por presumido, mas não se pode excluir aos herdeiros afetados pelo decotamento da meação a possibilidade de desconstituírem essa presunção opondo ao sobrevivente algum fato ou comportamento que, à luz da cláusula geral de boa-fé objetiva se mostre incompatível com a comunicabilidade.

Seja qual for a corrente adotada quando à natureza da presunção que incide sobre a comunicabilidade, e daí a justificativa para tal digressão, é possível afirmar que a incidência da Súmula 377/STF não desnatura a separação legal como um regime de bens aprestos em sua essência, na mesma medida em que os casados em separação convencional podem adquirir bens em condomínio ou contemplar o outro cônjuge em testamento ou por doação sem que isto descure a natureza de seu estatuto patrimonial.

3.3 Dos regimes de bens aquestos

Dentre os regimes patrimoniais em que se registram bens comuns partilháveis estão a comunhão universal, a comunhão parcial, a participação final nos aquestos e comunhão parcial como regime supletivo da união estável sem pacto de convivência.

3.3.1 Comunhão universal de bens

Até a edição da Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio), a comunhão universal era adotada como regime legal dispositivo no ordenamento brasileiro, o que significa dizer que na ausência do antecedente pacto antenupcial comunicavam-se entre os cônjuges todos os seus bens presentes e futuros, e também suas dívidas.¹²³

A importância do regime na atualidade é residual e está ligada aos casamentos ocorridos antes de 1977 (pois em sua grande maioria foram celebrados neste que era o regime legal) e aos raríssimos casos em que vem a ser eleito pelos cônjuges.¹²⁴

O regime — que congrega em uma única massa patrimonial os bens trazidos pela mulher e pelo homem e também aqueles que adquiriram durante o casamento — teve seu apogeu durante toda a época da família patriarcalizada e passou a declinar quando sofreu os efeitos da emancipação feminina e do enfraquecimento da *pater familiae*¹²⁵. Seu maior mérito era o de assegurar à mulher a igualdade patrimonial que decorria de seu direito à meação dos bens que foram universalizados entre os membros do par.

¹²³ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 752.

¹²⁴ A anotação é de LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 351.

¹²⁵ Segundo esclarece Maria Berenice Dias: “O primeiro grande marco para romper a hegemonia masculina foi em 1962, quando da edição da Lei 6.121. O chamado Estatuto da Mulher Casada, devolveu a plena capacidade à mulher, que passou à condição de colaboradora na administração da sociedade conjugal. Mesmo tendo sido deixado para a mulher a guarda dos filhos menores, sua posição ainda era subalterna. Foi dispensada a necessidade da autorização marital para o trabalho e instituído o que se chamou de bens reservados, que se constituía do patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho. Esses bens não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que presumivelmente contraídas em benefício da família. O passo seguinte, e muito significativo, foi a Lei do Divórcio, aprovada em 1977.” (DIAS, Maria Berenice. *A mulher no Código Civil*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf. Acesso em: 01 dez. 2015).

Com efeito, todo o patrimônio dos consortes no regime universal é mantido num estado indistinto de mancomunhão, de modo que todos os ingressos neste acervo se dão em favor do casal na eventual apuração do direito ao “condomínio por metades”, pouco importando quem adquiriu o bem ou o momento em que foi havido, seja antes ou depois do matrimônio (pois, como regra, os bens particulares anteriores entram no patrimônio do casal na condição de bens comuns).

A universalização do patrimônio não é absoluta, pois cede perante as exclusões determinadas em lei (art. 1.668 do Código Civil)¹²⁶ ou decorrentes das estipulações de vontade dos cônjuges no pacto antenupcial que é necessário à vigência do estatuto em questão (arts. 1.639 e 1.655 do Código Civil), desde que não contrárias às prescrições legais¹²⁷.

A existência desses bens excepcionalmente incomunicáveis (que neste estudo serão denominados “aprestos extraordinários”) é uma realidade que se verifica, por exemplo, na hipótese em que, casados pelo regime de comunhão universal, os cônjuges não possuíam patrimônio anterior (logo, nada trouxeram à comunhão), todavia adquiriram bens no curso da sociedade conjugal (é dizer, adquiriram aquestos). Contudo, neste cenário vigente durante o casamento, o marido recebeu doação de um imóvel que foi gravado com cláusula de incomunicabilidade, sendo este bem igualmente inventariado após sua morte.

Amolda-se o caso descrito, portanto, à hipótese de bem excepcionalmente incomunicável (art. 1.668, I do Código Civil), verdadeiro apresto extraordinariamente havido no curso de um regime de comunicação universal.

¹²⁶ Neste sentido, diz o art. 1.668 do Código Civil: “São excluídos da comunhão: I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.”

¹²⁷ É o que dispõe o art. 1.639 do Código Civil: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.” E quanto à nulidade mencionada, diz o art. 1.655: “É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.”

Na essência, com um olhar mais conceitual sobre a espécie apresentada, afigura-se possível dizer que uma comunhão universal com aprestos extraordinários do art. 1.668 não é diferente, ao menos em tese, de uma comunhão parcial: ambas possuem bens comunicáveis coexistindo com uma massa patrimonial comum.

Essa visão será de muita utilidade quando o tema for revisitado durante a abordagem da concorrência sucessória no casamento regido por comunhão parcial de bens e na união estável sem pacto convивencial.¹²⁸

3.3.2 Comunhão parcial de bens

Dentre todas as espécies listadas neste capítulo, a comunhão parcial é considerada o mais importante regime de bens do ordenamento, por se tratar do mais difundido entre a população uma vez que é o *regime legal dispositivo*, entrando em vigência diante da celebração de casamento sem pacto antenupcial.¹²⁹

A definição de Silvio Rodrigues é sempre oportuna:

Regime da comunhão parcial é aquele em que basicamente se excluem da comunhão os bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior ao casamento, como as doações e sucessões; e em que entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente, em regra a título oneroso.¹³⁰

Discorda-se, neste particular, do que a maioria da doutrina repete há décadas no sentido de que a comunhão parcial seria um regime misto, pois formado em parte pela comunhão universal e em parte pela separação de bens¹³¹.

Não há dúvida de que quanto aos bens excluídos da comunhão se está olhando para uma separação patrimonial pois, afinal, são bens aprestos. Todavia, é de se recordar que no

¹²⁸ Neste particular, confira-se a análise pormenorizada dos capítulos 5, 6 e 7 deste estudo.

¹²⁹ Neste sentido é o art. 1.640 do Código Civil: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.”

¹³⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 6. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 178.

¹³¹ Por todos, GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 6. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 427.

regime universal, os bens outrora considerados particulares de cada consorte e livres das exclusões legais (art. 1.667 c/c art. 1.668 do Código Civil) são trazidos para dentro da comunhão no momento do casamento, perdendo esse *status* de particulares para se tornarem aquestos^{132, 133}. Tal não ocorre na comunhão parcial: os bens individuais antes intangíveis permanecem nesta condição (comunicar-se-ão apenas os seus frutos, segundo o art. 1.660, V do Código Civil), tornando-se aquestos apenas os bens adquiridos após o matrimônio, inclusive aqueles que eventualmente venham a ser registrados em nome de um só cônjuge, à inteligência do art. 1.660, I do Código Civil.^{134, 135}

Daí dissentir da douta maioria para asseverar que não se está diante de uma comunhão universal. Talvez fosse o caso de sustentar — adotando fundamento diverso — que a comunhão parcial é, de fato, um regime misto, porém formado em parte pela separação de bens e noutra parte por uma comunhão de aquestos *supervenientes* (e que sejam livres da intangibilidade), ao passo que o regime universal seria uma comunhão de aquestos *antecedentes e supervenientes*.

O que parece um jogo de palavras na realidade é uma análise ontológica dos regimes de bens. Somente seria possível aventar um único caso em que o regime parcial será

¹³² Art. 1.667 do Código Civil: “O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.”

¹³³ Art. 1.668 do Código Civil: “São excluídos da comunhão: I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.”

¹³⁴ Sobre os bens intangíveis na comunhão parcial, veja-se o que diz o art. 1.659 do Código Civil: “Excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III - as obrigações anteriores ao casamento; IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.”

¹³⁵ Sobre os bens que são considerados comuns, tem-se a regra do art. 1.660: “Entram na comunhão: I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.”

equivalente ao regime universal: trata-se da hipótese de uma comunhão parcial *sem bens particulares anteriores ou legalmente excluídos*, que nada mais seria do que uma comunhão universal, pois o patrimônio conjugal será composto apenas de aquestos, tal como na regra geral do regime universalista.

Não sendo esta a sede para maiores digressões sobre o elenco de bens que integram ou são excluídos da comunhão parcial, resta estabelecer no regime em análise a existência de três massas patrimoniais: os bens do cônjuge A, os bens do cônjuge B e os bens comuns. Na porção de cada um dos consortes estão seus bens particulares, isto é, sua propriedade individualizada anterior ao casamento ou mesmo aqueles bens que por força de uma causa legal permaneceram incomunicáveis. Na porção comum estão os aquestos do casal, de onde cada um do par recolherá sua meação no momento da dissolução do vínculo.

3.3.3 Participação final nos aquestos

Inovação do Código de 2002, a participação final nos aquestos inaugurou um capítulo inédito na experiência brasileira ao agregar elementos de outros regimes de bens (comunhão parcial e separação convencional total), aliada a uma apuração contábil de perdas e ganhos individuais.

Segundo a síntese de Paulo Luiz Netto Lôbo,

[...] os bens adquiridos antes ou após o casamento constituem patrimônios particulares dos cônjuges, da mesma forma que as dívidas que cada um contrai, mas, na dissolução da sociedade conjugal, os bens são considerados segundo o modelo da comunhão parcial.¹³⁶

Nascendo de convenção dos nubentes¹³⁷, durante o casamento guiado por este regime híbrido aplicam-se as regras da separação convencional total e, após sua dissolução, as da comunhão parcial. Cada cônjuge possui seu próprio patrimônio, sendo-lhe garantido o direito

¹³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 359.

¹³⁷ Art. 1.640, parágrafo único do Código Civil: “Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas”.

à metade dos bens adquiridos onerosamente por cada membro do casal no decurso do matrimônio, que será apurado por meio de uma conta de acertamento destinada a ajustar e equilibrar tais acréscimos entre os consortes.

Nelson Nery Júnior bem sintetiza a dinâmica do regime da participação final nos aquestos, *in verbis*:

Pelo regime de participação final dos aquestos, os cônjuges vivem sob verdadeira separação de bens, vale dizer, cada cônjuge tem a livre administração de seus próprios bens, enquanto durar a sociedade conjugal. A eficácia desse regime de bens quanto à efetiva participação final dos aquestos só surge com o fato jurídico da dissolução da sociedade conjugal. Antes disso, o casal vive sob o regime de separação de bens. Na constância da sociedade conjugal, tudo o que os cônjuges adquirem integrará, respectivamente, a massa do patrimônio de cada um. No momento da dissolução da sociedade conjugal, serão apurados os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, a título oneroso e, divididos pela metade para cada um dos cônjuges.¹³⁸

Por oportuno, vale mencionar o entendimento do mestre Caio Mário da Silva Pereira e também o do professor da Universidade de São Paulo Gustavo Ferraz de Campos Mônaco no sentido de que o regime da participação final nos aquestos estaria incluído na comunhão parcial, uma vez que dissolvida a sociedade conjugal, aqueles bens que antes eram administrados exclusivamente por um dos consortes serão partilhados segundo regras semelhantes a de uma comunhão parcial.¹³⁹

Importa registrar, finalmente, que a morte de um dos cônjuges não tem o condão de alterar o critério de participação nos aquestos. Isto porque o decesso do consorte desencadeará a apuração do patrimônio próprio de cada um dos membros do par e a meação que será encaminhada ao supérstite, bem como o monte a ser partilhado entre os herdeiros.¹⁴⁰

¹³⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. São Paulo: RT, 2003. p. 743.

¹³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15. ed. rev. e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 149; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito sucessório no novo Código Civil: problemática dos cônjuges, conviventes e concubinos. In: PASCHOAL, Frederico A.; SIMÃO, José Fernando (Orgs.). *Contribuições ao Estudo do Novo Direito Civil*. Campinas: Millennium, 2004. p. 330.

¹⁴⁰ Referenciando o texto do art. 1.685 do Código Civil, esta é a lição de Carlos Roberto Gonçalves. Neste sentido, GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 6. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 447. Não sendo esta a sede adequada para o desenvolvimento das demais características e controvérsias no tema, confira-se ZEBULUM, José Carlos. *O Regime da Participação Final nos Aquestos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 339p.

3.3.4 União estável

A união estável enquanto instituto do Direito Civil é um fenômeno autônomo, com regramentos e características próprias. Não é um regime de bens — é algo muito maior — mas, pelo fato de possuir em seu macrossistema jurídico normas atinentes ao direito patrimonial de seus integrantes, optou-se didaticamente por incluí-la neste capítulo.

O que hoje se entende por união estável ou de mútua convivência outrora era identificado como *concubinato*, instituto jurídico que existia à margem da lei e que foi elevado constitucionalmente à condição de entidade familiar pela Carta de 1988, passando a ser entendido como o vínculo existente entre duas pessoas que se relacionam com o intuito de constituir família dispensando as formalidades do casamento civil (art. 226, §3º da Constituição da República, com a leitura dirigida pelo julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 no Supremo Tribunal Federal)^{141, 142}.

Mesmo após a Constituição da República atribuir à união estável o devido reconhecimento como uma das modalidades de configuração de família, foram necessários seis anos para pacificar a controvérsia formada entre doutrina e jurisprudência no que tange à partilha do patrimônio amealhado pelos conviventes no curso de sua união.

Com o advento da Lei n. 9.278/96 foram dados os primeiros passos para a consolidação de um regime legal de bens para a união estável¹⁴³. Tudo aquilo em que antes se

¹⁴¹ Art. 226, §3º da Constituição da República: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. A jurisprudência referida trata do julgamento da controvérsia constitucional que reconheceu como possível a configuração de entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo em decorrência de uma união contínua, pública e duradoura (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 132 e ADI 4277 (julgamento conjunto), rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em: 05 maio 2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

¹⁴² MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1048.

¹⁴³ A respeitada professora paulista Débora Gozzo aponta que o codificador de 2002 foi corajoso a ponto de, no que concerne ao regime de bens, praticamente equiparar direitos de companheiros e de cônjuges, o que significou evolução em contraste com o cenário previsto na Lei 9.278/96, na qual o legislador afirmava que os bens adquiridos a título oneroso durante a constância da união estável seriam havidos em condomínio, não se tratando, portanto, propriamente de um regime de bens. Nesse sentido, GOZZO, Débora. A escolha de Sofia:

divergia entre considerar a união estável uma sociedade de fato e partilhar na medida da contribuição de cada um do par (Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal) ou equiparar a união estável ao casamento (em interpretação analógica) foi resolvido pelo texto do art. 5º da Lei n. 9.278/96, que estabeleceu o direito a um condomínio entre os companheiros e em partes iguais sobre os bens móveis e imóveis havidos onerosamente por qualquer deles na constância da convivência (de forma similar ao condomínio de metades previsto para a comunhão parcial de bens), ressalvada disposição em contrário.^{144, 145}

É dizer, a discussão acerca dos efeitos patrimoniais da união estável perdeu terreno com o reconhecimento do condomínio entre os conviventes, como bem enuncia Rolf Madaleno:

A divergência sobre a concessão da meação dos bens amealhados na constância da união estável, com a presunção do esforço comum, ainda que restrito ao trabalho doméstico, passou a ser sufragada pela doutrina e pela jurisprudência majoritárias, fazendo jus a companheira à divisão igualitária dos bens aqwestos, transportando definitivamente para a união estável o regime da comunhão parcial de bens, como consagrado depois pelo Código Civil vigente (art. 1.725), sempre ressalvada a existência de contrato escrito entre os companheiros.¹⁴⁶

Questionou-se, todavia, qual a natureza dessa presunção de esforço comum, se absoluta ou relativa, prevalecendo a noção de que seria desnecessário a um convivente comprovar participação financeira na aquisição onerosa do outro, muito mais quando se tem em mente que esforços imateriais como serviços em prol da entidade familiar, desvelo com a prole, amparo psicológico e afetivo com o outro convivente — e outros tantos fatores que determinam a existência dos laços familiares e contribuem para um ambiente propício à

companheiro ou cônjuge. Discriminação no Direito de Família brasileiro. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 9, n. 2, p. 103-117, 2009.

¹⁴⁴ Assim dispunha o art. 5º da Lei n. 9.278/95: “Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito”. Com o advento do Código Civil de 2002, o dispositivo veio a ser derogado pelo art. 1.725: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

¹⁴⁵ Registre-se ainda que a presunção plena de comunhão dos bens havidos durante a convivência deve ser compatibilizada com as regras constantes dos art. 1.659 (bens excluídos da massa patrimonial comum) e 1.660 do Código Civil (bens que integram a comunhão).

¹⁴⁶ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1072. No mesmo sentido, TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre regime de bens no Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, Magister/IBDFAM, n. 2, v. 9, p. 5-21, 2008.

vivência social e profissional — favorecem a formação de um patrimônio economicamente apreciável. Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme arestos adiante colacionados:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO. PARTILHA DE BENS. COMPROVAÇÃO DE ESFORÇO COMUM.

1. A Lei 8.971/1994, não tratava diretamente da questão relativa aos bens amealhados durante a constância da união estável, na hipótese de dissolução desta por vontade dos companheiros, não podendo, assim, servir como parâmetro para a divisão patrimonial de união estável ocorrida durante sua vigência.

1- A Lei 9.278 organiza, ou fixa, sistemática própria para a produção de provas relativas à existência de esforço comum dentro da união estável, pois cristaliza a presunção *iure et de iure* de que há esforço comum, fazendo incidir à questão, o disposto no art. 334, IV, do CPC, quanto a desnecessidade de se provar os fatos "em cujo favor milita presunção legal de existência de veracidade.

2. Pela natureza processual dessa presunção de esforço comum, aplica-se a norma desde o momento da vigência da Lei, para suprir a produção de provas quanto a existência de esforço comum, que passa, a partir de então, a ser simplesmente presumido.

3 - Recurso não provido.¹⁴⁷

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DE BENS. COMUNHÃO PARCIAL. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE CONTRIBUIÇÃO DE AMBOS OS CONVIVENTES. PATRIMÔNIO COMUM. SUB-ROGAÇÃO

¹⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1159424/RN, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em: 05 jun. 2012. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 31 jan. 2013. Observe-se que no que respeita aos bens adquiridos anteriormente à Lei 9.278/96, a presunção de esforço comum é relativa, conforme se depreende do excerto adiante transcrito: "RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. INÍCIO ANTERIOR E DISSOLUÇÃO POSTERIOR À EDIÇÃO DA LEI 9.278/96. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE ANTES DA VIGÊNCIA DA NORMA LEGAL. [...] 3. A violação aos princípios do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada encontra vedação em dispositivo constitucional (art. 5º XXXVI), mas seus conceitos são estabelecidos em lei ordinária (LINDB, art. 6º). Dessa forma, não havendo na Lei 9.278/96 comando que determine a sua retroatividade, mas decisão judicial acerca da aplicação da lei nova a determinada relação jurídica existente quando de sua entrada em vigor - hipótese dos autos - a questão será infraconstitucional, passível de exame mediante recurso especial. Precedentes do STF e deste Tribunal. 4. A presunção legal de esforço comum na aquisição do patrimônio dos conviventes foi introduzida pela Lei 9.278/96, devendo os bens amealhados no período anterior a sua vigência, portanto, serem divididos proporcionalmente ao esforço comprovado, direto ou indireto, de cada convivente, conforme disciplinado pelo ordenamento jurídico vigente quando da respectiva aquisição (Súmula 380/STF). 5. Os bens adquiridos anteriormente à Lei 9.278/96 têm a propriedade - e, conseqüentemente, a partilha ao cabo da união - disciplinada pelo ordenamento jurídico vigente quando respectiva aquisição, que ocorre no momento em que se aperfeiçoam os requisitos legais para tanto e, por conseguinte, sua titularidade não pode ser alterada por lei posterior em prejuízo ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5, XXXVI e Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º). 6. Os princípios legais que regem a sucessão e a partilha de bens não se confundem: a sucessão é disciplinada pela lei em vigor na data do óbito; a partilha de bens, ao contrário, seja em razão do término, em vida, do relacionamento, seja em decorrência do óbito do companheiro ou cônjuge, deve observar o regime de bens e o ordenamento jurídico vigente ao tempo da aquisição de cada bem a partilhar. 7. A aplicação da lei vigente ao término do relacionamento a todo o período de união implicaria expropriação do patrimônio adquirido segundo a disciplina da lei anterior, em manifesta ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. 8. Recurso especial parcialmente provido." (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 959213/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado em: 06 jun. 2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 31 jan. 2013). Nesse mesmo sentido é o Enunciado 346 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "Na união estável o regime patrimonial obedecerá à norma vigente no momento da aquisição de cada bem, salvo contrato escrito".

DE BENS QUE JÁ PERTENCIAM A CADA UM ANTES DA UNIÃO. PATRIMÔNIO PARTICULAR. FRUTOS CIVIS DO TRABALHO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INCOMUNICABILIDADE APENAS DO DIREITO E NÃO DOS PROVENTOS.

[...]

2. Na união estável, vigente o regime da comunhão parcial, há presunção absoluta de que os bens adquiridos onerosamente na constância da união são resultado do esforço comum dos conviventes.

3. Desnecessidade de comprovação da participação financeira de ambos os conviventes na aquisição de bens, considerando que o suporte emocional e o apoio afetivo também configuram elemento imprescindível para a construção do patrimônio comum.

[...]

9. Recurso especial parcialmente provido.¹⁴⁸

Não resta dúvida, portanto, que a essência do estatuto que rege a vida patrimonial dos integrantes de uma união estável alinha-se às normas disciplinadoras da comunhão parcial, na melhor forma do que veio a ser aperfeiçoado e ratificado pela codificação de 2002 em seu art. 1.725¹⁴⁹.

¹⁴⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1295991/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, julgado em: 11 abr. 2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 31 jan. 2013.

¹⁴⁹ Neste sentido, tal como noticiado no Informativo 463/STJ, “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA E SUCESSÕES. INVENTÁRIO E PARTILHA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEMPESTIVIDADE E CORRETA FORMAÇÃO DO RECURSO. RESERVA DE BENS SOBRE A PROVÁVEL MEAÇÃO DA EX-COMPANHEIRA ANTERIORMENTE DEFERIDA. POSSE E ADMINISTRAÇÃO DOS BENS QUE A INTEGRAM. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Consiste o litígio entre o inventariante, sobrinho do falecido, e aquela que afirma ser ex-companheira do autor da herança, pelo período de 37 anos, até seu falecimento, tendo por base fática a estabelecida pelo TJ/BA, no sentido de que é alta a probabilidade de que a união estável perdurou o tempo aludido, pendente ainda de julgamento ação para o seu reconhecimento. 2. A administração pelo inventariante do acervo hereditário, tornado indivisível pelas regras do Direito das Sucessões, não esbarra no direito de meação, este oriundo do Direito de Família, e que é conferido ao companheiro quando da dissolução da união estável ou pela morte de um dos consortes. 3. O art. 1.725 do CC/02 estabelece o regime da comunhão parcial de bens para reger as relações patrimoniais entre os companheiros, excetuando estipulação escrita em contrário. Assim, com a morte de um dos companheiros, do patrimônio do autor da herança retira-se a meação do companheiro sobrevivente, que não se transmite aos herdeiros do falecido por ser decorrência patrimonial do término da união estável, conforme os postulados do Direito de Família. Ou seja, entrega-se a meação ao companheiro sobrevivente, e, somente então, defere-se a herança aos herdeiros do falecido, conforme as normas que regem o Direito Sucessório. 4. Frisa-se, contudo, que, sobre a provável ex-companheira, incidirão as mesmas obrigações que oneram o inventariante, devendo ela requerer autorização judicial para promover qualquer alienação, bem como prestar contas dos bens sob sua administração. 5. Recurso especial conhecido, mas não provido.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 975964/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 15 fev. 2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 31 jan. 2013).

4. CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA NA SEPARAÇÃO DE BENS: ENFRENTAMENTO DE UMA APARENTE ANTINOMIA

Passadas as digressões acerca dos regimes de bens em espécie e de algumas particularidades que envolvem cada um deles, retoma-se o tema da hermenêutica jurídica para analisar a aparente contradição verificada na concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes, por ora no regime da separação convencional¹⁵⁰.

Antes, porém, vale considerar a pertinente crítica trazida pelo magistério de Rolf Madaleno:

Cônjuges e conviventes têm se mostrado desconfortáveis com a teimosa intervenção estatal nos arranjos afetivos econômicos, notadamente diante dos efeitos jurídicos dos regimes de bens no direito sucessório, que passou a incluir o cônjuge viúvo como herdeiro necessário, em concurso com descendentes e ascendentes. Prova deste desconforto generalizado poder ser percebida no aumento das fraudes nas partilhas judiciais e no acentuado uso notarial de pactos conjugais ou de contratos de convivência elegendo o regime extremo da completa separação de bens, devendo ser lembrado que o uso das convenções patrimoniais não constava no cardápio contratual dos casais brasileiros. Os indesejados efeitos jurídicos sucessórios emanados do regime convencional da separação de bens e a proibição da lei para incluí-los nos pactos antenupciais (CC, art. 426) têm causado revolta, indignação e verdadeira comoção social.¹⁵¹

Ao que se vê, a reflexão é desafiadora e enseja olhar atento quando se considera o descompasso entre o exercício da autonomia da vontade no momento do matrimônio e as repercussões sucessórias advindas de eventual dissolução do vínculo pela morte de um dos cônjuges, o que descamba no mais das vezes na judicialização de inúmeros conflitos, que poderiam ser evitados se a jurisprudência vigente fosse menos cambiante na matéria.

¹⁵⁰ No que toca ao regime da separação legal, expressamente ressalvada no art. 1.829, I do Código Civil, ao aviso de Gustavo Tepedino: “[...] não se objeta a exclusão do direito de concorrência no regime de separação obrigatória de bens, o qual constitui restrição à autonomia provada dos cônjuges, que se veem obrigados a adotá-lo sempre que presentes determinadas circunstâncias. Imaginou-se que, se a lei exige a separação em função de algum fundamento que torna reprovada socialmente a comunicação dos bens, não poderia autorizar que, por herança, recebesse o cônjuge aquilo que em vida o legislador procurou coibir.” (TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre concorrência sucessória do cônjuge e do companheiro no Direito brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 112, v. 31, p. 53-63, 2011).

¹⁵¹ MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regimes de bens. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, Magister/IBDFAM, n. 25, v. 13, p. 5-32, 2011. Além da menção expressa à vedação ao *pacta corvina*, como pano de fundo no que tange à figura do cônjuge como herdeiro necessário e concorrencial o autor refere os art. 1.845 e 1.829, I e II do Código Civil.

No ponto, vale consignar que, de balde a inexistência de qualquer ressalva no art. 1.845 do Código Civil¹⁵², já se discutiu até mesmo se o cônjuge ostentava ou não a condição de herdeiro necessário.

Em sua manifestação mais remota, no ano de 2009, o Superior Tribunal de Justiça entendia pela prevalência da manifestação de vontade exarada nos pactos antenupciais, de modo a inadmitir na condição de herdeiro necessário o cônjuge casado em separação convencional¹⁵³. Com toda vênua, é de se observar que a interpretação sistemática e o prestígio à autonomia da vontade, tão prestigiados ao longo deste estudo, foram utilizados *contra legem*, como forma de esvaziar o conteúdo do art. 1.845 da codificação de 2002.

Mais tarde, já em 2014, a matéria foi revisitada e o posicionamento anterior foi revertido para fazer constar que o cônjuge é herdeiro necessário, independentemente do regime de bens adotado pelo casal^{154, 155}, sendo este o entendimento pacificado em manifestação da seção especializada^{156, 157}.

¹⁵² Diz o art. 1.845 do Código Civil: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”.

¹⁵³ O julgado de referência constou no Informativo 409/STJ: “DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. PACTO ANTENUPCIAL. SEPARAÇÃO DE BENS. MORTE DO VARÃO. VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. ATO JURÍDICO PERFEITO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. HERDEIRO NECESSÁRIO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. 1. O pacto antenupcial firmado sob a égide do Código de 1916 constitui ato jurídico perfeito, devendo ser respeitados os atos que o sucedem, sob pena de maltrato aos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva. 2. Por outro lado, ainda que afastada a discussão acerca de direito intertemporal e submetida a questão à regulamentação do novo Código Civil, prevalece a vontade do testador. Com efeito, a interpretação sistemática do Codex autoriza conclusão no sentido de que o cônjuge sobrevivente, nas hipóteses de separação convencional de bens, não pode ser admitido como herdeiro necessário. 3. Recurso conhecido e provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1111095/RJ, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Rel. p/ Acórdão Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, julgado em: 01 out. 2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015)”.

¹⁵⁴ É o que se colhe em “CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC. DOAÇÃO EFETIVADA ANTES DA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. COLAÇÃO. DISPENSA. 1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil). 2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil. [...] 4. Recurso especial desprovido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1346324/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, julgado em: 19 ago. 2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015)”.

¹⁵⁵ No mesmo sentido e com redação similar, BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1430763/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, julgado em: 19 ago. 2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

¹⁵⁶ O julgado de referência constou do Informativo 582/STJ: “CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO

Antes de prosseguir, vale anotar que o pronunciamento jurisprudencial mais recente da Corte provém da 3ª Turma, reiterando a condição de herdeiro necessário que se deve atribuir ao cônjuge sobrevivente, em julgado vazado nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. INVENTÁRIO. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO TOTAL. PACTO ANTENUPCIAL POR ESCRITURA PÚBLICA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. [...] CONDIÇÃO DE HERDEIRO NECESSÁRIO. RECONHECIMENTO. EXEGESE DOS ARTS. 1.829, III, 1.838 E 1.845 DO CC/02. [...].

1. Cinge-se a controvérsia a saber se o regime de separação total dos bens, estabelecido em pacto antenupcial, retira do cônjuge sobrevivente a condição de herdeiro necessário, prevista nos arts.

1.829, III, 1.838 e 1.845 do Código Civil, ou seja, quando não há concorrência com descendentes ou ascendentes do autor da herança.

2. Na hipótese do art. 1.829, III, do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente é considerado herdeiro necessário independentemente do regime de bens de seu casamento com o falecido.

[...]

6. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.¹⁵⁸

4.1 Anotações iniciais

As reflexões adiante desenvolvidas formarão o substrato necessário a abordar a concorrência na comunhão parcial de bens, tema ainda mais espinhoso e com desdobramentos de diversas ordens¹⁵⁹.

Assim como no regime de aquestos, a análise da concorrência sucessória na separação convencional reúne os elementos de um conflito entre normas jurídicas em que o exegeta dispõe de recursos para dirimi-lo, portanto revelando-se sob a forma de uma *antinomia aparente*¹⁶⁰. Segundo Maria Helena Diniz, trata-se de contradição que resulta de

CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC. 1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil). [...] 3. Recurso especial desprovido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1382170/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, 2ª Seção, julgado em: 22 abr. 2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015)”.
¹⁵⁷ No mesmo sentido, naquilo em que pertinente ao tema em debate, confira-se: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp nº 1472945/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 2ª Seção, julgado em: 24 jun. 2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

¹⁵⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1294404/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em: 20 out. 2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

¹⁵⁹ Vide o capítulo 5 deste estudo.

¹⁶⁰ Neste particular, a recomendação do Ministro Carlos Maximiliano é atemporal: “Sempre que descobre uma

contradição, deve o hermeneuta *desconfiar de si*; presumir que não compreendeu bem o sentido de cada um dos trechos ao parecer inconciliáveis, sobretudo se ambos se acham no mesmo repositório.” (SANTOS, Carlos

um conflito de consciência que acomete o aplicador das normas, pois o destinatário pode agir conforme o comando normativo, ainda que com ele não concorde.¹⁶¹

Neste particular, vale recordar que em tema de antinomias aparentes envolvendo o conteúdo material das normas registram-se as chamadas “antinomias de princípios” (derivadas do descompasso entre o teor do texto normativo e as ideias fundamentais que sustentam uma determinada ordem jurídica) e ainda, “antinomias teleológicas” (desarmonia entre os fins propostos por uma determinada norma e os meios previstos por outra para o atingimento destas finalidades, algo como rejeitar os meios de uma norma para atingir o fim de outra).

A previsão do concurso de herdeiros (cônjuge e descendentes) em sede de separação convencional, como será visto adiante, parece amoldar-se a ambas definições. E é possível ir além: a espécie revela que foi a interpretação pelo hermeneuta em torno de uma das normas conflitantes que gerou a antinomia desta com o sistema jurídico codificado em que se insere.

Segue-se, portanto, a uma primeira abordagem do art. 1.829 do Código Civil segundo sua interpretação pela técnica literal para em seguida identificar a antinomia aparente e resolvê-la segundo a lógica do razoável.

4.2 Inconsistências do art. 1.829, I em face da separação convencional de bens

Assim dispõe o texto normativo:

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

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 122, grifo no original).

¹⁶¹ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 27.

Não há dúvida de que o novo Código Civil assegurou ao cônjuge uma posição prestigiosa na ordem de vocação hereditária¹⁶²: concorre em igualdade de condições com os descendentes e os ascendentes na primeira e segunda classes, respectivamente, e figura absoluto na terceira.

A leitura do art. 1.829, I dá conta de que a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes está ligada à espécie de regime de bens que vigorava entre os membros do par antes da morte de um deles, tudo isto mediante o atendimento das condições previstas no art. 1.830.^{163, 164}

Nesta ordem de ideias, partindo-se da interpretação literal do texto e da expressão que indica a exceção (“salvo se”), pode-se traçar o seguinte quadro: não haverá concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes nos regimes de comunhão universal, separação legal (com a correta remissão ao art. 1.641) e comunhão parcial *sem* bens particulares.

O problema (e daí ter resultado aquilo que neste estudo foi cunhado de “interpretação antinômica”¹⁶⁵) foi a continuação da análise do dispositivo por meio de interpretação literal *a contrario sensu*.

O raciocínio de inconfundível viés kelseniano era simples: se o Código excepcionou expressamente aqueles regimes em que incabível a concorrência sucessória, então nas demais espécies não haveria vedação. Com efeito, seguindo essa lógica, tem-se a concorrência do

¹⁶² Ou, como em Giselda Hironaka, na “coordenação preferencial dos grupos sucessíveis”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil: Do Direito das Sucessões*. v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 214.

¹⁶³ Segundo o art. 1.830 do Código Civil: “Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”. O dispositivo em questão é alvo de diversas críticas. Neste particular, consulte-se FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 179.

¹⁶⁴ Não se trata de uma vinculação, mas de um *influxo*, como já se disse no item 2.3 deste estudo, na medida em que o regime patrimonial do matrimônio e a ordem de vocação sucessória são microssistemas diferentes dentro do mesmo Código, sendo certo que nada impede que questões interdisciplinares sejam resolvidas à luz de uma interpretação sistemática com vistas a resguardar a unidade lógica do conjunto normativo como um todo harmônico.

¹⁶⁵ Acerca da chamada “interpretação antinômica”, confira-se o item 1.5 deste estudo.

supérstite com os descendentes nos regimes de separação convencional, na comunhão parcial *com bens particulares* e na participação final nos aquestos.¹⁶⁶

Antes de adentrar as digressões pretendidas neste item, cabe enfrentar uma ponderação registrada pelo professor e desembargador paulista Carlos Roberto Gonçalves ao observar que a inovação introduzida pela novel codificação no tocante à concorrência em sede de separação convencional de bens foi (e ainda é, aduza-se) alvo de críticas daqueles que se casaram sob o referido regime, na medida em que foram surpreendidos com a possibilidade de herança conjunta entre o cônjuge que se imaginava afastado da sucessão e os filhos do falecido.

Segundo o eminente professor,

É de ponderar, no entanto, que, mesmo na vigência do diploma de 1916, a pessoa casada sob tal regime poderia herdar a totalidade da herança, na hipótese de não haver descendentes ou ascendentes. Essa regra foi mantida, acrescentando-se, porém, a possibilidade de concorrer com os descendentes e ascendentes, já mencionada. Trata-se, em realidade, de direito sucessório, e não propriamente de comunicação de patrimônio. Com a morte extinguiu-se o regime, subsistindo, todavia, o direito do cônjuge a uma parte da herança. Poderá esta, entretanto, ser bastante reduzida, bastando que o *de cujus* tivesse vários filhos e houvesse disposto em testamento toda a metade disponível.¹⁶⁷

Com a devida vênia, é imperativo considerar que o art. 1.829, I do Código Civil revela situação absolutamente diversa daquela prevista no inciso III do mesmo dispositivo (aquele em que o cônjuge herda sozinho na terceira ordem de vocacionados), do que resulta não se poder aquilatar de forma idêntica diferentes contextos. A uma porque o art. 1.829, III não trata de hipótese de concorrência sucessória; a duas, porque não faz qualquer referência a regimes de bens. E, finalmente, porque o cônjuge neste inciso III deterá direito hereditário simplesmente porque não existem outros vocacionados anteriores a ele (não há descendentes e nem ascendentes), entendendo a lei que a relação que o vincula com o hereditando tem mais peso que a dos colaterais (que são herdeiros de quarta ordem).

¹⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15. ed. rev. e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 148; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 6. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 113.

¹⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 7. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 155.

De volta à análise textual do art. 1.829, I do Código Civil, é de se sustentar que *não há qualquer problema com o enunciado normativo*¹⁶⁸. Poderia ter ficado melhor? De fato, poderia. Não é por menos que Miguel Reale e Judith Martins-Costa qualificam a redação do art. 1.829, I como, *in verbis*, “manifestamente infeliz”¹⁶⁹. Talvez se o legislador tivesse evitado a ordem disjuntiva (e dissesse, por exemplo, que a sucessão se defere “aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, se casado este com o falecido nos regimes X, Y e Z”). Mas a falta desta providencial redação não torna ininteligível o dispositivo na forma em que foi editado e não pode servir de escusa para se dizer que a solução da questão depende de iniciativa legislativa. É o que se passa a ponderar, conforme as reflexões adiante declinadas.

O conflito (*rectius*, a antinomia aparente) reside justamente na interpretação literal realizada *a contrario sensu* pelo exegeta. Essa “interpretação antinômica” entra em choque direto com a lógica que promana dos arts. 1.647 e 1.687 do Código Civil, que materializam na prática a separação patrimonial, elencando os atos que podem ser praticados por um cônjuge independentemente da anuência do outro^{170, 171}.

¹⁶⁸ Em certa medida, discorda-se da unanimidade da doutrina que se restringe a tecer críticas quanto à redação do dispositivo, deixando a controvérsia sem solução há mais de 10 anos. Por todos, confira-se Fábio Ulhoa Coelho: “A concorrência do cônjuge do falecido com os descendentes deste é uma das questões mais discutidas pela doutrina civilista, após a entrada em vigor do Código Reale. [...] Não somente porque representou uma inovação significativa no direito das sucessões, mas também em razão do pouco cuidado que revelou ter o redator do texto normativo relativamente à complexidade do tema, dificultando sua inteção.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 259).

¹⁶⁹ REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial (Parecer oferecido aos Doutores Sebastião Ferreira e Ricardo da Cunha Ferreira). *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, n. 24, v. 6, p. 205-228, 2005. As reflexões exaradas no referido parecer foram mais tarde reeditadas sob a forma de artigo científico em MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O direito sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito à herança. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 112, v. 31, p. 79-87, 2011. Acerca do ponto, tecendo críticas à redação do dispositivo e abordando os projetos de lei impactantes sobre o texto legal, confira-se LUNARDI, Fabrício Catagna. A concorrência do cônjuge com os descendentes na sucessão legítima: em busca da melhor interpretação. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 39, v. 8, p. 17-30, 2007; CARVALHO NETO, Inácio de. Novo projeto de lei pretende corrigir a sucessão do cônjuge e do companheiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 932, v. 102, p. 91-102, 2013; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Reformas legislativas necessárias nos Direitos de Família e das Sucessões. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 42, v. 9, p. 131-152, 2007.

¹⁷⁰ Dispõe o art. 1.647 do Código Civil: “Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

Tudo leva a crer que a exegese precipitada do dispositivo não atentou para a curial e sempre oportuna lição do Ministro Eros Grau no sentido de que o texto normativo não se interpreta aos pedaços, sendo certo que “Uma norma jurídica isolada, destacada, desprendida do sistema jurídico, não expressa significado normativo nenhum”¹⁷². Nesta mesma linha é o magistério de Tércio Sampaio Ferraz Junior ao recomendar que

Nunca devemos isolar o preceito nem em seu contexto (a lei em tela, o código: penal, civil etc.) e muito menos em sua concatenação imediata (nunca leia só um artigo, leia também os parágrafos e os demais artigos).¹⁷³

Com efeito, contextualizando no tema ora em análise, pode-se dizer que não há dúvida de que o pacto antenupcial celebrado pelos cônjuges é o instrumento solene de seu estatuto patrimonial, que se soma às disposições legais em tema de separação de bens. O casal exerceu o direito assegurado em lei de optar por uma vida patrimonial apartada valendo-se de uma convenção com eficácia obrigacional entre si e contra todos, definindo o destino dos bens que possuíam e, salvo disposição em contrário (condomínio, doação ou testamento), viessem a possuir.

É neste sentido que a interpretação literal *a contrario sensu* do art. 1.829, I do Código Civil se torna antinômica: ao entender pelo cabimento da concorrência sucessória na separação convencional, esvaziam-se as normas que autorizam os nubentes a definirem livremente a destinação que desejam dar a suas respectivas riquezas, contrariando-se a expectativa de manter incomunicável o patrimônio exclusivo, especialmente aquele construído antes do casamento¹⁷⁴.

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III - prestar fiança ou aval; IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.”

¹⁷¹ Segundo o art. 1.687 do Código Civil: “Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.”

¹⁷² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 176.

¹⁷³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 282.

¹⁷⁴ Nos dizeres de Eduardo Oliveira Leite, a concorrência sucessória na separação convencional tornaria letra morta o pacto firmado pelos nubentes. Neste sentido LEITE, Eduardo de Oliveira. O art. 1829, inciso I, do Código Civil e o regime de separação convencional de bens. *in* COUTO, Sérgio; MADALENO, Rolf;

O processo realizado pelos intérpretes da norma restou incompleto ou, no mínimo, limitado. Olvidou-se o intérprete daquilo que Rubens Limongi França registrou em seus ensinamentos em tema de hermenêutica jurídica quando propôs diretrizes de interpretação, recomendando que se verificada a desconexão da letra da lei com a *mens legislatoris*, o hermeneuta preferirá esta em detrimento daquela; ainda assim, subsistindo a aparente antinomia, se na indagação da *mens legis* os resultados vierem a ser diversos, caber-lhe-á optar por aquele que mais se aproximar da índole natural do instituto que a norma regula, bem como as exigências da realidade social e do bem comum. Se nem assim lograr êxito, recorrerá à analogia e às demais formas suplementares de expressão do direito¹⁷⁵.

Tudo isto porque, segundo Pietro Perlingieri,

As interpretações literal, lógica e sistemática não são e nem podem ser fases distintas cronológica e logicamente; elas são aspectos e critérios de um processo cognitivo unitário. Seria absurdo reconhecer entres os critérios uma espécie de concorrência ou de contraste, “quase como se fossem configuráveis como pretendentes em luta entre eles, aspirantes a uma aplicação exclusiva”. O diverso comportamento, que exclui ou limita a normal utilização desses critérios, se apóia em um equívoco que consiste em trocar a lógica jurídica por aquela formal, reduzindo a tarefa da interpretação a “uma operação de subsunção silogística semelhante, no seu rígido automatismo, a operações matemáticas”.¹⁷⁶

A incoerência, *data maxima venia*, deste entendimento ainda majoritário pela possibilidade de herança concorrente na separação convencional é mais perceptível quando se verifica que, na prática, ocorre uma *transmutação de regime* a partir do momento em que os cônjuges assumem em vida, por vontade própria, o estatuto da separação de bens e após a morte de um deles operam-se efeitos de comunhão parcial. Pois é exatamente o que ocorre: o acervo patrimonial que estava incomunicável pelo pacto antenupcial se torna apto a ser

MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coords.). *Direito de Família e Sucessões*. Sapucais do Sul: Notadez, 2007. p. 128.

¹⁷⁵ Neste sentido, LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Hermenêutica Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 50-51. Observe-se que as diretivas propostas pelo referido autor coadunam com sua visão no sentido de que interpretação literal ou gramatical “é insuficiente para conduzir o intérprete a um resultado conclusivo, sendo necessário que os elementos por ela fornecidos sejam articulados com os demais, propiciados pelas outras espécies de interpretação.” (p. 27).

¹⁷⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 71.

transferido ao supérstite via concorrência sucessória, tal como aconteceria numa comunhão parcial com bens particulares.¹⁷⁷

Relembre-se aqui o que já foi dito a respeito das disposições concernentes aos regimes patrimoniais do casamento¹⁷⁸. Segundo o princípio da mutabilidade controlada trazido pela novel codificação, é garantida aos cônjuges a possibilidade de alterar seu estatuto patrimonial no curso do casamento, desde que precedida de controle jurisdicional e devidamente motivada em pedido formulado por ambos os cônjuges¹⁷⁹. Não se cogita, portanto, de alteração de regime de bens de um casamento dissolvido pelo divórcio ou pela morte de um dos cônjuges.

Do cotejo destes argumentos resulta dizer que não se pode ter após a morte aquilo que não se almejava em vida^{180, 181}. Entender que o cônjuge casado pelo regime da separação convencional concorre na condição de herdeiro com os descendentes do falecido no acervo hereditário resulta em verdadeira fraude ao regime pactuado.

Casar em separação de bens para quê? Afinal, após a morte de um dos cônjuges será como se tal separação de bens jamais tivesse existido. Vale reiterar, mais uma vez, que se os

¹⁷⁷ Neste sentido, confira-se o raciocínio analogamente desenvolvido em precedente do TJRJ sob a lavra do Desembargador Marcelo Lima Buhatem (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apel. nº 0057663-53.2010.8.19.0000, Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, 4ª C.C., julgada em: 20 abr. 2011. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015) e também no STJ em Recurso Especial relatado pela Ministra Nancy Andrighi (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 992.749/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em: 01 dez. 2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

¹⁷⁸ Para uma abordagem com mais vagar, confirmam-se as ponderações formuladas no capítulo 3 deste estudo.

¹⁷⁹ É o que se extrai do art. 1.639, §2º do Código Civil: “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.”. Anote-se ainda o cabimento da alteração do regime nas hipóteses em que venham a ser superadas as limitações constantes do art. 1.641, I e II do Código Civil.

¹⁸⁰ Segundo Diogo Leite de Campos, professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, “[...] com a morte, a personalidade jurídica, embora “devesse” extinguir-se completamente (a personalidade jurídica deve corresponder temporalmente à existência biológica concepção/morte) é necessário, para certos efeitos (indenização do dano morte, defesa dos direitos de personalidade ‘ante’ e ‘post-mortem’ etc.) entender que a personalidade jurídica se mantém depois da morte na medida necessária para servir de suporte a esses interesses”. Neste sentido, LEITE DE CAMPOS, Diogo. *Direito da Família e das Sucessões*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2001. p. 476.

¹⁸¹ Confira-se, neste ponto, a brilhante análise da sucessão como fator de continuação da personalidade feita por Miguel Reale e Judith Martins-Costa: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial (Parecer oferecido aos Doutores Sebastião Ferreira e Ricardo da Cunha Ferreira). *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo, n. 24, v. 6, p. 205-228, 2005.

cônjuges houvessem desejado a comunicação patrimonial em alguma ou maior extensão teriam se valido dos expedientes que a lei mantém a sua disposição, quais sejam, aquisição em condomínio, doação, deixa testamentária e a própria alteração do regime de bens¹⁸².

Não se relegue como argumento subsidiário a possível ocorrência de *venire contra factum proprium* pela pessoa do cônjuge supérstite. A cláusula geral de boa-fé objetiva (e seus consectários de lealdade e confiança), na condição de cânone que vincula todas as relações travadas sob a égide do nosso ordenamento jurídico, impediria que o cônjuge que se vinculou à separação patrimonial no momento em que celebrou o pacto antenupcial venha posteriormente a se habilitar na condição de herdeiro concorrente no acervo deixado pelo hereditando. Pensar diversamente, ousa-se dizer, seria o mesmo que premiar aquele que ocultou a própria torpeza antes de casar para se valer de uma equivocada interpretação literal da lei na hipótese de seu casamento vir a ser extinto pelo falecimento de seu cônjuge. Não é por menos que Giselda Hironaka acredita que não tem direito a reclamar um dado patrimônio aquele cônjuge que para sua consecução não concorreu, sob pena de se configurar enriquecimento lícito¹⁸³.

E vale apontar mais um contrassenso que decorre dessa interpretação antinômica realizada pela maioria da doutrina civilista, com as devidas vênias¹⁸⁴. A pessoa que deseja destacar seu patrimônio pessoal tanto durante a vida em matrimônio como também após seu

¹⁸² Nas palavras da eminente Ministra Nancy Andriighi, “Em se tratando de circunstâncias extraordinárias, em que a situação particular dos nubentes exige o pacto, não hesitarão estes em lançar mão de testamento ou de doação em vida ao cônjuge, para protegê-lo financeiramente, se assim o quiserem. Isso significa dizer que, para esses casais, não se aplica a afirmação de que a maioria das pessoas é avessa a pactos e testamentos. Diversamente, não estão inseridos na situação fática da maioria, ao celebrarem pacto antenupcial, com observância de todas suas solenidades, para regulamentar sua vida civil.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 992749/MS, Rel. Min. Nancy Andriighi, 3ª Turma, julgado em: 01 dez. 2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015). Na mesma linha, confira-se BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1377084/MG, Rel. Min. Nancy Andriighi, 3ª Turma, julgado em: 08 out. 2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

¹⁸³ Nesse sentido, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e regime de bens. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 65, 2003. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/4095>. Acesso em: 01 dez. 2015. Para uma abordagem aprofundada do instituto do *venire contra factum proprium*, confira-se SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

¹⁸⁴ Por todos, TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. v. 6. 5. ed. São Paulo: Método. 2012. p. 163.

falecimento (isto é, quer que seus bens sejam herdados apenas por seus descendentes) terá somente duas alternativas: manter-se em noivado esperando que um dos nubentes complete 70 anos de idade (para que incida o regime da separação legal, na forma do art. 1.641, II do Código Civil)¹⁸⁵ ou viver em união estável (onde a concorrência sucessória ocorreria apenas nos aquestos havidos durante a convivência, conforme o que prevê o art. 1.790 do Código Civil)^{186, 187}.

Em uma ou em outra hipótese — nada razoáveis — os indivíduos ver-se-iam obrigados a não se casar (por mais que assim o desejassem) ou a permanecer em uma situação de convivência que não lhes garante os mesmos direitos de que poderiam usufruir se casados fossem¹⁸⁸. E tudo isto sob a égide de um ordenamento constitucional que inobstante reconheça e legitime a figura da união estável, prestigia sua conversão em casamento¹⁸⁹.

E pode-se ir além, para tangenciar o absurdo: a permanecer o entendimento tal como vem sendo lançado pela doutrina e por boa parte da jurisprudência, o Direito Civil brasileiro caminha para a institucionalização silenciosa de uma modalidade *sui generis* de divórcio, qual seja o “divórcio no leito de morte”. Parece uma aberração jurídica, e de fato é: para evitar a comunicação do patrimônio por força da sucessão ocorrida no bojo de casamento celebrado em separação convencional, ao cônjuge somente restaria romper o vínculo matrimonial por meio do divórcio, a fim de que os bens particulares assim permanecessem.

¹⁸⁵ Segundo o art. 1.641, II do Código Civil, “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: [...] II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos.”

¹⁸⁶ Resguardadas as críticas (que não são poucas), assim dispõe o art. 1.790 do Código Civil: “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, *quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável*, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; [...]”.

¹⁸⁷ Nem mesmo o casamento pela comunhão parcial de bens seria recomendado, pois é terreno de uma série de controvérsias no tema da concorrência sucessória. Neste particular, confirmam-se o item 5.1 do presente estudo.

¹⁸⁸ Pelo exposto, DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre família, sucessões e o novo código civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 153.

¹⁸⁹ Neste sentido dispõe o art. 226, §3º da Constituição da República: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

E este inusitado cenário tomaria lugar sob a égide de um ordenamento constitucional que assumidamente prestigia a figura do matrimônio, como deflui da previsão do art. 226, §3º da Carta da República, pois ainda que se preveja a união estável como fonte formadora de família, sua conversão em casamento é de todo facilitada.

Mas a pensar com critérios técnicos, seria esta providência nada ortodoxa uma maneira de viver em separação convencional de bens e se esquivar dos efeitos da interpretação do art. 1.829, I tal como proposta pelo entendimento dominante, pois o rompimento do vínculo matrimonial pelo divórcio realmente manteria apartados os patrimônios dos cônjuges e afastaria a concorrência sucessória entre o consorte supérstite e os descendentes.

Por todo o exposto, já se percebe que o método literal de interpretação aplicado pela esmagadora maioria dos exegetas do Código Civil ocasionou uma *interpretação antinômica* consistente na aparente incompatibilidade entre o dispositivo que prevê as hipóteses de concorrência sucessória em determinados regimes de bens e as normas que traduzem a essência do regime de separação patrimonial.

Neste contexto, passa-se ao enfrentamento da mencionada antinomia tomando como ponto de partida a lição sempre oportuna registrada pelo saudoso Ministro Sálvio de Figueiredo em mais um de seus memoráveis julgados: “A interpretação meramente literal deve ceder passo quando colidente com outros métodos exegéticos de maior robustez e cientificidade.”^{190, 191}

¹⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 50226/BA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em: 23 ago. 1994. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

¹⁹¹ Há ainda aqueles que, como Friedrich Müller, entendem que embora a atividade hermenêutica deva partir do dado linguístico, excepcionalmente essa premissa deve ser relativizada quando diante de erro de redação por parte do legislador e assim indicarem os dados históricos e a interpretação sistemática. Estaria, dessarte, autorizado o afastamento da literalidade da norma como forma de superação de antinomias sistemáticas. Neste sentido, MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*. trad. Olivier Jouuanjan. Paris: P. U. F. 1996, p. 240 *apud* REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial (Parecer oferecido aos Doutores Sebastião Ferreira e Ricardo da Cunha Ferreira). *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo, n. 24, v. 6, p. 205-228, 2005.

4.3 Solucionando a questão segundo a hermenêutica jurídica

Em obra editada após o fim da *vacatio legis* do Código Civil de 2002, Miguel Reale reuniu os artigos por ele publicados nas páginas do jornal O Estado de São Paulo ao longo de mais dois anos com o intuito de sanar dúvidas sobre alguns pontos da novel codificação e, nas palavras do próprio autor, “demonstrar a improcedência de certas críticas apressadas”¹⁹².

No décimo primeiro de seus comentários, o articulista demonstra com fineza ímpar como os efeitos dessa precipitação interpretativa vulneraram a primeira das regras de hermenêutica jurídica, qual seja a de que numa codificação os artigos se interpretam um pelos outros.¹⁹³

Recorrer ao ensinamento exegético primitivo do redator do anteprojeto da novel codificação foi necessário para aclarar a dúvida quanto ao alcance da regra de concorrência sucessória segundo a qual a dicção do art. 1.829, I do Código Civil poderia dar a entender que o cônjuge seria herdeiro necessário e concorrente também na hipótese de ter casado no regime de separação convencional de bens (art. 1.687 do Código Civil), o que não seria aceitável para Reale.

São três os possíveis argumentos que militam a favor da inclusão do regime da separação convencional no rol das exceções previstas no art. 1.829, I do Código Civil.

De início, retome-se o que já foi dito quando da análise dos regimes de bens em espécie. Se, em linha de princípio, a separação de bens é o regime patrimonial por meio do qual inexistente qualquer estado de mancomunhão entre os cônjuges quanto aos bens anteriores e aos havidos durante o casamento por esforço unilateral, esta característica típica se faz presente tanto na hipótese em que o regime é estabelecido *ex lege* como também *ex contractu*.

Daí dizer-se que as duas modalidades de separação de bens se aproximam no que toca às suas respectivas obrigatoriedades. Essa identidade material que Miguel Reale

¹⁹² REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 11.

¹⁹³ REALE, Miguel. *op. cit.*, p. 61.

enxergava como espécies (legal e convencional) de um mesmo gênero (separação obrigatória) impõe a interpretação sistemática do art. 1.829, I do Código Civil para se excluir da concorrência sucessória tanto a separação obrigatória por força de lei quanto a separação obrigatória por vontade das partes, sob pena de se esvaziar esta última.

Tudo isto porque os indivíduos que escolhem um regime de bens fazem um plano para o começo, meio e o fim de seu casamento. Seja qual for a maneira com que se extinga o casamento (fim da *affectio maritalis* ou morte de um dos consortes) tais fatos não refogem ao pensamento dos nubentes¹⁹⁴. Permitir que o legislador desnature essa lógica e dê aos bens um destino que não era o desejado pelo cônjuge atenta contra a própria existência de um regime de bens aprestos. Melhor então que sequer existisse. Aquilo que nasceu como um planejamento patrimonial de vida e morte perde sentido quando o intérprete do art. 1.829, I do Código Civil não vislumbra que a exegese literal compromete a unidade sistemática do ordenamento jurídico.¹⁹⁵

Ainda que por apego à topografia das normas do regime da separação de bens no Código Civil¹⁹⁶ não se fale explicitamente numa relação de gênero-espécie entre a separação legal e a convencional, é inegável a identidade ontológica entre os mencionados regimes.

Importa frisar que, independente da visão adotada, não se está a incorrer em uma *interpretação extensiva* de uma norma restritiva de direito (afinal, o art. 1.829, I destaca da concorrência sucessória apenas os regimes ali elencados), mas de fato deve-se reconhecer a *lacuna legislativa* que autoriza o intérprete a percorrer o caminho traçado pelo art. 4º da Lei

¹⁹⁴ Para além disto, vale recordar lição de Pontes de Miranda, para quem o fenômeno sucessório se revela em sede de Direito Civil como a “continuação em outrem de uma relação jurídica” antes existente em relação ao respectivo sujeito, o que abrangeria dívidas e direito, obrigações e pretensões, situações ativas e passivas. Neste sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentário do Código Civil Brasileiro: Tratado do Testamentos*. v. 1. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1930. p. 179.

¹⁹⁵ REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 63.

¹⁹⁶ Conforme mencionado no item 3.2.1, acredita-se ter ocorrido uma atecnia legislativa em relação à topografia da norma que estabeleceu as situações em que a obrigatoriedade do regime ocorreria *ex vi legis* (art. 1.641), a qual foi projetada no capítulo das “Disposições Gerais” relativas aos regimes de bens, quando de fato melhor estaria se aposta no capítulo especificamente desenhado para comportar as hipóteses de vigência do regime da separação de bens, onde a separação obrigatória por força de lei que foi prevista no art. 1.641 do Código Civil ladearia a separação obrigatória por força de convenção das partes veiculada no art. 1.687.

de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para então colmatá-la através dos princípios gerais da unidade do sistema jurídico e da não-contradição.¹⁹⁷

De mais a mais, na hipótese de separação obrigatória foi a própria lei que fez um plano para o desenvolvimento do casamento daqueles que se encontrassem nas condições tipificadas no art. 1.641 do Código Civil, sendo certo que a mutabilidade de regime que assiste aos casados por separação convencional também poderia ser manejada por aqueles a quem foi imposta a separação legal caso venham a ser superadas as condições suspensivas. Seria este, *a fortiori*, mais um ponto de identidade entre os regimes legal e convencional.

Um outro argumento que decorre desta leitura que inclui a separação convencional no art. 1.829, I do Código Civil é o fato de que a interpretação sistemática é a que mais se afina com a preservação da autonomia da vontade dos cônjuges na construção de sua família¹⁹⁸, especialmente quando numa ótica civil-constitucional observa-se que a própria Carta da República em seu art. 226, *caput* e §7º reconhece sua importância e assegura a liberdade de planejá-la conforme seus anseios, daí porque não se pode contrariar a finalidade institucional de um regime de bens.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Neste particular, assevera o ilustre professor gaúcho Lenio Luiz Streck que os princípios gerais são concebidos como estruturas elásticas o bastante para compensar a rigidez da dos enunciados normativos, sendo certo que adquirem significado quando considerados em conjunto com o restante do sistema jurídico, daí a necessidade de pressupô-lo em sua totalidade. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 87-88).

¹⁹⁸ Anote-se, por oportuno, a conceituação do princípio da autonomia privada no magistério de Francisco Amaral como: “um dos princípios fundamentais do sistema de direito privado, num reconhecimento da existência de um âmbito particular de atuação com eficácia normativa. Trata-se da projeção, no direito, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora fortemente revestida de personalidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade”. Neste sentido, AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil: Introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 348.

¹⁹⁹ Este também o pensamento da professora Karime Costalunga, da Fundação Getúlio Vargas. Nesse sentido, confira-se COSTALUNGA, Karime. O art. 1.829 e a Constituição: proposta de uma análise estrutural e axiológica. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Orgs.). *Novo Código Civil: questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. v. 3. São Paulo: Método, 2005. p. 413.

Assim, a noção de planejamento familiar — que vai muito além de ter ou não ter filhos — passa primordialmente pela decisão acerca dos alicerces sobre os quais o edifício matrimonial será erguido, e isto inclui a decisão acerca do estatuto de patrimônio que regerá o vínculo. Daí dizer que a assinatura de um pacto antenupcial pelos nubentes expressa ato de autonomia da vontade exercida por ambos no sentido de fixar a ampla incomunicabilidade de seus respectivos patrimônios.

Ao outorgar a livre decisão ao casal no que tange ao planejamento familiar, a norma constitucional prestigia e protege a confiança que os membros do par depositam um no outro e, assim o fazendo, a reconhece como elemento imprescindível da vida social, acentuando sua importância na ordem jurídica como um todo. Tanto o é que o festejado Ministro Luiz Edson Fachin atenta para o fato de que essa “revalorização da confiança como valor preferencialmente tutelável no trânsito jurídico” impulsiona uma virada de pensamento no Direito Civil brasileiro contemporâneo, impondo uma (re)compreensão dos diversos institutos jurídicos civilistas (inclusive no âmbito familiarista) à luz da tutela da confiança.²⁰⁰

Para além disto, a título de um terceiro argumento a corroborar a alegação inicial que proclama a possibilidade de inclusão do regime da separação convencional no rol das exceções previstas no art. 1.829, I do Código Civil, considerada a essência contratual do pacto que fixa a ampla incomunicabilidade dos respectivos patrimônios conjugais, tem-se que a tutela da confiança é matéria de inquestionável relevo também nesse momento volitivo que antecede o matrimônio.

O ajuste nupcial, portanto, deve sofrer as emanações da cláusula geral de boa fé objetiva, não apenas em seus consectários deveres de lealdade e confiança recíprocos, mas também em sua função limitativa, de sorte a expungir comportamentos contraditórios eventualmente manifestado pelos cônjuges.

²⁰⁰ FACHIN, Luiz Edson. *O aggiornamento do Direito Civil brasileiro e a confiança negocial*. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 115.

Noutros termos e segundo a visão proposta, ao nubente que celebra instrumento antenupcial no qual pactua separação patrimonial absoluta não seria dado habilitar-se como herdeiro concorrente na sucessão de seu finado consorte com fundamento no art. 1.829, I do Código Civil, sob pena de incorrer em inegável *venire contra factum proprium*²⁰¹.

Ainda sobre a visão de separação obrigatória como gênero proposta por Miguel Reale, é de se consignar que a doutrina critica o entendimento apresentado pelo saudoso mestre afirmando que tal interpretação teria o condão de ampliar as restrições estabelecidas pelo legislador e tal desiderato seria impossível²⁰². A crítica não se sustenta: extensão da disjunção *salvo se* ocorreria no caso de interpretação sistemática com vistas a abranger o

²⁰¹ Também assim, REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial (Parecer oferecido aos Doutores Sebastião Ferreira e Ricardo da Cunha Ferreira). *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo, n. 24, v. 6, p. 205-228, 2005, *in verbis*: “Por sua vez, a boa-fé, como emanção da lealdade que efetivamente é, estaria também sendo ferida. É que o regime da separação total, quando voluntário, decorre de uma afirmação formal da vontade de ambos os nubentes. Assim sendo, o nubente que voluntariamente escolheu o regime de separação total, formalizando-o em pacto antenupcial não pode, quando morto o seu consorte, valer-se de uma interpretação meramente literal para, no momento sucessório, contraditar ou desconsiderar a vontade lícita e formalmente emanada por ambos.”. Acerca das variadas facetas da tutela dos atos próprios, com mais vagar, consulte-se SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

²⁰² Como entende a doutrina, não tendo o legislador imposto ressalvas, ao se calar parece ter permitido a concorrência na primeira ordem de vocação hereditária. Nas palavras do mestre Luiz Paulo Vieira de Carvalho, “Pensamos do mesmo modo como também se posiciona substancial parte da doutrina e da jurisprudência, que haverá concorrência sucessória entre o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional, com os descendentes do falecido, independentemente da situação fática, mesmo porque, a uma, de maneira expressa, o legislador só exclui da concorrência sucessória o cônjuge que fora casado pelo regime da separação legal ou obrigatória e não pela separação volitiva (inciso I do art. 1.829 do CC), nas linhas do antiquíssimo brocardo “o que o legislador não exclui, não cabe ao intérprete excluir”. [...] A duas, porquanto o pacto antenupcial é negócio jurídico *inter vivos*, com efeitos limitados a disciplinar os efeitos patrimoniais decorrentes do casamento dos pactuantes, não sendo cabível produzir, desse modo, eficácia ulterior à morte de qualquer dos nubentes, ocasião em que o vínculo matrimonial é rompido (arts. 1.653 e SS. E art. 1.571, §1º do CC)”. Neste sentido, confira-se CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 329-331. Na mesma linha, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ordem de vocação hereditária. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004, p. 95. Veja-se ainda HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. in DELGADO, Mário Luiz; Alves, Jones Figueiredo (Coords.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003, p. 436; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15. ed. rev. e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 106; COSTA, Maria Aracy Menezes da. O direito das sucessões no Novo Código Civil. *AJURIS - Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, n. 88, tomo I, Porto Alegre, p. 262-275, 2002; OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. *Inventários e partilhas. Direito das Sucessões*. São Paulo: Leud, 2003, p. 96; DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre família, sucessões e o novo Código Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 142; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Regime da separação de bens convencional e obrigatória. in DELGADO, Mário Luiz; Alves, Jones Figueiredo (Coords.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003, p. 338.

regime de participação final nos aquestos, para tornar escrito algo que não foi excepcionado pelo dispositivo.

Não é o caso. A visão proposta pelo saudoso doutrinador (e na mesma medida a que foi consignada neste estudo, embora percorrendo outro caminho) busca seus fundamentos na essência da obrigatoriedade imanente ao regime de separação de bens. Na realidade, o entendimento majoritário não enxergou o truísmo do anteprojeto do Código Reale ao prescrever como exceção o gênero das separações de bens (que incluem as espécies legal e convencional).

Seja como for, a solução da controvérsia que ora se propõe, segundo a “lógica do razoável”²⁰³ e com o objetivo de manter a consistência do sistema, seria no sentido de proceder à interpretação sistemática do art. 1.829, I do Código Civil em consonância com o que prevêm os arts. 1.639, 1.647, I e II e 1.687 de modo a considerar que a não-concorrência entre cônjuge e descendente se aplica também aos casamentos celebrados no regime de separação convencional de bens. Confirmam-se as normas mencionadas:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

[...]

Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

²⁰³ A expressão “lógica do razoável” é empregada como oposição à lógica tradicional da dedução silogística, que no panorama de solução de antinomias poderia produzir resultados injustos. Na visão desenvolvida por Luis Recaséns Siches, trata-se de uma “lógica que se inspira na razão projetada sobre assuntos humanos, é uma lógica que está permeada por pontos de vista axiológicos, por conexões entre valores e fins, por relações entre fins e meios [...]”. Neste particular, consulte-se ANDRADE, Christiano José de. *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: RT, 1992. p. 80.

De arremate, vale referir a digressão elaborada por Miguel Reale e Judith Martins-Costa para fins de demonstrar que pensar em sentido contrário importaria em indubitável contradição aos próprios termos das normas da codificação civil, além de se revelar um pensamento que poria em xeque as finalidades econômico-sociais do pacto antenupcial enquanto negócio jurídico decorrente de ato de livre vontade, e ainda, da própria boa-fé. Neste sentido,

Com efeito, pensamos que não faria o menor sentido (i) assegurar-se constitucionalmente às pessoas a proteção de sua dignidade, na qual se inclui a autodeterminação; (ii) garantir-se a tutela de sua personalidade; (iii) possibilitar-se aos cônjuges a lícita escolha do regime da separação total de bens; (iv) facultar-se que expressem tal autonomia em pacto antenupcial, dotado de publicidade e eficácia de oponibilidade perante terceiros; (v) alterar-se, respeitadamente ao Código de 1916, a regra relativa à outorga conjugal para a alienação de seus bens, dispensando-se a outorga conjugal quando da alienação ou constituição de ônus reais sobre imóveis; (vi) determinar-se, no Código, que a vida do casal é regida pelo “princípio da exclusividade”, sendo defeso a terceiros ou ao Estado interferir nas escolhas lícitamente feitas quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da ‘vida familiar’; *para, ao final, dar-se ao indigitado art. 1.829, inciso I, interpretação que contraria todas aquelas premissas e nega os efeitos práticos do regime de bens lícitamente escolhido.*²⁰⁴

Assim, a negar-se o intérprete ao desapego quanto a esta interpretação geradora de antinomias — isto é, a persistir o entendimento de que o cônjuge casado no regime de separação convencional de bens seja herdeiro necessário do *de cujos* — ocorrerá um substancial esvaziamento do art. 1.687 do Código Civil, e o conseqüente fim do regime da separação convencional de bens, o que seria inadmissível em meio a uma codificação cujo traço marcante é o prestígio à unidade sistemática.

Ao que se vê, portanto, a interpretação atualmente preponderante é uma verdadeira contradição em termos: reconhece aos nubentes a possibilidade de autodeterminação²⁰⁵ na escolha do regime de separação patrimonial e, em seguida, nega-lhes a eficácia desta escolha

²⁰⁴ REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial (Parecer oferecido aos Doutores Sebastião Ferreira e Ricardo da Cunha Ferreira). *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo, n. 24, v. 6, p. 205-228, 2005. (grifos no original)

²⁰⁵ No ponto, recorde-se o magistério do lusitano Joaquim de Sousa Ribeiro, para quem a autodeterminação é “Entendida materialmente como capacidade real de afirmação e defesa dos interesses próprios.” (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 82).

ao impor uma comunicabilidade *post mortem*²⁰⁶. De rechaçar tal pensamento, portanto, com as devidas vênias, e assim se o fazendo ancorado em clássico ensinamento lembrado pela eloquente Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Garantidos constitucionalmente os direitos inerentes à liberdade (art. 5º, *caput*, da Constituição) há que se assegurar que o seu exercício não possa ser tolhido, porque, à maneira da lição de Ruy Barbosa, o direito não dá com a mão direita para tirar com a esquerda.²⁰⁷

4.4 Reflexos jurisprudenciais da compreensão da separação obrigatória como gênero

As palavras do saudoso mestre Miguel Reale em sua análise sistemática do art. 1.829, I do Código Civil reverberam na jurisprudência mais autorizada, pelo que se impõe a transcrição de alguns excertos pertinentes à controvérsia abordada.

Um dos primeiros precedentes a conferir interpretação sistemática ao dispositivo vem do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em acórdão relatado pelo Desembargador Cunha Ribas. Da ementa colhem-se os trechos de grande destaque:

Ainda que o objetivo vetor das alterações introduzidas pelo Novo Código Civil de 2002 (Art. 1.829, I) possa ter sido o de proteger o cônjuge sobrevivente, por certo, não há que se interpretar esse dispositivo legal, de forma isolada e a qualquer custo e em todos os casos, senão de forma sistemática. Não existe, pois, justificativa plausível para aquinhoar àquele que por vontade própria se submeteu a um determinado regime que, quando obrigatório, exclui a participação na herança deixada pelo cônjuge pré-morto. Interpretação diversa viria em confronto aos princípios da boa-fé e da isonomia dos próprios cônjuges e das suas proles, posto que se privilegiaria sempre, de conseqüência, o cônjuge sobrevivente e sua prole, e estaria em desarmonia com diversos dispositivos legais e constitucionais [...].

Quando determinado dispositivo legal confronta-se com o ordenamento jurídico, sua compreensão há de se fazer pela sua hermenêutica (sistemática), eis que ‘o meio sistemático, que implica não só pressuposto da racionalidade do legislador como também no pressuposto de que a vontade do legislador seja unitária e coerente. Com

²⁰⁶ Ou ainda, como indagado por REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial (Parecer oferecido aos Doutores Sebastião Ferreira e Ricardo da Cunha Ferreira). *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo, n. 24, v. 6, p. 205-228, 2005. (grifos no original): “Por que poderiam escolher a incomunicabilidade patrimonial se o patrimônio de um vai coativamente se comunicar com o do outro após a morte? Se é assente que o fenômeno sucessório traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida, como permitir que a projeção contradiga o que foi projetado no momento do casamento?”.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 132 e ADI 4277 (julgamento conjunto), rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em: 05 maio 2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

base em tal pressuposto, podemos procurar esclarecer o conteúdo de uma norma, considerando-a em relação a todas as outras'.²⁰⁸

O tema foi julgado no Superior Tribunal de Justiça em dezembro de 2009. No argumento reproduzido no precedente relatado pela eminente Ministra Nancy Andrighi, ficou consignado que:

A separação de bens, que pode ser convencional ou legal, em ambas as hipóteses é obrigatória, porquanto na primeira, os nubentes se obrigam por meio de pacto antenupcial – contrato solene – lavrado por escritura pública, enquanto na segunda, a obrigação é imposta por meio de previsão legal. Sob essa perspectiva, o regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância.

E prossegue a relatora:

Dessa forma, não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, salvo previsão diversa no pacto antenupcial, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.

Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, entre uma interpretação que torna ausente de significado o art. 1.687 do CC/02, e outra que conjuga e torna complementares os citados dispositivos, não é crível que seja conferida preferência à primeira solução.²⁰⁹

Do mesmo julgado, colhe-se o voto-vista do eminente Ministro Sidnei Beneti:

A melhor leitura é a que toma o termo como genérico, abrangendo as duas modalidades de separação total de bens particulares adquiridos anteriormente ao casamento, isto é, a separação legal e a separação convencional, pois ambas, afinal de contas, são obrigatórias e os cônjuges que não atinam com a possibilidade de sutilezas de interpretação legal devem imaginar exatamente que, quando se casam optando pela separação de bens, será ela obrigatória, quer dizer, seus bens estarão separados durante o casamento e por ocasião da partilha por ocasião do óbito. [...]

Em verdade e a rigor, as partes, ao casar-se sob o regime da separação convencional, celebrado com a solenidade da assinatura de escritura pública, terão, mesmo, mais convicção da obrigatoriedade da separação de bens do que no casamento pela

²⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, AI 316946-4, Rel. Des. Cunha Ribas, 11ª Câmara Cível, julgado em: 14 jul. 2007. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

²⁰⁹ Por todo o exposto, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 992.749/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em: 01 dez. 2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015. Para Rolf Madaleno, prestigiando o voto da dou Relatora, *in verbis*: “Esta é a única conclusão lógica advinda de duas pessoas que casam escolhendo o regime da absoluta separação de bens, e se não queriam que seus bens se misturassem meandro, muito menos o desejaram herdando, como se o regime de separação de bens realmente não pudesse valer pela dissolução do casamento casada pela morte do cônjuge.” (MADALENO, Rolf. *A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regimes de bens*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, Magister/IBDFAM, n. 25, v. 13, p. 5-32, 2011).

separação legal de bens, decorrente de previsão legal nem sempre presente na memória dos nubentes — conquanto, também obrigatória.²¹⁰

O julgado transcrito foi alvo de críticas de parcela da doutrina — *data maxima venia*, sem fundamentos realmente convincentes — que argumentou no sentido de a decisão ter sido tomada para resolver caso específico, pois tratava de um matrimônio de curta duração. Assim o fosse, o julgado teria consignado tal fato, fazendo as devidas ressalvas. Vale questionar se a mesma crítica teria sido proferida se se tratasse de um casamento com mais de cinco anos, por exemplo, valendo anotar que antes da chegada ao Superior Tribunal de Justiça questões semelhantes já transitavam nos tribunais estaduais.²¹¹

Para Zeno Veloso, o julgado da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, segundo suas próprias palavras, “deverá ficar sozinho”^{212, 213}, havendo de prevalecerem e

²¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 992.749/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em: 01 dez. 2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015. Com idêntico entendimento, ainda nos idos de 2003, vale registrar a clarividência de Eduardo Oliveira Leite: “Na realidade, ao excetuar os três regimes de bens (comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens e separação obrigatória), o novo texto legal só abriu a possibilidade, efetivamente, de o cônjuge sobrevivente concorrer com os herdeiros necessários (descendentes), quando o autor da herança houver deixado bens particulares, no regime da comunhão parcial de bens, pois, nos demais casos, o cônjuge será meeiro ou, simplesmente, retomará a sua massa patrimonial.”. O autor, portanto, deixar crer nas entrelinhas que a separação convencional não é uma das possibilidades legais de concorrência uma vez que a única prevista se refere ao regime de comunhão de bens.

²¹¹ É o que se verifica em BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. Cível 535.332.4/6-00, Rel. Des. Beretta da Silveira, julgado em: 27 nov. 2007. Disponível em: www.tjst.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

²¹² VELOSO, Zeno. *Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72. Por todos, confira-se GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 7. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 156 e SIMÃO, José Fernando. Separação convencional, separação legal e separação obrigatória: reflexões a respeito da concorrência sucessória e o alcance do art. 1.829, I, do CC — Recurso Especial nº. 992.749/MS. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, Magister/IBDFAM, n. 15, v. 12, p. 5-19, 2010. Mas há quem prestigie declaradamente o julgado, como BERTI FILHO, Bruno José. O cônjuge como herdeiro no Código Civil de 2002. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, n. 73, v. 35, 2012. p. 211-229.

²¹³ Anote-se, todavia, importante ponderação do mestre Luiz Paulo Vieira de Carvalho acerca do julgado em questão: “De *lege ferenda* (de lei futura), tal solução conta com a nossa simpatia, mormente em se levando em consideração as circunstâncias do caso concreto. Contudo, não estamos concordes, de *lege lata* (legislação atual), e *data maxima venia*, com tal conclusão. Isto porque, substancialmente, a par do nobre voto condutor, proferido por uma das maiores e mais cultas autoridades judiciárias do nosso país, ter se alicerçado situação fática de que “(i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo o seu patrimônio e padecia de doença incapacitante”, a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido é de ordem pública e, portanto, *imperativa*, só comportando as exceções expressamente determinadas no próprio inciso I do art. 1.829 do Código Civil, onde, repetimos, o legislador só se refere, de molde a impedir a aludida concorrência (que se apresenta como regra), tão só à separação legal ou obrigatória, fazendo, inclusive, remissão específica, embora incorreta, aos parágrafo único do art. 1.640 do Código Civil quando, na realidade, trata-se do art. 1.641 e seus incisos. [...] Concluindo, mantemos nossa opinião, com todas as vênias, em que pese o decidido no antes referido REsp. 992.749, na esteira de reconhecidos doutrinadores e expressivos argumentos jurisprudenciais, de que *haverá concorrência sucessória entre o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da*

continuarem sendo aplicadas as disposições do Código Civil (o que significa dizer, em última análise, que permaneceria a interpretação literal *a contrario sensu* do art. 1.829, I)^{214, 215}. Sem embargo, vale trazer à colação a lição magistral do Ministro Carlos Maximiliano:

Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhados belezas inesperadas, imprevisas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social.²¹⁶

E assim acredita-se que vem acontecendo. Prova disto é que a interpretação mencionada no recurso nobre, que afasta a concorrência sucessória na separação

separação convencional absoluta com os descendentes do falecido, independentemente da situação fática, sempre levando-se em consideração ser o pacto antenupcial negócio jurídico *inter vivos*, com efeitos legais limitados a disciplinar os efeitos patrimoniais decorrentes do casamento dos pactuantes (arts. 1.653 a 1.657 do CC). Neste sentido, com grifos no original, CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 335-338.

²¹⁴ É de se registrar, lamentavelmente, que a saída da Min. Nancy Andrighi da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça para assumir a função de Corregedora Nacional de Justiça no biênio 2014-2016 iniciou uma revisão nas premissas do entendimento que até então vinha sendo desenvolvido, em particular no que se refere à prevalência da autonomia da vontade. É o que se colhe em BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1472945/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em: 23 out. 2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015. Mais tarde, diante da necessidade de uniformização frente à coexistência de posicionamentos conflitantes no âmbito do mesmo órgão julgador, a controvérsia foi alçada à 2ª Seção, onde a concepção *andrighiana* não prevaleceu. Neste sentido, conforme consta do Informativo 562/STJ: “CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC. 1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil). 2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil. 3. Recurso especial desprovido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1382170/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, 2ª Seção, julgado em: 22 abr. 2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.”. No mesmo sentido, BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp nº 1472945/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 2ª Seção, julgado em 24 jun. 2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

²¹⁵ O pronunciamento jurisprudencial mais recente da Corte provém da 3ª Turma, reiterando a irrelevância da autonomia da vontade em sede de concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente em concurso com os descendentes. Neste sentido, BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp no 1294404/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em: 20 out. 2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

²¹⁶ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 61.

convencional, vem ganhando força na jurisprudência regional²¹⁷. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro há precedentes recentes neste sentido, dos quais cita-se julgado relatado pela eminente Desembargadora Célia Meliga Pessoa, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO DE CONCORRÊNCIA HEREDITÁRIA COM DESCENDENTES DO FALECIDO. Existência de pronunciamento do eg. STJ acerca da melhor exegese do art. 1829, I, do, CC. Adoção de interpretação ampliativa da expressão "separação obrigatória", abranger as 2 espécies de regime de separação (legal e convencional), [...]. Precedentes do eg. STJ. [...] Recurso em confronto com jurisprudência dominante do eg. STJ. Art.557, caput do CPC. NEGATIVA DE SEGUIMENTO.²¹⁸

Com a mesma orientação, inclusive transcrevendo passagens do *leading case* do Superior Tribunal de Justiça, colhe-se julgado da lavra do eminente Desembargador Marcelo Lima Buhatem:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO CIVIL - FAMÍLIA E SUCESSÕES - INVENTÁRIO E PARTILHA - CÔNJUGE SOBREVIVENTE CASADO PELO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS, CELEBRADO POR MEIO DE PACTO ANTENUPCIAL POR ESCRITURA PÚBLICA - INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.829, I, DO CC/02 - DIREITO DE CONCORRÊNCIA HEREDITÁRIA COM DESCENDENTES DO FALECIDO - NÃO OCORRÊNCIA. 1. Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma [...]. 2. O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância. [...] DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.²¹⁹

Debalde eventuais críticas sobre a via de fundamentação eleita nos julgados, certo é que a tese segundo a qual é incabível a concorrência entre cônjuge e descendentes no regime

²¹⁷ É bem notar que, a rigor, a lição de Miguel Reale vai além, preconizando a extensão analógica do tratamento da separação obrigatória para a separação convencional. Neste sentido, com grifos no original: “Como o casamento não é um instituto ‘mortis causa’, mas uma forma de realização pessoal e de exercício da humana liberdade cabe, assim, a *extensão analógica* da solução de Direito sucessório prevista para o regime da separação coativa também para o regime da separação obrigatória.” (REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial (Parecer oferecido aos Doutores Sebastião Ferreira e Ricardo da Cunha Ferreira). *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo, n. 24, v. 6, p. 205-228, 2005).

²¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apel. nº 0051574-77.2011.8.19.0000, Rel. Des. Célia Meliga Pessoa, 8ª C.C., julgada em: 09 fev. 2012. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

²¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apel. nº 0057663-53.2010.8.19.0000, Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, 4ª C.C., julgada em: 20 abr. 2011. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

da separação convencional é devidamente referendada pela melhor doutrina quando se observa a matriz constitucional do direito à herança e sua conexão com a autonomia da vontade. Nesse sentido, confira-se o magistério de Judith Martins-Costa:

A garantia do direito de herança está em conexão com outras garantias, princípios e direito fundamentais, como, nomeadamente, o direito à liberdade (art. 5º, *caput*) e o Princípio da Autodeterminação Pessoal, subjacente aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa (art. 1º, incisos III e IV, art. 170, inciso II, quanto à livre iniciativa econômica), bem como a garantia ao direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII). Sendo garantida a propriedade privada e reconhecida a autodeterminação, importaria em dupla incoerência sistemática que o Estado dissolvesse, após a morte, essas garantias, seja absorvendo o patrimônio, seja negando ao autor da herança a possibilidade de regular os próprios interesses. [...] No segundo caso, estaria a impedir a efetivação das aspirações pessoais legítimas da pessoa humana, na medida em que a continuidade em bens patrimoniais tem, para além de seus reflexos econômicos, dimensões no plano extrapatrimonial.²²⁰

À conta de todo o exposto, já se tem o alicerce necessário à análise da questão da concorrência sucessória a partir de agora no contexto do regime da comunhão parcial de bens, à luz das ponderações traçadas nos capítulos que se seguem.

²²⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O direito sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito à herança. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 112, v. 31, p. 79-87, 2011.

5. CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA NO CASAMENTO EM COMUNHÃO PARCIAL DE BENS: APONTAMENTOS CRÍTICOS ACERCA DA DIVERGÊNCIA VIGENTE NO TEMA

Uma vez iniciada a análise do art. 1.829, I do Código Civil com as primeiras considerações acerca da imperiosa necessidade de interpretá-lo segundo uma técnica sistemática ao longo do que se expôs em sede de separação convencional, já se mostram delineadas as bases necessárias a abordar a concorrência sucessória, agora, no regime da comunhão parcial de bens.

Antes, porém, é oportuno tecer algumas considerações sobre o estado geral da matéria à luz dos regimes de bens mencionados neste estudo. Prossegue-se com a descrição de cada uma das quatro correntes que se formaram em doutrina e jurisprudência sobre o tema, analisando seus acertos e apontando aquilo impulsiona uma reflexão mais aprofundada sobre a orientação em exame, finalizando-se cada item com um quadro sinóptico destinado a consolidar as impressões colhidas.

5.1 Panorama geral sobre a divergência

Conforme restou consignado em passagens anteriores deste estudo, no regime de separação legal de bens, não haverá concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes à luz da interpretação literal do mencionado art. 1.829, I²²¹. Já na separação convencional, a concorrência se dá segundo a interpretação literal *a contrario sensu* do citado dispositivo

²²¹ Para Eduardo Oliveira Leite, “Aqui, cada cônjuge mantém seu próprio patrimônio, pois não se fala em acervo comum, e, na abertura da sucessão, o cônjuge sobrevivente não tem direito à meação do outro, porque o regime repudia divisão do que nunca foi comum, mantendo-se os bens particulares, tanto anteriores como posteriores ao casamento, não havendo concorrência com a classe dos descendentes diante da ressalva da lei.” (LEITE, Eduardo Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: Direito das Sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 219). No mesmo sentido: TAVARES, Daniela Faria. Do regime de separação de bens. *in* LEITE, Heloísa Maria Daltro. *O novo Código Civil: Do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 375. Registre-se ainda a lição de José Carlos Teixeira Giorgis, segundo o qual “Não há motivos para suceder, pois o cônjuge sobrevivente já se acha, em regra, suficientemente aquinhoadado com seu acervo e, em tese, haveria fraude a esse regime imposto por lei [...]” (GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. *Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM*, v. 7, n. 29, p.88-127, 2005).

preconizada pela doutrina majoritária²²², o que gera uma série de inconsistências já enfrentadas no capítulo anterior.

Na comunhão universal, igualmente não haverá concorrência sucessória por expressa exclusão do dispositivo em comento, afastada também por interpretação literal. Segundo a doutrina majoritária²²³, a exceção decorre da regra pela qual *quem herda não meia, quem meia não herda* sendo certo que, em se tratando de um modelo de regime de bens onde consta no mais das vezes uma única massa patrimonial (bens comuns do casal), tem absoluta pertinência²²⁴.

Vale dizer, o cônjuge não concorre com os descendentes porque já recolheu sua meação calculada sobre todo o patrimônio comum do casal^{225, 226}. Em obra publicada durante a supervisão dos trabalhos da comissão que elaborou o anteprojeto do Código Civil que veio a ser promulgado em 2002, Miguel Reale consignou:

²²² Por todos, TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. v. 6. 5. ed. São Paulo: Método. 2012. p. 162. Demonstrando simpatia ao entendimento contramajoritário, veja-se CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões*. v. 6. São Paulo: RT, 2000. p. 247-195.

²²³ Por todos, CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 321 e LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil: do Direito das Sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 218.

²²⁴ Para José Carlos Teixeira Giorgis, “Subtrair o direito de concorrência no regime de comunhão universal de bens parece ser uma tentativa de impedir o excessivo beneficiamento do cônjuge sobrevivente.” (GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 29, p.88-127, 2005).

²²⁵ Ou ainda, como nos ensina o Ministro César Peluso, “O cônjuge não concorre com os descendentes se casado no regime da comunhão universal de bens. Não concorre, nesse caso, porque, pela comunhão universal, tem meação de todo o patrimônio. Recorde-se que a meação não é direito hereditário, mas próprio do cônjuge, preexistente à abertura da sucessão, que decorre não da morte do *de cujus*, mas da comunhão resultante do regime de bens do casamento, matéria do Direito de Família. Protegido o cônjuge pela meação, a outra metade é que compõe a herança, deferida, nesse caso, aos descendentes sem concorrência do cônjuge”. (PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Barueri: Manole, 2008. p. 1985)

²²⁶ Ou como já assentado na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUCESSÃO LEGÍTIMA. ART. 1.829, I, CC/02. CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE COM OS DESCENDENTES. CASAMENTO NO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. EXCLUSÃO DO CÔNJUGE DA CONDIÇÃO DE HERDEIRO CONCORRENTE. [...]. - A nova ordem de sucessão legítima estabelecida no CC/02 incluiu o cônjuge na condição de herdeiro necessário e, conforme o regime matrimonial de bens, concorrente com os descendentes. - Quando casado no regime da comunhão universal de bens, considerando que metade do patrimônio já pertence ao cônjuge sobrevivente (meação), este não terá o direito de herança, posto que a exceção do art. 1.829, I, o exclui da condição de herdeiro concorrente com os descendentes. [...] Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 22684/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em: 07 maio 2007. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

No que se refere à igualdade dos cônjuges, é preciso atentar ao fato de que houve alteração radical no tocante ao regime de bens, sendo desnecessário recordar que anteriormente prevalecia o regime da comunhão universal, de tal maneira que cada cônjuge era meeiro, não havendo razão alguma para ser herdeiro. Tendo já a metade do patrimônio, ficava excluída a idéia de herança.²²⁷

Nada obstante, é de se entender no sentido da necessidade de desconstruir o mito de que “quem herda não meia”, sob pena de exacerbação de uma regra que surgiu para justificar o fato de o cônjuge, na codificação anterior, não ser herdeiro nos regimes em que constava o direito à meação de parcela patrimonial. Isto porque a regra mencionada surgiu antes mesmo de se falar em concorrência sucessória. Com efeito, se o novel Código Civil inaugurou o instituto da sucessão em conjunto do cônjuge com os descendentes, é preciso depurar o fundamento do sistema anterior e confrontá-lo ao atual a fim de verificar se e até onde ainda pode ser aplicado.

Desde que o cônjuge foi alçado à condição de herdeiro necessário pelo Código Civil de 2002 (art. 1.845)²²⁸ e se previu a inédita concorrência deste com os descendentes ou ascendentes²²⁹ do hereditando, faz-se necessária a revisão do postulado pois o mesmo deixou

²²⁷ REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil: situação após aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 18.

²²⁸ Diz o art. 1.845 do Código Civil: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”. Prestigiando tal inovação, assevera o professor gaúcho José Carlos Teixeira Giorgis: “[...] nas sucessões abertas sob a vigência da lei anterior, em que o cônjuge não figurava como herdeiro necessário, podia o finado dispor da sua metade sem restrições, privando o sobrevivente da herança; mas hoje, se a morte ocorreu na vigência do Código atual, o cônjuge passa a integrar a nova categoria de herdeiro necessário, não podendo ser privado da legítima, tendo o regime de bens agora maior relevância, especialmente quando há concorrência com os descendentes.”. E aduz: “[...]o falecimento de um dos consortes não pode desamparar o outro com a transmissão de todos os bens hereditários a pessoa estranha, por testamento.” (GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 29, p.88-127, 2005). Ainda no ponto, colha-se a conclusão do lusitano José de Oliveira Ascensão, *in verbis*: “A posição do cônjuge não é mais de usufrutuário: é de herdeiro real. Ele vai ficar verdadeiramente titular de quota de herança.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Sucessões*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989. p. 352).

²²⁹ No que toca à concorrência com os ascendentes, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já assentou que neste caso a natureza do regime de bens vigente no casamento, quanto aos efeitos sucessórios, é irrelevante: “RECURSO ESPECIAL - SUCESSÃO - CÔNJUGE SUPÉRSTITE - CONCORRÊNCIA COM ASCENDENTE, INDEPENDENTE O REGIME DE BENS ADOTADO NO CASAMENTO - PACTO ANTENUPCIAL - EXCLUSÃO DO SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO DO DE CUJUS - NULIDADE DA CLÁUSULA - RECURSO IMPROVIDO. 1 - O Código Civil de 2.002 trouxe importante inovação, erigindo o cônjuge como concorrente dos descendentes e dos ascendentes na sucessão legítima. Com isso, passou-se a privilegiar as pessoas que, apesar de não terem qualquer grau de parentesco, são o eixo central da família. 2- Em nenhum momento o legislador condicionou a concorrência entre ascendentes e cônjuge supérstite ao regime de bens adotado no casamento. 3 - Com a dissolução da sociedade conjugal operada pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente terá direito, além do seu quinhão na herança do *de cuius*, conforme o caso, à sua meação, agora sim regulado pelo regime de bens adotado no casamento. 4 - O artigo 1.655 do Código Civil impõe a nulidade da convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei. 5 - Recurso improvido.

de ser absoluto, não mais se aplicando a qualquer regime de bens aquestos²³⁰. Negar a adequação da regra à nova realidade legislativa, além de transformá-la em verdadeira desculpa para dirigir a concorrência do cônjuge no regime da comunhão parcial para os bens particulares, como se verá adiante, revelaria situação que ultrapassaria as raias de uma contradição para tangenciar verdadeira fraude ao sistema como um todo.

Ainda em tema de regime ilimitado, vale registrar que silenciou o Código Civil a respeito da hipótese de um casamento celebrado em comunhão universal na qual constem aprestos extraordinários do art. 1.668, ou seja, bens excluídos do estado de mancomunhão²³¹. É uma situação que não se descarta, pois ocorre no mundo real e há que se saber se o cônjuge será convocado ou não a suceder, sendo certo que pouco se fala sobre a questão.

Para Francisco José Cahali, o cônjuge teria meação sobre esse apresto extraordinário. Exemplifica o autor com a hipótese em que o casamento foi celebrado pelo regime da comunhão universal e o falecido tinha como único bem particular adquirido antes do casamento uma linha telefônica (que, a toda evidência, no exemplo seria por alguma razão tomado como um apresto extraordinário). Segundo o autor, o cônjuge sobrevivente receberia

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 954567/PE, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, julgado em: 10 maio 2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 31 jan. 2013).

²³⁰ Para a professora Karime Costalunga, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, o alçamento do cônjuge ao *status* de herdeiro necessário de forma irrestrita gerou na codificação a quebra de sua unidade sistemática, cujos atributos mínimos compreendem a ordem e a coerência axiológica que devem existir entre a integralidade do diploma legislativo e as particulares disposições ali encartadas. Segundo a doutrinadora, “Desse modo, conclui-se que não merece a mesma compreensão a inclusão do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário nos casos em que o regime de bens eleito é o da separação total, inclusive considerando-se os pressupostos de que é dotado o regime. [...] No caso em questão, existem os interesses e, conseqüentemente, a autodeterminação de ambos os consortes em não comunicar o seu patrimônio, o que foi ignorado pelo legislador nesse artigo específico.” (COSTALUNGA, Karime. *Direito de herança e separação de bens: uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 125-126).

²³¹ Neste sentido, diz o art. 1.668 do Código Civil: “São excluídos da comunhão: I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.”

a meação também sobre o telefone, mas ficaria privado da concorrência na herança sobre o restante do acervo hereditário.²³²

Com a vênia do mestre paulista, acredita-se que a solução mais coerente com a preservação da consistência dos microssistemas de regime de bens e da vocação hereditária seria aquela que observasse a comunhão universal com aprestos extraordinários do art. 1.668 ontologicamente como uma comunhão parcial, na medida em que igualmente possui bens incomunicáveis em coexistência com uma massa patrimonial comum. Nesse sentido, aplicar-se-iam as regras do concurso sucessório entre cônjuge e descendentes no modelo de comunhão parcial com bens particulares, com a solução de partilha segundo o entendimento de acordo com a corrente que o aplicador adote.²³³

No regime da participação final dos aquestos, por sua vez, haverá concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes, e também segundo a interpretação literal *a contrario sensu* do art. 1.829, I do Código Civil.

Já se mencionou com esteio em autorizada doutrina a semelhança (e mesmo a relação de continência) que existe entre a participação final nos aquestos e o regime da comunhão parcial²³⁴. Ao que parece, o legislador olvidou da possibilidade de que também no chamado regime de acerto é possível ocorrer um enlace sem bens anteriores, constituindo-se o patrimônio dos consortes apenas dos bens que amealharem ao longo de seu casamento. Ora, seria esta verdadeira hipótese de comunhão universal, a qual deveria ter igualmente sido excluída das modalidades de concorrência sucessória.

A união estável, finalmente, é outro regramento de bens que guarda uma contradição em suas normas. O companheiro é materialmente equiparado ao cônjuge, sendo que na

²³² CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões*. v. 6. São Paulo: RT, 2000. p. 247-248.

²³³ Neste particular, confirmam-se as ponderações adiante traçadas nos itens 5.2 a 5.5.

²³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15. ed. rev. e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 149; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito sucessório no novo Código Civil: problemática dos cônjuges, conviventes e concubinos. In: PASCHOAL, Frederico A.; SIMÃO, José Fernando (Orgs.). *Contribuições ao Estudo do Novo Direito Civil*. Campinas: Millennium, 2004. p. 330.

dissolução do vínculo em vida ocorre partilha por metade para cada convivente de tudo aquilo que foi amealhado ao longo do relacionamento (pouco importando se o foi onerosamente ou não), ressalvadas as hipóteses de aprestos extraordinários.²³⁵

Todavia, em sede de direito sucessório o entendimento prevalente vai no sentido de que o companheiro herda em concorrência somente quanto aos bens havidos de forma onerosa ao longo da união, segundo a distribuição de quinhões prevista nos incisos que compõem o art. 1.790 do Código Civil^{236, 237}.

Ultrapassadas todas estas inarredáveis preliminares, chega-se ao ponto nodal da controvérsia enfrentada a primeira parte deste estudo.

Em se tratando de comunhão parcial de bens, a abordagem da questão passa por dois momentos distintos, quais sejam definir *quando* haverá a concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes (isto é, diante da existência ou inexistência de bens particulares no acervo) e *onde* há de se dar a herança conjunta (se nos bens particulares, nos bens comuns ou em ambos por se considerar o patrimônio na sua integralidade).

Um ponto em específico merece destaque: não há no enunciado normativo do art. 1.829, I do Código Civil qualquer direcionamento da concorrência para os bens particulares (aliás, nem para os comuns). A construção que se formou neste sentido é exclusivamente

²³⁵ Esta é a exegese do art. 1.725 do Código Civil, que prevê: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

²³⁶ Diz o art. 1.790 do Código Civil “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”.

²³⁷ O ponto, que será devidamente aprofundado a partir do capítulo 7 deste estudo, é alvo de acirrada divergência na doutrina e jurisprudência, tanto pela distinção ou não da partilha em relação às regras do regime da comunhão de bens na dissolução do matrimônio, quanto à forma da distribuição dos quinhões na concorrência sucessória entre companheiro e descendentes do hereditando. Pelo exposto, confira-se GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Regime Legal de Bens no Companheirismo. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas no Direito de Família e das Sucessões*. v. 3. São Paulo: Método, 2005. p. 356-357. E ainda, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AI no REsp 1291636/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em: 11 jun. 2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 31 out. 2013.

doutrinária, o que permite dizer que não há qualquer impedimento a uma revisão na interpretação do dispositivo num cenário mais amadurecido após tantos anos de debates.

Passados mais de 10 anos desde a promulgação do atual Código Civil, não se pode afirmar a existência de uma solução pacífica para a questão. À época da promulgação em 2002, a doutrina civilista desenvolveu orientação no sentido de se deferir a concorrência sucessória ao cônjuge juntamente com os descendentes do hereditando nas hipóteses em que este possuía bens particulares. Recolhida a meação, herdava o supérstite em concurso com os filhos do consorte todo o acervo patrimonial (bens particulares e comuns), considerando-se a herança como um todo indiviso.

Em 2005, na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal foi aprovado enunciado que consolidava um novo entendimento, que vinha ganhando força na doutrina especialmente em razão das críticas formuladas por seus defensores contra a primeira corrente. Esta orientação, que recebeu adesão de civilistas de renome, veio a se tornar atualmente majoritária e propugna que a concorrência tem lugar diante da existência de bens particulares, devendo se dar exclusivamente sobre eles e não sobre o acervo como um todo.

Na mesma época, a visão progressista da então Desembargadora Maria Berenice Dias do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu azo a uma terceira orientação, formulada a partir de suas críticas à redação do art. 1.829, I do Código Civil. Em que pese se tratar de um entendimento isolado, o mérito da nova tese foi o de lançar um novo olhar sobre a questão, ainda que invertesse a interpretação do dispositivo para entender que o concurso do cônjuge com os descendentes ocorreria quando não houvesse bens particulares a serem partilhados, herdando o cônjuge em conjunto com os filhos do hereditando sobre os bens comuns do casal.

Finalmente, em 2009, após enfrentar a questão da interpretação sistemática da concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes à luz das normas relativas à separação

de bens, a questão foi revisitada pouco tempo depois em novo precedente igualmente relatado pela Ministra Nancy Andrighi no Superior Tribunal de Justiça²³⁸, e desta vez no contexto do regime da comunhão parcial. Entendeu a relatora que a concorrência sucessória ocorreria em qualquer caso, havendo ou não bens particulares, mas que o cônjuge supérstite herdava em conjunto com os descendentes apenas quanto aos bens comuns, correspondentes à meação outrora titulada do cônjuge pré-morto.

Todos os entendimentos possuem seus pontos positivos e negativos, sendo certo que a inquietude da doutrina e a variedade de julgamentos sobre o tema evidenciam que nenhum deles — *data maxima venia* — foi suficiente para pacificar a controvérsia. Tendo em mente as contradições apontadas e as premissas desenvolvidas por cada corrente, passa-se à análise destes quatro entendimentos atualmente registrados para construir os subsídios necessários a propor uma solução conciliatória para a questão.

5.2 Da primeira corrente: herança sobre o patrimônio total

A primeira corrente a debater o tema da concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes na comunhão parcial foi a predominante nos primeiros anos após a entrada em vigor do atual Código Civil e adota como parâmetro a existência ou não de bens particulares para determinar a possibilidade de chamamento do consorte.

Com efeito, na hipótese de o hereditando não ter deixado bens particulares, o cônjuge supérstite nada receberá a título de herança, recolhendo tão somente sua meação e nada além²³⁹. Com muita razão neste ponto, não apenas por se tratar de interpretação literal *a*

²³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1117563, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em: 17 dez. 2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015

²³⁹ Veja-se que está também a visão do Ministro César Peluso, para quem “A segunda exceção do inciso I, explicando o critério que orientou o legislador, é a de não concorrer com os descendentes o cônjuge casado pela comunhão parcial se não há bens particulares do *de cuius*. Se não há bens particulares, todos são comuns e, portanto, o cônjuge tem meação em face de todos eles. Como está protegido pela meação em todos os bens, o

contrario sensu do art. 1.829 do Código Civil, mas também no aspecto ontológico, pois uma comunhão parcial sem bens particulares anteriores nada mais é que uma comunhão universal e esta, por sua vez, não admite concorrência sucessória.²⁴⁰

Nada obstante, a considerar que o autor da herança tenha deixado bens particulares, aí sim, tem-se vocação hereditária do cônjuge supérstite, que sucederá em concurso com os descendentes nas proporções fixadas pelas normas de regência (arts. 1.830, 1.832 e 1.837 do Código Civil).^{241, 242}

Resta saber, portanto, sobre qual parcela do acervo hereditário dar-se-á a concorrência: para os defensores desta primeira corrente, o cônjuge herdará não apenas os bens particulares, mas todo o acervo hereditário. Significa dizer que se houver patrimônio exclusivo, a meação sobre os bens comuns é recolhida pelo supérstite, e sobre todo o restante a herança será considerada *coisa indivisa*, concorrendo o cônjuge na sucessão com os descendentes²⁴³.

Maria Helena Diniz sintetiza os pontos desta tese²⁴⁴, também sustentada por Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Inácio de Carvalho Neto dentre outros renomados civilistas²⁴⁵:

cônjuge não necessita ser duplamente beneficiado, com meação e herança.”. Neste sentido, PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Barueri: Manole, 2008. p. 1985.

²⁴⁰ Assim foi sustentado no item 3.3.

²⁴¹ É bem dizer, ao aviso de Francisco José Cahali, que a controvérsia a respeito da existência de bens particulares para efeito de convocação do cônjuge, por reclamar dilação probatória a respeito do fato, pelos restritos limites do inventário, haverá de ser encaminhado às vias ordinárias, por se cuidar de questão de alta indagação, somente podendo ser decidida nos autos do procedimento quando houver comprovação documental sobre a titularidade do falecido (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões*. v. 6. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 215).

²⁴² A questão da divisão dos quinhões e as proporções de cada herdeiro, inclusive da quota mínima do cônjuge, e do concurso com filiação exclusiva ou híbrida é tema bastante controvertido. Neste particular, confira-se: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. v. 6. 5. ed. São Paulo: Método. 2012. p. 178.

²⁴³ Vale dizer que o entendimento se desenvolveu a partir da afirmativa de que a interpretação contrária (isto é, de que a concorrência dar-se-ia somente nos bens particulares) causa expressiva desvantagem ao cônjuge em cotejo com o companheiro sobrevivente, que recebe quinhão sobre os bens adquiridos a título oneroso durante a união, sem prejuízo de sua meação. Neste sentido, CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões*. v. 6. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 214.

²⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 6. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 124. É de se notar que em sua argumentação a autora progressivamente desconstrói a regra segundo a qual “*quem herda não meia, quem meia não herda*”.

- (i) Com base no art. 1.791 do Código Civil²⁴⁶, o *princípio da unidade da herança* torna-a indivisível, de modo que é deferida aos herdeiros como um todo unitário e seria esta a razão para não a dividir em bens particulares e meação do hereditando nos casos em que o cônjuge remanescente fosse chamado na sucessão. Assim, não seria razoável estabelecer concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes apenas na partilha dos bens particulares. Logo, se a herança é um todo indiviso, e se há concorrência sucessória sobre bens particulares, deve haver também sobre bens comuns;
- (ii) Ao concorrer com os descendentes, o cônjuge sobrevivente tem direito à garantia mínima de 1/4 da herança (art. 1.832 do Código Civil)²⁴⁷. Caso o hereditando tenha deixado reduzido patrimônio, este quinhão seria diminuído a ponto de tangenciar a quase exclusão do cônjuge na partilha. Se a vontade da lei nos acervos pequenos é a de garantir ao supérstite um quinhão maior que os dos filhos com os quais concorrer, não faria sentido privá-lo da concorrência sucessória também sobre os bens comuns;
- (iii) Segundo o art. 1.845 do Código Civil, o cônjuge supérstite é herdeiro necessário²⁴⁸, e não seria razoável garantir-lhe apenas parcialmente a legítima (isto é, somente sobre os bens particulares) quando outros herdeiros (os

²⁴⁵ Sobre os autores nomeados, confirmam-se CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 340 e o quadro elaborado por CAHALI, Francisco José. *Família e Sucessões no Código Civil de 2002*. v. 2. São Paulo: RT, 2004. p. 329.

²⁴⁶ Art. 1.791 do Código Civil: “A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.”

²⁴⁷ Art. 1.832 do Código Civil: “Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.”

²⁴⁸ Art. 1.845 do Código Civil: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”

descendentes) que são tão necessários quanto ele recolherão sobre todo o acervo^{249, 250};

- (iv) Se os cônjuges podem estipular a comunicabilidade de bens mesmo que o regime seja o da separação convencional²⁵¹, e se sobre estes aquestos o supérstite recolherá sua meação, além de herdar em concurso com os descendentes no restante do acervo²⁵², não há porque impedir a herança sobre bens comuns no caso da comunhão parcial. Isto porque uma separação convencional com aquestos excepcionais pactuados no instrumento antenupcial seria equivalente a uma comunhão parcial de bens, o que afasta a alegação de que a meação do cônjuge seria suficiente para satisfazer a distribuição do patrimônio;
- (v) Não há *bis in idem* se o cônjuge recolhe sua meação e participa da partilha nos bens do meeiro pré-morto, pois tais bens passaram a integrar o acervo hereditário no momento de sua morte, sendo certo que meação e herança são institutos que não se confundem²⁵³.

²⁴⁹ Rolf Madaleno esclarece que a inclusão do cônjuge viúvo ou da companheira supérstite na classe dos herdeiros necessários é uma forma de compensação devido à extinção do polêmico direito ao usufruto viual, trazido para o sistema jurídico brasileiro com o Estatuto da Mulher Casada em 1962 e que assegurava, durante a viuvez, o usufruto da quarta parte dos bens do finado, se houvessem filhos, ou a metade do usufruto do patrimônio, não havendo descendência. (MADALENO, Rolf. *O novo direito sucessório brasileiro: Direito de Família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 112). Na mesma senda, consulte-se ainda OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. *Inventários e partilhas. Direito das Sucessões*. São Paulo: Leud, 2003. p.71.

²⁵⁰ Segundo Ana Luiza Maia Nevares, o usufruto viual encerrava uma proteção insuficiente e estática ao cônjuge sobrevivente, que muitas vezes é o mais desamparado em virtude da morte do consorte; e representava também um privilégio para o vínculo da consangüinidade, pois sendo tal benefício vitalício, extinguiu-se com a morte do titular, evitando a transferência de patrimônio da família de um cônjuge para a família de outro, formada por novas núpcias do sobrevivente. (NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 160).

²⁵¹ Trata-se da hipótese em que a partir de um regime de separação convencional os cônjuges estabelecem no pacto antenupcial (arts. 1.653 a 1.657) que determinados bens excepcionalmente serão considerados comuns.

²⁵² A autora perfilha-se ao entendimento no sentido de que é cabível a concorrência sucessória também na separação convencional, diversamente do que foi sustentado no capítulo 4 deste estudo.

²⁵³ Especialmente contra esta premissa se insurgem os partidários da segunda corrente, como se verá no item 5.3.

Os argumentos declinados pela primeira corrente são inegavelmente tentadores, mas contrariam tudo aquilo que já se sustentou a respeito da necessidade de preservação da unidade sistemática do Código Civil e do zelo que deve ter o intérprete pela consistência do ordenamento, evitando construções antinômicas²⁵⁴.

Ainda assim, algumas críticas (não-casuísticas, é bem dizer) são pertinentes. A primeira delas é dirigida diretamente à invocação do princípio da unidade da herança como forma de justificar o tratamento do acervo como um todo indiviso. Acredita-se que a indivisibilidade da herança não a torna impartilhável, pois são institutos que se completam, mas não se opõem. Em outras palavras, a herança é indivisível até ser partilhada²⁵⁵. Até então, permanece como uma universalidade de direito impartível, criando um condomínio forçado entre os coerdeiros, cada qual titular de uma parte ideal do todo, fato que é levado em conta em todas as questões que envolvam os institutos de posse e propriedade²⁵⁶.

Além disso, há que se registrar que a opção silenciosa pelo regime da comunhão parcial não diminui a eficácia normativa *ex lege* desse estatuto patrimonial. O casal exerceu o direito que lhes assegura o art. 1.640 do Código Civil²⁵⁷ para tornar intangíveis aqueles bens que possuíam antes de casar. E ainda, ratificaram as exclusões típicas do próprio regime, optando por uma vida patrimonial com uma parcela de bens que ficariam destacados dos demais numa eventual partilha decorrente da extinção do vínculo em vida ou na morte.

²⁵⁴ Vide os capítulos 1 e 4 deste estudo.

²⁵⁵ A própria Maria Helena Diniz, um dos expoentes que sustentam esta orientação ora em análise, já escreveu no sentido de que a herança “é uma universalidade *juris* indivisível até a partilha, de modo que, se houver mais de um herdeiro, o direito de cada um relativo a posse e ao domínio do acervo hereditário permanecerá indivisível até que se ultime a partilha.” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 6. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 36). Com idêntico brilho, o mestre Luiz Paulo Vieira de Carvalho que “além de a herança ser coisa indivisa até a partilha (parágrafo único do art. 1.791 do CC), onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*)”. No ponto, confira-se CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 340.

²⁵⁶ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 69.

²⁵⁷ Diz o art. 1.640 do Código Civil: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.”.

Um entendimento doutrinário que proponha uma solução que não se amolde a esta premissa geraria uma interpretação antinômica do art. 1.829, I do Código Civil, pois esvaziaria o conteúdo das normas que autorizam os cônjuges a definirem pela incomunicabilidade de parte de suas respectivas riquezas, contrariando o desejo de manter na vida e na morte a intangibilidade de certos bens, especialmente aqueles amealhados antes de casarem.

Na prática, ao adotar o entendimento desta primeira corrente, um casamento celebrado em comunhão parcial de bens se dissolvido pela morte de um dos cônjuges passaria a ser regido quase como se comunhão universal fosse, uma vez que o supérstite recebe quota sobre todo o acervo patrimonial. Trata-se de hipótese que sequer tem amparo legal, haja vista que a mudança de regime só pode ser requerida por ambos os consortes e está sujeita a controle judicial²⁵⁸.

Daí dizer que não se pode ter após a morte aquilo que não se almejava em vida^{259, 260}, sob pena de incorrer em verdadeira fraude ao regime da comunhão parcial de bens. Se os cônjuges houvessem desejado a comunhão total do patrimônio teriam optado pelo regime universal ou recorrido a algum dos expedientes que a lei mantém a sua disposição, dentre eles

²⁵⁸ É o que se extrai do art. 1.639, §2º do Código Civil: “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.”. Anote-se ainda o cabimento da alteração do regime nas hipóteses em que venham a ser superadas as limitações constantes do art. 1.641, I e II. Sobre o tema, confira-se o item 2.2 deste estudo.

²⁵⁹ Segundo Diogo Leite de Campos, professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, “[...] com a morte, a personalidade jurídica, embora “devesse” extinguir-se completamente (a personalidade jurídica deve corresponder temporalmente à existência biológica concepção/morte) é necessário, para certos efeitos (indenização do dano morte, defesa dos direitos de personalidade ‘ante’ e ‘post-mortem’ etc.) entender que a personalidade jurídica se mantém depois da morte na medida necessária para servir de suporte a esses interesses”. Neste sentido, LEITE DE CAMPOS, Diogo. *Direito da Família e das Sucessões*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2001. p. 476.

²⁶⁰ Confira-se, neste ponto, a brilhante análise da sucessão como fator de continuação da personalidade feita por Miguel Reale e Judith Martins-Costa: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial (Parecer oferecido aos Doutores Sebastião Ferreira e Ricardo da Cunha Ferreira). *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo, n. 24, v. 6, p. 205-228, 2005.

aquisição em condomínio, doação, deixa testamentária e a própria alteração do regime de bens durante a sociedade conjugal²⁶¹.

Por todo o exposto e com inspiração na técnica adotada em *obter dictum* pela ilustre Ministra Nancy Andrighi em importante precedente diretamente relacionado ao tema, apresenta-se ao final de cada análise um quadro para elucidar o entendimento da corrente comentada²⁶².

Segue, portanto, o quadro sinóptico relativo a esta primeira orientação:

1ª CORRENTE: MARIA HELENA DINIZ et alii			
	QUANDO HAVERÁ CONCORRÊNCIA?	CÔNJUGE HERDA BENS PARTICULARES?	CÔNJUGE HERDA BENS COMUNS?
COMUNHÃO PARCIAL	Quando houver bens particulares	Sim, em concurso com descendentes (herança considerada coisa indivisa)	Sim, em concurso com descendentes (herança considerada coisa indivisa)
PRÓS	Respeita a letra da lei	Se não houver bens comuns para recolher em meação o cônjuge não ficará desassistido	O cônjuge obtém o máximo de benefícios possível: além de sua meação, recebe na meação que foi do morto e nos bens particulares que lhe pertenceram
CONTRAS	-	Não respeita a vontade dos cônjuges e contraria a unidade sistemática	Aparente contradição com a regra de que “ <i>quem herda não meia</i> ”
CRÍTICAS	-	Basta um simples bem particular de ínfimo valor para que o cônjuge recolha na herança total. O cônjuge vai receber patrimônio para cuja aquisição não concorreu	Se houver bens particulares e comuns, o cônjuge vai receber mais que os descendentes

²⁶¹ Não se relegue como argumento subsidiário a possível ocorrência de *venire contra factum proprium* pela pessoa do cônjuge supérstite. A boa-fé objetiva (e seus consectários de lealdade e confiança), enquanto cânone que vincula todas as relações travadas sob a égide do nosso ordenamento jurídico, impediria que o cônjuge que se vinculou à separação patrimonial no momento em que celebrou o pacto antenupcial venha posteriormente a se habilitar na condição de herdeiro concorrente no acervo deixado pelo hereditando. Pensar diversamente, ousar dizer, seria o mesmo que premiar aquele que ocultou a própria torpeza antes de casar para valer-se de uma equivocada interpretação literal da lei na hipótese de seu casamento vir a ser extinto pelo falecimento de seu cônjuge. Não é por menos que Giselda Hironaka acredita que não tem direito a reclamar um dado patrimônio aquele cônjuge que para sua consecução não concorreu, sob pena de se configurar enriquecimento lícito (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e regime de bens. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 65, 2003. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/4095>. Acesso em: 01 dez. 2015).

²⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1117563, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em: 17 dez. 2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015. Em todos os casos apresentados neste e nos demais quadros, reconhece-se ao cônjuge sobrevivente seu direito à meação dos aquestos.

5.3 Da segunda corrente: concorrência nos bens particulares (entendimento majoritário)

A segunda corrente a debater o tema da concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes na comunhão parcial, e atualmente o entendimento majoritário²⁶³, decorre do Enunciado nº 270 da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, proposto por Mário Luiz Delgado Régis para entender que

O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aqüestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.²⁶⁴

Sustentam os defensores desta orientação que o chamamento do cônjuge para herdar em conjunto com os descendentes no regime da comunhão parcial está também vinculado à existência de bens particulares. Em não havendo bens exclusivos, o sobrevivente não toma parte na condição de herdeiro do *de cujus*, recolhendo tão-somente sua meação. Os fundamentos são semelhantes aos da primeira corrente: interpretação literal *a contrario sensu* do art. 1.829 do Código Civil e o fato de que uma comunhão parcial sem bens particulares anteriores seria equivalente a uma comunhão universal e esta, por sua vez, não admitiria concorrência sucessória.

²⁶³ Em que pese o surgimento de corrente em sentido diverso, como se verá no item 5.5 deste trabalho, o conflito de posições no âmbito das turmas de direito privado do Superior Tribunal de Justiça e a premente necessidade de uniformização da jurisprudência alçaram a controvérsia à 2ª Seção, onde prevaleceu a tese ora abordada. Neste sentido, conforme consta do Informativo 563/STJ: “RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. HERDEIRO NECESSÁRIO. EXISTÊNCIA DE DESCENDENTES DO CÔNJUGE FALECIDO. CONCORRÊNCIA. ACERVO HEREDITÁRIO. EXISTÊNCIA DE BENS PARTICULARES DO DE CUJUS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. [...] 2. Nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares. 3. A referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens particulares constantes do acervo hereditário do *de cujus*. 4. Recurso especial provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1368123/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Min. Raul Araújo, 2ª Seção, julgado em: 22 abr. 2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 31 jan. 2015).

²⁶⁴ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., Brasília: CJF, 2005.

Contudo, em havendo bens particulares, aqui se registra a particularidade do entendimento atualmente dominante: o cônjuge supérstite será herdeiro em concurso com os descendentes, *mas apenas quanto aos bens particulares*. Em relação aos aquestos havidos no curso da sociedade conjugal nada há de receber além de sua própria meação, pois a metade condominial do sobrevivente já satisfaria a partilha dos bens comuns^{265, 266}.

A orientação mencionada foi construída a partir das críticas que foram se formando em relação ao entendimento então dominante, perfilhando nomes como Euclides de Oliveira, Flávio Tartuce, Giselda Hironaka, Gustavo Nicolau, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Zeno Veloso dentre outros²⁶⁷.

Curioso notar que os defensores desta corrente ao criticarem os argumentos da primeira (que defende a herança como coisa indivisa) se preocupam mais com os efeitos casuísticos do que com a essência dos institutos. Pede-se vênia máxima para denominar de “a desculpa da bicicleta” o argumento segundo o qual “uma simples bicicleta pertencente exclusivamente ao falecido possibilitaria ao supérstite a concorrência sobre todo o patrimônio deixado”²⁶⁸. Na justificativa apresentada na sugestão que veio a ser convertida no Enunciado

²⁶⁵ É o que esclarece Gustavo Tepedino: “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, inciso I, CC) a concorrência sucessória de que trata o art. 1.829, inciso I, do CC. 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*.” (TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre regime de bens no Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, Magister/IBDFAM, n. 2, v. 9, p. 5-21, 2008).

²⁶⁶ Vale consignar que a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já registrou decisão nesse sentido: “CIVIL. SUCESSÃO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE E FILHA DO FALECIDO. CONCORRÊNCIA. CASAMENTO. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. BENS PARTICULARES. CÓDIGO CIVIL, ART. 1829, INC. I. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. 1. No regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente não concorre com os descendentes em relação aos bens integrantes da meação do falecido. Interpretação do art. 1829, inc. I, do Código Civil. 2. Tendo em vista as circunstâncias da causa, restaura-se a decisão que determinou a partilha, entre o cônjuge sobrevivente e a descendente, apenas dos bens particulares do falecido. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 974241/DF, Rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado em: 07 jun. 2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

²⁶⁷ Sobre os autores nomeados, confira-se o quadro elaborado por CAHALI, Francisco José. *Família e Sucessões no Código Civil de 2002*. v. 2. São Paulo: RT, 2004. p. 329.

²⁶⁸ O exemplo da bicicleta, que foi colhido em artigo eletrônico do professor paulistano Gustavo René Nicolau, é referência recorrente em textos da lavra de diversos expoentes do tema (NICOLAU, Gustavo René. *Sucessão Legítima. Sucessão Legítima no Código Civil*. *SaraivaJur*, São Paulo, 2004. Disponível em

270 do Conselho de Justiça Federal, o proponente Mario Luiz Delgado Régis se vale de outro casuísmo para afastar o entendimento da primeira corrente, no sentido de que sua adoção levaria a uma automática concorrência sucessória:

A interpretação de que a existência de qualquer bem particular assegura o direito de concorrência ao acervo total retira do dispositivo todo sentido prático. Afinal de contas, que pessoa conhecemos não possuiria sequer um único bem particular, ainda que sejam aqueles de uso pessoal (art. 1.659, V)? Partindo do pressuposto de que não se poderia condicionar a natureza jurídica de bens particulares ao valor deles, podemos concluir que os trapos usados pelo mendigo são bens particulares tanto quanto o vestido Chanel da rica senhora. Sendo assim, o dispositivo constituiria letra morta, pois os casados sob o regime da comunhão parcial concorreriam com os descendentes em qualquer situação.

Ainda que não exista no texto do art. 1.829, I do Código Civil qualquer referência explícita no sentido de que a concorrência se dá sobre os bens particulares, os partidários desta corrente consideram que a menção a tais bens como critério de exclusão seria bastante para crer que a intenção do legislador era a de que a sucessão em conjunto ocorresse com base nesses bens individuais do cônjuge falecido.

E por considerarem que todas as pessoas possuem bens particulares (do trapo do mendigo ao paletó usado no cadáver do falecido) adotam os defensores o subterfúgio de sustentar que o dispositivo induziria a concorrência automática do cônjuge e descendentes em todos os casamentos em regime de comunhão parcial de bens, daí insustentável o entendimento da primeira corrente. Em última análise, estão a dizer que adotá-la faria do mencionado art. 1.829, I letra morta ou — como se parece cabível dizer — uma fraude em si mesmo. *Data maxima venia*, expediente de impacto melhor não há.

Ora, não se pode crer que a mesma lei que eleva o cônjuge à condição de herdeiro necessário²⁶⁹ e cria sua inédita concorrência com os descendentes num âmbito hipotético altamente restrito não poderia ser aquela a induzir uma situação em que o dito concurso ocorreria de forma incondicionada. Assim o fosse, desnecessária a referência a qualquer

<http://www.saraivajur.com.br/menuesquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=522>. Acesso em: 01 dez. 2015).

²⁶⁹ Diz o art. 1.845 do Código Civil: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”.

regime de bens ou à existência de bens particulares tal como redigido no art. 1.829, I, afinal a lei não contém palavras inúteis.

E mais: essa conclusão aparentemente sem o devido amadurecimento que direcionou a concorrência exclusivamente sobre os bens particulares apenas pelo fato de que os mesmos foram *mencionados* no art. 1.829, I do Código Civil (ainda que em outro contexto, pois estão ali para determinar *quando* e não *onde* se dá a concorrência), inviabilizou a possibilidade de se buscar a consistência imprescindível às normas do ordenamento civil. Não é por menos que a controvérsia, passados 10 anos da promulgação do Código Civil, ainda não foi pacificada.

Segundo Gustavo René Nicolau, em virtude da *mens legis*, em uma interpretação teleológica, poder-se-ia deduzir que o cônjuge já recolheu sua meação sobre os bens comuns e ali não precisaria mais herdar. Daí se entender que a solução mais equânime seria no sentido de que o sobrevivente herdasse apenas sobre os bens particulares, prestigiando-se a regra pela qual “onde o cônjuge herda não meia; onde meia não herda”.²⁷⁰

Reprisem-se quanto a esta corrente todas as críticas já formuladas em face do primeiro entendimento, na medida em a aplicação de suas diretrizes tem como resultado prático a ilegal mudança *post mortem* do regime de bens pactuado em vida, verdadeira fraude à sistemática da comunhão parcial e absurdo comprometimento da consistência do ordenamento civil²⁷¹.

À conta do exposto, confira-se o quadro sinóptico conclusivo da análise ora desenvolvida:

²⁷⁰ NICOLAU, Gustavo René. Sucessão Legítima. Sucessão Legítima no Código Civil. *SaraivaJur*, São Paulo, 2004. Disponível em <http://www.saraivajur.com.br/menuesquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=522>. Acesso em: 01 dez. 2015).

²⁷¹ De todo pertinente o alerta de Humberto Bergmann Ávila, *in verbis*: “Quando se aplica, sem valorar sistemática e problematicamente, não se aplica: distorce-se a finalidade concreta do Direito.” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Subsunção e concreção na aplicação do direito*. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 432).

2ª CORRENTE: ENUNCIADO 270/CJF (ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO)			
	QUANDO HAVERÁ CONCORRÊNCIA?	CÔNJUGE HERDA BENS PARTICULARES?	CÔNJUGE HERDA BENS COMUNS?
COMUNHÃO PARCIAL	Quando houver bens particulares	Sim, em concurso com descendentes	Não
PRÓS	Respeita a letra da lei	Se não houver bens comuns para recolher em meação, o cônjuge não ficará desassistido	Satisfaz a concorrência sem haver suposto <i>bis in idem</i> nos bens comuns
CONTRAS	-	Não respeita a vontade dos cônjuges e contraria a unidade sistemática	Não respeita a vontade dos cônjuges e contraria a unidade sistemática
CRÍTICAS	-	Basta um simples bem particular de ínfimo valor para que o cônjuge concorra. O cônjuge vai receber patrimônio para cuja aquisição não contribuiu.	Se houver bens particulares e comuns, o cônjuge vai receber mais que os descendentes

5.4 Da terceira corrente: concorrência nos bens comuns

Trata-se de verdadeira inversão às duas orientações anteriores, segundo entendimento isolado da ilustre professora Maria Berenice Dias, que exclui a sucessão conjunta do cônjuge na hipótese de o autor da herança ter deixado bens particulares.

Vale dizer, tanto para a primeira quanto para a segunda correntes, o requisito para a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes era justamente a existência de bens particulares, segundo interpretação literal *a contrario sensu* do art. 1.829, I do Código Civil.

Além disso, para a autora gaucha o concurso ocorrerá sobre a parte do acervo constituída pelos *bens comuns*, isto é, a parcela da meação outrora titulada pelo pré-morto. Havendo bens particulares, não há falar-se em concorrência sucessória e o consorte sobrevivente recolherá tão-somente sua meação, cabendo aos filhos herdar o patrimônio exclusivo e o remanescente dos bens comuns.

Esta linha de pensamento foi desenvolvida em alguns artigos doutrinários elaborados com o intuito tecer críticas à redação do art. 1.829, I do Código Civil e perquirir a interpretação mais adequada²⁷².

A argumentação é tentadora e construída com tenacidade, partindo da premissa de que o ponto-e-vírgula constante do dispositivo tem o escopo de seccioná-lo^{273, 274}. Assim, o que está antes do sinal gráfico é exceção interpolada no meio do período composto e o que vier depois, complementa a regra declinada no início da frase. Daí dizer a autora que

Não há dupla negativa na regra, pois na parte final e após o ponto-e-vírgula, passa a lei a tratar de hipótese diversa, ou seja, o regime da comunhão parcial, oportunidade em que é feita a distinção quanto à existência ou não de bens particulares, o que não cabe nos regimes antecedentes, daí a divisão feita pela pontuação, utilizada pelo legislador para afastar a perplexidade que tem assaltado os intérpretes do novo Código.²⁷⁵

Vale ilustrar com o texto normativo:

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;

Com efeito, é dizer que a concorrência sucessória não ocorrerá nos seguintes regimes de bens: comunhão universal e separação obrigatória. Todavia, incidirá nas seguintes hipóteses: separação convencional e participação final nos aquestos (por interpretação literal *a*

²⁷² DIAS, Maria Berenice. *O inc. I do art. 1.829 do Código Civil: algumas interrogações*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_o_inc_i_do_art._1.829_do_cc_alguas_interroga%E7%F5es.pdf. Acesso em: 01 dez. 2015; DIAS, Maria Berenice. *Ponto-e-vírgula*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_ponto_e_v%EDrgula.pdf. Acesso em: 01 dez. 2015; DIAS, Maria Berenice. *Ponto Final*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_ponto_final.pdf. Acesso em: 01 dez. 2015.

²⁷³ Descrevendo o raciocínio desenvolvido nesta posição doutrinária, José Carlos Teixeira Giorgis explica seus fundamentos: “O uso da expressão salvo se exclui da concorrência os regimes ali enumerados, e o sinal ponto-e-vírgula estabelece um seccionamento entre duas idéias, sendo imperioso reconhecer que a parte final da norma regula o direito concorrente quando o regime é da comunhão parcial, abrindo suas hipóteses a depender ou não da existência de bens particulares: assim, deixa claro o texto que há concorrência se o autor da herança não houver deixado bens particulares e, ao contrário, se deixou bens exclusivos o cônjuge não concorrerá com os descendentes, não podendo outra ser a leitura do artigo.” (GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 29, p.88-127, 2005).

²⁷⁴ Já houve, inclusive quem buscasse o devido esteio na análise léxica do dispositivo para analisar a premissa citada. Neste sentido, confira-se QUEIROGA, Antônio Elias. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 48.

²⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre família, sucessões e o novo Código Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 126-127.

contrario sensu) e comunhão parcial *sem bens particulares*, o que significa que não há outra sede para recolher herança que não o acervo constituído pela meação do pré-morto. Portanto, o cônjuge destaca sua meação e herda em concorrência com os descendentes na parcela restante de bens comuns.

É uma lógica convincente, não se pode negar, mas que não está isenta de críticas.

A primeira delas é a de que sua tese parece ter sido elaborada do final para o começo: acredita-se para fazer com que a concorrência sucessória ocorresse sobre os bens comuns, recorreu a doutrinadora gaucha a uma inversão lógica das orações do período, criticando-se a redação original e propondo uma reordenação que atingisse a finalidade almejada.

Uma evidência disto reside em uma determinada passagem na qual, comentando a hipótese em que um homem se casa em segundas núpcias sob o regime da comunhão parcial e vem a falecer, explica a autora que o entendimento dominante faria da consorte-viúva herdeira concorrente com os filhos do falecido sobre os bens que este adquiriu em seu primeiro matrimônio. Segundo Maria Berenice Dias, “Não há como admitir que os filhos vejam no novo cônjuge de seu pai alguém que irá disputar com eles bens do genitor. Ninguém vai aceitar um concorrente.”²⁷⁶

Outro ponto que chama atenção, com a máxima vênia, é a falta de coerência lógico-sistemática na tese da autora dentro do microssistema dos regimes de bens.

Entender a concorrência sucessória como uma regra que não alcança os bens particulares no regime da comunhão parcial, em última análise, significa preservar a intangibilidade destes aprestos, de modo a garantir que a morte de seu titular os transfira exclusivamente para sua prole.

²⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre família, sucessões e o novo Código Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 44.

Com muito mais razão, deveria a autora sustentar que idêntica situação ocorreria também com os aprestos da separação convencional, mas não o faz, o que leva a crer se tratar de uma construção feita sob medida para uma determinada finalidade.

Debalde o louvável esforço em enfrentar o tema, não se pode concordar que a *existência* de bens particulares afastaria a concorrência, ainda que se direcione esta para os bens comuns ao prestigiar a lógica que emana da estrutura dos regimes de bens, mantendo apartados os bens exclusivos.

A eminente autora parte de uma premissa que cujo sustentáculo é inegavelmente o bom senso, mas isto não é o bastante, pois ao custo de garantir a higidez do sistema patrimonial sacrificou-se a letra da norma, elaborando interpretação *contra legem* para atribuir ao art. 1.829, I do Código Civil o significado que mais se amoldava ao seu pensamento.

Não há qualquer óbice no pressuposto de existência de bens particulares como requisito para a concorrência. Aliás, é até o melhor ponto de partida.

Do contrário, seria o regime de comunhão universal a ser malferido caso o cônjuge concorresse com os herdeiros nos bens comuns como quer a autora: uma comunhão parcial composta apenas por bens comuns é verdadeira comunhão universal (e aqui não se admite concorrência sucessória).

Com efeito, ao adotar o entendimento desta terceira corrente, surgiria o risco de atribuir ao cônjuge parcela patrimonial demasiadamente maior do que a dos descendentes se num acervo de comunhão parcial integrado apenas por bens comuns, o supérstite recolhesse sua meação a ainda herdasse em conjunto com os descendentes na parcela relativa à meação do pré-morto.

Confira-se o quadro que sintetiza as questões abordas na análise da controvérsia:

3ª CORRENTE: MARIA BERENICE DIAS			
	QUANDO HAVERÁ CONCORRÊNCIA?	CÔNJUGE HERDA BENS PARTICULARES?	CÔNJUGE HERDA BENS COMUNS?
COMUNHÃO PARCIAL	Quando NÃO houver bens particulares	Não há herança do cônjuge se houver bens particulares	Sim, em concurso com descendentes, desde que não haja bens particulares
PRÓS	Inversão lógica que transfere a concorrência para os bens comuns	A vontade dos cônjuges no regime de bens vai ser respeitada	A vontade dos cônjuges no regime de bens vai ser respeitada e o cônjuge não fica desassistido
CONTRAS	Interpretação contra a lei.	Se não houver bens comuns o cônjuge ficará desassistido	O cônjuge vai receber mais que os herdeiros se houver somente bens comuns
CRÍTICAS	Tese criada na conveniência de fazer incidir o concurso sobre os bens comuns	Se não houver bens comuns, o <i>de cujos</i> deverá doar ou deixar testamento se quiser garantir patrimônio ao cônjuge	Como não há bens particulares, o cônjuge vai receber mais que os descendentes

5.5 Da quarta corrente: prevalência da vontade manifestada no regime de bens

O quarto entendimento registrado no tema da concorrência entre cônjuge e descendentes advém da *ratio decidendi* adotada pela Ministra Nancy Andrichi no julgamento do Recurso Especial 1.117.563, primeiro precedente de sua lavra perfilhando tal concepção²⁷⁷.

Segundo a relatora, a aplicação do art. 1.829, I do Código Civil requer uma *interpretação contextualizada* do dispositivo, observando os princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, levando em conta os princípios da autonomia da vontade e da autorresponsabilidade como consectários da dignidade da pessoa humana, assim como os princípios da confiança legítima e da eticidade, enquanto emanações da boa-fé.

Neste contexto, a vontade assumida pelos cônjuges em vida no momento em que contraíram matrimônio segundo as regras do regime da comunhão parcial de bens deve ser

²⁷⁷ Por todo o exposto, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1117563, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, julgado em: 17 dez. 2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

respeitada quando da morte de um dos membros do par. Do contrário, entende a relatora que ocorreria um retrocesso ao regime da comunhão universal, provocando a comunicabilidade do patrimônio anterior ao casamento.

A tese *andrighiana* critica tanto o entendimento da primeira corrente (isto é, herança como coisa indivisa) como também o da segunda ao argumento de que ao estabelecer que o cônjuge supérstite recolha herança com os descendentes também sobre os bens particulares ocorreria uma transmutação do regime eleito pelos consortes quando se casaram, passando-se a determinar a partilha pelas regras da comunhão universal. Diz a eminente jurista:

A adoção do entendimento de que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens concorre com os descendentes do falecido a todo o acervo hereditário, viola, além do mais, a essência do próprio regime estipulado.²⁷⁸

Com efeito, a solução da controvérsia deve levar em conta a *vontade das partes* na escolha de seu estatuto patrimonial e zelar por sua higidez inclusive diante da morte de um dos consortes o que, em última análise, significa a preservação do próprio regime de bens e a garantia da coerência sistemática das normas da codificação civil.

O tema retornou à 3ª Turma alguns anos mais tarde, e o entendimento da proficiente Ministra Nancy Andrichi foi novamente referendado, em acórdão cuja ementa se transcreve na íntegra^{279, 280}:

²⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1117563, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, julgado em: 17 dez. 2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015. Na linha oposta, confira-se o magistério do ilustre Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *in verbis*: “Apesar das conclusões do aresto acima referido e reconhecendo a excelência da argumentação ali expandida, *data maxima venia*, mantemos a nossa postura anterior, até porque *não* esposamos a tese da *ultratividade dos efeitos do regime escolhido pelo casal em vida*, a persistir após a morte de um dos cônjuges, a ponto de influenciar decisivamente na concorrência sucessória entre os descendentes do *de cuius* e o cônjuge sobrevivente, tese divorciada do pensamento da doutrina dominante e também dos termos do Código Civil de 2002, a ensejar similitude de direito sucessórios do cônjuge sobrevivente que fora casado pelo regime da comunhão parcial, com os direitos *causa mortis* expressos em relação ao companheiro sobrevivente (*caput* do art. 1.790 do CC). Isto porque, em especial, cremos que a escolha do regime de bens, sendo ato *inter vivos*, só produz efeitos em vida dos declarantes, servindo especialmente para disciplinar os efeitos patrimoniais do casamento, internos e externos.” (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 345, grifos no original). Uma ressalva, porém, se impõe: o presente estudo, como será visto ao longo do próximo capítulo, propõe reconhecer que os efeitos das normas do regime de bens no microsistema patrimonial do Direito de Família não se limitam a este segmento por força de uma inarredável interpretação orgânico-sistemática que leva em conta a unidade da codificação e a função social da herança como vetores lógicos na distribuição do acervo. Nessa toada, entende-se assim alcançar uma alinhamento das as normas sucessórias aos parâmetros de eticidade do Código para respeitar a autonomia da vontade do autor da herança e evitar o enriquecimento desproporcional dos sucessores.

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO COM O DE CUJUS PELO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. HERANÇA COMPOSTA DE BENS PARTICULARES E BEM COMUM. HERDEIRO NECESSÁRIO. CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES. ARTS. ANALISADOS: 1.658, 1.659, 1.661, E 1.829, I, DO CC/02.

1. Inventário distribuído em 24/01/2006, do qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 27/05/2013.
2. Cinge-se a controvérsia a definir se o cônjuge supérstite, casado com o falecido pelo regime da comunhão parcial de bens, concorre com os descendentes dele na partilha dos bens particulares.
3. No regime da comunhão parcial, os bens exclusivos de um cônjuge não são partilhados com o outro no divórcio e, pela mesma razão, não o devem ser após a sua morte, sob pena de infringir o que ficou acordado entre os nubentes no momento em que decidiram se unir em matrimônio. Acaso a vontade deles seja a de compartilhar todo o seu patrimônio, a partir do casamento, assim devem instituir em pacto antenupcial.
4. O fato de o cônjuge não concorrer com os descendentes na partilha dos bens particulares do de cujus não exclui a possibilidade de qualquer dos consortes, em vida, dispor desses bens por testamento, desde que respeitada a legítima, reservando-os ou parte deles ao sobrevivente, a fim de resguardá-lo acaso venha a antes dele falecer.
5. Se o espírito das mudanças operadas no CC/02 foi evitar que um cônjuge fique ao desamparo com a morte do outro, essa celeuma não se resolve simplesmente atribuindo-lhe participação na partilha apenas dos bens particulares, quando houver, porque podem eles ser insignificantes, se comparados aos bens comuns existentes e amealhados durante toda a vida conjugal.
6. Mais justo e consentâneo com a preocupação do legislador é permitir que o sobrevivente herde, em concorrência com os descendentes, a parte do patrimônio que ele próprio construiu com o falecido, não lhe tocando qualquer fração daqueles outros bens que, no exercício da autonomia da vontade, optou - seja por não ter elegido regime diverso do legal, seja pela celebração do pacto antenupcial - por manter incomunicáveis, excluindo-os expressamente da comunhão.
7. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.

Um ponto específico chama atenção na corrente desenvolvida por Sua Excelência: a magistrada entende que a concorrência sucessória na comunhão parcial independe da

²⁷⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1377084/MG, Rel. Min. Nancy Andriighi, 3ª Turma, julgado em: 08 out. 2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 31 jan. 2015.

²⁸⁰ É de se registrar, lamentavelmente, que a saída da Min. Nancy Andriighi do citado órgão julgador para assumir a função de Corregedora Nacional de Justiça no biênio 2014-2016 iniciou uma revisão nas premissas do entendimento até então vigente, em particular no que se refere à prevalência da autonomia da vontade. É o que se colhe em BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1472945/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em: 23 out. 2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 31 jan. 2015. Mais tarde, diante da necessidade de uniformização frente ao posicionamento adotado na 4ª Turma (que seguia tese majoritária na doutrina, fundada no Enunciado 270 do Conselho da Justiça Federal), a controvérsia foi alçada à 2ª Seção, onde a concepção *andriighiana* não prevaleceu. Neste sentido, conforme consta do Informativo 563/STJ: “RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. HERDEIRO NECESSÁRIO. EXISTÊNCIA DE DESCENDENTES DO CÔNJUGE FALECIDO. CONCORRÊNCIA. ACERVO HEREDITÁRIO. EXISTÊNCIA DE BENS PARTICULARES DO DE CUJUS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. [...] 2. Nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares. 3. A referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens particulares constantes do acervo hereditário do *de cujus*. 4. Recurso especial provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1368123/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Min. Raul Araújo, 2ª Seção, julgado em: 22 abr. 2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

existência de bens particulares²⁸¹. Ter-se-á o concurso de herdeiros necessários havendo ou não bens particulares, sendo que se estes estiverem no acervo serão herdados exclusivamente pelos descendentes do hereditando.

De *lege ferenda*, o entendimento da relatora neste particular merece todos os louvores, pois se trata de uma proposta que ao mesmo tempo em que preserva a unidade sistemática do Código Civil e respeita a autonomia da vontade conjugal, também atende à intenção legislativa de garantir ao cônjuge a assistência necessária à sua viuvez.

Esbarra apenas, com a devida vênia, no risco de atribuir ao supérstite parcela patrimonial demasiadamente maior do que a dos descendentes se num acervo de comunhão parcial integrado apenas por bens comuns o consorte recolhesse sua meação a ainda herdasse em conjunto com os descendentes na parcela relativa à meação do pré-morto.

Pelo exposto, conclui-se a análise com o pertinente quadro sinóptico:

4ª CORRENTE: NANCY ANDRIGHI			
	QUANDO HAVERÁ CONCORRÊNCIA?	CÔNJUGE HERDA BENS PARTICULARES?	CÔNJUGE HERDA BENS COMUNS?
COMUNHÃO PARCIAL	Sempre, não importando se há ou não bens particulares	Não, serão sempre dos descendentes	Sim, em concurso com descendentes
PRÓS	O cônjuge sempre vai ser beneficiado	A vontade dos cônjuges no regime de bens vai ser respeitada	A vontade dos cônjuges no regime de bens vai ser respeitada e o cônjuge não fica desassistido
CONTRAS	Amplia irrestritamente a concorrência para uma hipótese não prevista em lei	Se não houver bens comuns o cônjuge ficará desassistido	-
CRÍTICAS	O respeito à vontade não pode sacrificar a letra da lei. Na pode o intérprete generalizar aquilo que a lei excepcionou.	Se não houver bens comuns, o <i>de cujos</i> deverá doar ou deixar testamento se quiser garantir patrimônio ao cônjuge	Se houver apenas bens comuns, o cônjuge vai receber mais que os descendentes

²⁸¹ Em suas palavras, “Desse modo, preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, haja ou não bens particulares, partilháveis, estes unicamente entre os descendentes.”.

6. UMA PROPOSTA CONCILIATÓRIA PARA SOLVER A CONTROVÉRSIA: A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DA EFICÁCIA TRANSCENDENTE DAS NORMAS DO REGIME DE BENS

Conforme o exposto no capítulo anterior, contam-se quatro correntes no tema da concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes no regime de comunhão parcial de bens e nenhuma delas, com a máxima vênia, foi capaz de apaziguar satisfatoriamente a questão.

Nenhum dos quatro entendimentos mostrou-se imune a críticas, seja na definição quanto ao requisito para se instalar a herança em conjunto ou ainda na medida de sua incidência sobre o acervo. Dos acertos e censuras diagnosticados em cada orientação, colhem-se os subsídios necessários a lançar uma nova luz sobre o tema e propor uma orientação que pode se prestar de alguma forma aos primeiros passos da pacificação da controvérsia.

6.1 Considerações iniciais

O primeiro obstáculo a enfrentar é o de saber quando se verifica a concorrência. Das quatro correntes analisadas, as duas primeiras sustentam que será sempre que houver bens particulares. Para a terceira, o contrário: quando não houver bens particulares. Para o quarto entendimento, o cônjuge concorrerá sempre, tendo o autor da herança deixado bens exclusivos ou não.

Apure-se então sobre qual parte do acervo recairá a concorrência: tem-se um primeiro entendimento que defende a concorrência do supérstite com os descendentes sobre toda a herança, considerada coisa indivisa. A segunda orientação, majoritária, é no sentido de concorrer o cônjuge somente sobre os bens particulares. Para a terceira e quarta correntes, o concurso ocorrerá nos bens comuns.

O desenho daquilo que se pretende uma visão não apenas conciliatória mas também endossável tecnicamente passa por um aprofundamento das reflexões que foram elaboradas a cada corrente descrita no capítulo quinto deste estudo, de modo a identificar a gênese das críticas e a partir deste ponto percorrer um caminho devidamente embasado e justificado do ponto de vista da teoria geral do Direito e também do Direito Civil contemporâneo.

6.2 Uma possível causa para a controvérsia sem solução

Observando-se a primeira corrente (herança como coisa indivisa) e também ao entendimento dominante (herança sobre os bens particulares), é de se notar uma busca incessante por aquilo que seja melhor para o cônjuge, ainda que se tenha que sacrificar esta ou aquela norma do Código, ou mesmo comprometer toda a consistência do sistema. Para não deixar desassistido o cônjuge sobrevivente, atribuem-se-lhe bens para cuja aquisição sequer tenha concorrido ou se modifica a teleologia de um princípio como o da unidade da herança para sustentar a impossibilidade que particionar o acervo, no afã de permitir que o cônjuge recolha sempre um pouco mais. Não se repudia esta intenção — que é louvável, vale dizer — mas não é possível concordar que os fins colimados justifiquem os meios percorridos a ponto de subverter parâmetros de razoabilidade.

Tudo começou com a interpretação literal do art. 1.829, I do Código Civil e não se foi muito além disso: se no dispositivo há menção aos bens particulares, então é sobre estes que incidirá a concorrência. Inicialmente, num esforço superprotetivo em relação ao cônjuge e visando evitar o surgimento de “viúvas desassistidas”²⁸², ampliou-se ao máximo a abrangência do concurso do cônjuge com os descendentes. Vieram as críticas, e com elas a desculpa de que bastaria o morto possuir uma bicicleta anterior ao casamento que estaria

²⁸² A referência se dirige à hipótese em que um casal não amealhou bens durante o matrimônio regado por comunhão parcial, uma vez que o marido já dispunha de patrimônio anterior. Passados, por exemplo, 30 anos de casados e sobrevivendo a morte do marido, a esposa que sempre se dedicou exclusivamente aos cuidados do lar e dos filhos nada receberia, pois sequer possui meação para recolher.

autorizada a concorrência²⁸³, atingindo inclusive bens que já haviam sido objeto de partilha em decorrência de meação.

Os problemas casuísticos começaram a inquietar expoentes da doutrina civilista, como apontado por Francisco Cahali e Giselda Hironaka:

Veja-se que se o casamento tiver sido celebrado pelo regime da comunhão parcial, e o falecido não possuía bens particulares, o viúvo deixa de participar da herança, ressalvado seu direito à meação; mas se o único bem particular, adquirido antes do casamento, for uma linha telefônica, o cônjuge sobrevivente recebe, além da meação que já lhe é destinada, uma parcela sobre todo o acervo, inclusive daquele que é meeiro. E nesta mesma situação com apenas uma linha telefônica adquirida anteriormente ao matrimônio, se o regime adotado for o da comunhão universal, o cônjuge recebe a meação também sobre o telefone, mas fica privado da concorrência na herança sobre a integralidade do acervo hereditário.²⁸⁴

Acredita-se que toda a celeuma que envolve o tema poderia ter sido evitada se a análise da norma *não tivesse ficado restrita à interpretação literal ou gramatical*, o que era um imperativo da boa técnica em se tratando de um dispositivo cuja redação era passível de críticas. Uma lição clássica em hermenêutica é a de que o sentido de um enunciado normativo no mais das vezes não se esgota no produto de suas palavras. Confira-se o que ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

É óbvio que as exigências gramaticais da língua, por si, não resolvem essas dúvidas. A análise das conexões léxicas, por uma interpretação dita gramatical, não se reduz, pois, a meras regras da concordância, mas exige regras de decidibilidade. Por exemplo, se a norma em tela é cláusula de um contrato, aparecem regras como a que recomenda que se veja antes a intenção dos contraentes e não a letra da prescrição, que se observe a própria conduta dos contraentes, ou seja, o modo como estavam executando o pactuado, que, na dúvida, interprete-se em favor de quem se obriga e não de quem obriga o outro etc. No fundo, pois, a chamada interpretação gramatical tem na análise léxica apenas um instrumento para mostrar e demonstrar o problema, não para resolvê-lo. A letra da norma, assim, é apenas o ponto de partida da atividade hermenêutica. Como interpretar juridicamente é produzir uma paráfrase, a interpretação gramatical obriga o jurista a tomar consciência da letra da lei e estar atento às equívocos proporcionadas pelo uso das línguas naturais e suas imperfeitas regras de conexão léxica.²⁸⁵

²⁸³ Ou mesmo, a dizer-se como Zeno Veloso, que todos possuem bens particulares nem que seja a própria roupa do corpo (VELOSO, Zeno. *Direito Sucessório dos Cônjuges*. Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/358-artigos-jun-2012/8593-direito-sucessorio-dos-conjuges>. Acesso em: 01 dez. 2015.

²⁸⁴ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões*. v. 6. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 247-248.

²⁸⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 280.

Com efeito, ao entendimento firmado na primeira e segunda correntes parece faltar a percepção de que uma análise sistemática do art. 1.829, I do Código Civil no contexto das normas relativas aos diversos regimes de bens é imprescindível. Isto porque, ainda que se concorde com a redação do dispositivo tal como posto, é necessário reconhecer que sua complexidade textual reclama aquilo que Pietro Perlingieri veio a chamar de *processo cognitivo unitário*, o que envolve a aplicação das técnicas literal, lógica e sistemática como recurso para a obtenção da clareza da norma de modo que

O intérprete não pode limitar-se a levar em consideração a fórmula legislativa, mas deve investigar a *ratio iuris*; a sua tarefa não pode variar segundo que seja chamado a aplicar leis ‘claras’ ou leis ‘ambíguas’, onde a clareza, se existe, não pode ser um *prius*, mas um *posterius* da interpretação: não a premissa, mas o resultado da interpretação.²⁸⁶

Ainda segundo lição do mestre italiano, não se pode conceber que a norma seja uma unidade lógica que existe isolada empiricamente, sob pena de se confundir seu comando com o artigo de lei visto na sua exteriorização sob forma de palavras encadeadas. Significa dizer que “A norma nunca está sozinha, mas existe e exerce a sua função unida ao ordenamento e seu significado muda com o dinamismo do ordenamento ao qual pertence.”²⁸⁷.

Não é por outra razão que o ensino do *In claris non fit interpretatio* deve ser banido da técnica jurídica, notadamente porque é nada menos o princípio da legalidade que impõe o respeito aos preceitos individuais de forma coordenada entre si e devidamente harmonizados com os princípios constitucionais para que se possa confrontar o fato normado com o âmbito do ordenamento inteiro. Veja-se que

Não existem normas, portanto, que não tenham como pressuposto o sistema e que ao mesmo tempo não concorram a formá-lo; não existem normas que sejam inteligíveis no seu efetivo alcance se não inseridas como partes integrantes, em uma totalidade formal (sistema legislativo) e substancial (sistema social). Este resultado postula a superação da exegese considerada exclusivamente como investigação e individuação do significado literal do texto. [...] ‘Entender’ a norma não é, não pode ser, o resultado da exegese puramente literal, mas a individuação da sua lógica e da sua

²⁸⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 72.

²⁸⁷ PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.*, p. 72.

justificação axiológica; e isso é impossível sem levar em conta o resto do ordenamento e os princípios que o suportam.²⁸⁸

Daí dizer-se que a adequação de um determinado fato jurígeno à respectiva norma de regência não é algo que se realiza isoladamente, pois é o próprio postulado da legalidade que impõe a observância das outras normas do sistema e do ordenamento com o um todo. Afinal, se “ninguém será obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 2º da Constituição da República), *mutatis mutandi*, ninguém será obrigado a ver partilhado em sucessão hereditária um patrimônio intangível (no caso, os bens particulares da comunhão parcial) senão em virtude de uma norma jurídica que preveja a divisão patrimonial num dado sentido.

Vale reiterar, ainda na questão de a concorrência sucessória ter sido dirigida aos bens particulares ao arrepio da interpretação sistemática e consistência do ordenamento, que não há no art. 1.829, I do Código Civil qualquer dirigismo nesse sentido, de modo que tal construção advém da própria doutrina.

Outro ponto a que se pode atribuir o ofuscamento da visão desta parcela da doutrina que adere à segunda corrente é o apego excessivo, indistinto e incondicional à regra segundo a qual o cônjuge somente será herdeiro concorrendo com os descendentes quando não for meeiro.

O Código estabelece que a concorrência não se dá na comunhão universal porque nesse regime não há, em regra, bens particulares (dar caber somente nesta hipótese a regra de que *quem herda não meia, quem meia não herda*), ficando também afastada na separação legal de bens (por incompatibilidade com o sistema)²⁸⁹.

²⁸⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 78-80.

²⁸⁹ É o que ensina Euclides de Oliveira: “Como se verifica, o direito sucessório concorrente do cônjuge com os descendentes depende do regime de bens adotado no casamento. O fio condutor parece ser o de que, havendo meação, pelo regime comunitário de bens, não haverá concurso na herança, uma vez que o cônjuge acha-se garantido com a parte do patrimônio.” (OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. *Inventários e partilhas. Direito das Sucessões*. São Paulo: Leud, 2003. p. 95). No mesmo sentido, logo após a

Já no caso da comunhão parcial, a premissa para configurar a herança concorrente é a existência de bens particulares. Até porque, não os havendo, estar-se-ia diante de verdadeira comunhão universal (situação em que só há bens comuns a partilhar, e aqui existe lugar para a regra de exclusão segundo a qual *quem meia não herda*). Havendo bens particulares, parte-se então para possibilidade de concorrência entre o cônjuge e os descendentes.

Neste caso, é preciso ponderar que antes de 2002 não se falava em concorrência sucessória do cônjuge em nenhuma circunstância da ordem de vocação hereditária. O consorte nem mesmo herdeiro necessário era considerado e não tinha o mesmo prestígio da atualidade, pois era o terceiro na ordem de vocação hereditária²⁹⁰. A própria regra de exclusão mencionada se prestava a justificar este fato: se o cônjuge já era meeiro, não seria herdeiro porque havia outros sucessores que herdariam antes dele; se era herdeiro (pois foi chamado a suceder diante da inexistência de outros vocacionados), não recolheria meação pois recebe a integralidade da herança.

A desconstrução desse “dogma” do Direito das Sucessões é deveras simples.

Com o advento do concurso entre cônjuge e descendentes a situação mudou: diante da existência de bens particulares no inventário, é a própria lei que afasta a regra do *quem herda não meia* pois agora se está diante de um cônjuge que mantém seus direitos de meeiro e foi prestigiado com participação no acervo na condição de herdeiro.

Não há, portanto, *bis in idem* — duplo agraciamento do supérstite — porque os acréscimos patrimoniais são de naturezas distintas. De mais a mais, a suposta regra *quem herda não meia* se revela totalmente flexível no ambiente sistemático da codificação, pois em sede de concorrência sucessória na união estável (art. 1.790 do Código Civil, que será oportunamente analisado neste trabalho) o companheiro que recolhe meação, de fato, recebe

entrada em vigor do novel Código Civil, LEITE, Eduardo de Oliveira. A nova ordem de vocação hereditária e a sucessão dos cônjuges. *Revista Forense*, São Paulo, v. 99, n. 368, p. 435-440, 2003.

²⁹⁰ Dizia o art. 1.603 do Código Civil/1916: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - Aos descendentes. II - Aos ascendentes. III - Ao cônjuge sobrevivente. IV - Aos colaterais. V - aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União”.

herança calculada sobre o quinhão outrora meado pelo *de cujos*. Ou seja, tanto herda quanto meia no tocante aos bens comuns.

Há que se apurar, portanto, onde recairá a herança do cônjuge: na parcela de bens particulares, na parcela de bens comuns relativos ao hereditando ou na herança como um todo indiviso?

Muito do que já se disse ao longo das reflexões acerca do não cabimento da concorrência sucessória em sede de separação convencional se aplica também aqui no que concerne à necessidade de manter a intangibilidade dos bens particulares como forma de preservar a unidade do sistema.

É necessário ter em mente que a principiologia histórica do Código Civil de 2002 é no sentido de não deixar desassistido o cônjuge supérstite²⁹¹, mas não se pode relegar a interpretação do microssistema sucessório como parte de um ordenamento orgânico, que por sua vez foi edificado levando em conta o *princípio da unidade do sistema jurídico*, assim descrito por Maria Helena Diniz:

Esse princípio da unidade pode levar-nos à questão da correção do direito incorreto. Se se apresentar uma antinomia, ou um conflito entre normas, ter-se-á um estado incorreto do sistema, que precisará ser solucionado, pois o postulado desse princípio é o da resolução das contradições. O sistema jurídico deverá, teoricamente, formar um todo coerente, devendo, por isso, excluir qualquer contradição lógica nas asserções, feitas pelo jurista, elaborador do sistema, sobre as normas, para assegurar sua homogeneidade e garantir a segurança na aplicação do direito. Para tanto, o jurista lançará mão de uma interpretação corretiva, guiado pela interpretação sistemática, que o auxiliará na pesquisa dos critérios para solucionar a antinomia a serem utilizados pelo aplicador do direito.²⁹²

Não se nega que o sistema seja imperfeito, e são inúmeras as razões que podem dar causa a antinomias, no mais das vezes em razão da multiplicação de leis ou falta de apuro técnico do legislador. Ainda que se trate de vicissitude que acomete os alicerces construídos pelos juristas, o intérprete tem à sua disposição o *princípio da não-contradição*, pois a coerência lógica do sistema é uma exigência fundamental da obra legislativa e da própria

²⁹¹ REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil. *Revista da EMERJ*, Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, Rio de Janeiro, p. 196-206, jul. 2002.

²⁹² DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 13.

unidade do ordenamento. Cabe, portanto, à ciência jurídica combater e eliminar as antinomias, propondo os critérios que pacifiquem os conflitos e conduzam à harmonia do complexo normativo.

Com efeito, fazer incidir a concorrência sobre bens particulares ou sobre o todo indiviso atende ao requisito da assistência ao cônjuge remanescente, mas resulta em fraude ao próprio sistema de regime de bens: o morto nunca desejou que seus bens particulares fossem transmitidos ao cônjuge. Assim o quisesse, teria se valido dos expedientes que a lei mantém a sua disposição, quais sejam: aquisição de algum bem em condomínio, doação ao consorte, deixa testamentária e a própria alteração do regime de bens para a comunhão universal ou alguma modalidade de pactuação híbrida que de alguma forma outorgasse patrimônio ao outro membro do casal.

Resta, portanto, fazer recair a concorrência sobre os *bens comuns*, à luz do que passa a ser abordado no próximo item.

6.3 Justificativas para a concorrência sucessória sobre os bens comuns do acervo

De início, uma asserção das mais basilares: morto não tem meação, morto tem *acervo hereditário* (naturalmente, uma parcela desse acervo é composta pelo patrimônio que correspondeu à meação do cônjuge enquanto vivo, além de seus bens particulares, se os houver)²⁹³. Veja-se que esta curial distinção afasta o argumento de que ocorreria *bis in idem* se o cônjuge concorresse na parcela dos bens comuns, isto é, aquela que um dia constituiu a meação de seu consorte quando estava vivo.

²⁹³ Segundo José Carlos Teixeira Giorgis, “A herança é uma universalidade, compondo-se não só da meação sobre os bens comuns, mas também do patrimônio particular do defunto, o que tem sido causa de discórdia quando se examina sua transmissão ao cônjuge sobrevivente em rivalidade com outros herdeiros.” (GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 29, p. 88-127, 2005). Vale atentar que aquilo que comumente se referencia como “a meação do morto”, na realidade e sob o ponto de vista técnico, é impropriamente assim denominado. Morto o cônjuge, sua metade nos aquestos passa a integrar a universalidade dos direitos postos à futura partilha.

Se a meação é a expectativa de direito ao condomínio da metade dos bens comuns²⁹⁴, tal direito se realizou para o cônjuge supérstite diante da extinção do casamento em virtude da morte do outro cônjuge. Mas tal situação não ocorreu para o hereditando, afinal, morto não tem expectativa de direito. Aquilo que um dia foi sua meação, com o decesso se tornou seu acervo hereditário constituído formalmente na figura de seu espólio.

Daí atingir-se conclusão das mais evidentes: se a meação do indivíduo vivo é uma coisa e o espólio do morto é outra, não há falar-se em *bis in idem*, não havendo qualquer óbice a que a concorrência do cônjuge com os descendentes recaia sobre a parcela correspondente aos aquestos do casal apurada após o destacamento da meação do supérstite.

Ad argumentandum, atinge-se a mesma conclusão percorrendo outro caminho argumentativo.

Primeiramente, cabe analisar quando deve se dar a concorrência: se diante da existência ou inexistência de bens exclusivos.

Não é porque o art. 1.829, I do Código Civil condicionou a concorrência sucessória à existência de bens particulares que *necessariamente* o concurso deve ocorrer sobre eles. O critério é de exclusão lógica: se fosse o contrário e a concorrência acontecesse na hipótese de inexistência de bens particulares (logo, recairia sobre os bens comuns, que seriam os únicos existentes), o resultado seria uma redução do quinhão dos descendentes e um aumento proporcional da quota do supérstite que, já tendo recolhido sua meação, seria ainda aquinhoadado com parcela da herança²⁹⁵.

Não há falar-se aqui em enriquecimento ilícito porque, ao menos em tese, a distribuição do acervo estaria coberta por um dispositivo legal hipotético. Talvez seja melhor

²⁹⁴ Confira-se o que se disse sobre este ponto no item 2.3 deste estudo.

²⁹⁵ A concorrência sucessória incidindo na hipótese de inexistência de bens particulares é a solução proposta pela terceira corrente que responde a controvérsia, defendida isoladamente pela professora Maria Berenice Dias. Neste particular, confira-se o que foi relatado no item 5.4.

falar em “enriquecimento desproporcional”, e seria esta a razão para a concorrência ser dar quando houver bens particulares.

Basta ver que, neste caso de concorrência mediante a existência de bens particulares no acervo (seja qual for a tese adotada, isto é, seja recolhendo nos bens exclusivos ou na parcela de bens comuns do autor da herança) a distribuição supõe-se mais equitativa entre cônjuge e filhos. Se o cônjuge recolher sua meação e concorrer nos bens particulares, aos filhos será destinado o quinhão restante da concorrência e mais a integralidade da parcela do morto nos bens comuns. Na outra perspectiva cogitada, o cônjuge concorrerá nos bens comuns após recolher sua meação, e aos filhos será destinado o remanescente da concorrência e a integralidade dos bens particulares.

Seja como for, a distribuição da riqueza é mais justa e não se deixa de atender ao desiderato de manter o supérstite devidamente assistido.

Das duas alternativas apresentadas, por óbvio, a mais consentânea com a unidade sistemática das normas do Código será aquela que encaminhe a concorrência para os bens comuns após o destacamento da meação do consorte sobrevivente, destinando-se aos descendentes a integralidade dos bens particulares.

Prosseguindo na análise, agora para demonstrar que a concorrência entre o cônjuge e os descendentes não deve se dar sobre os bens particulares (e sim sobre os aquestos), recorre-se a uma reflexão baseada na partilha em sede de comunhão universal.

Nesta senda, impõe lembrar que a universalização do patrimônio no mencionado regime não é absoluta, pois é possível a existência daquilo que neste estudo se convencionou denominar *aprestos extraordinários*, decorrentes das exclusões determinadas em lei (art. 1.668 do Código Civil)²⁹⁶ ou das estipulações de vontade dos cônjuges no pacto antenupcial (arts. 1.639 do Código Civil)²⁹⁷.

²⁹⁶ Neste sentido, diz o art. 1.668 do Código Civil: “São excluídos da comunhão: I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens gravados de fideicomisso e o

Reitere-se, também, a hipótese dos cônjuges casados em comunhão universal que, apesar de não possuírem patrimônio anterior, adquiriram bens no curso da sociedade conjugal. Registre-se no exemplo que o marido recebeu doação de um imóvel com cláusula de incomunicabilidade, sendo este devidamente arrolado no inventário. Trata-se, portanto, de apresto extraordinário havido no curso de um regime de comunicação universal (bem excepcionalmente incomunicável pelo art. 1.668, I do Código Civil)²⁹⁸.

No caso em tela, considerando-se hipoteticamente que o hereditando deixou 02 filhos, não haverá concorrência sucessória entre estes e o cônjuge (em razão da vedação expressa contida no art. 1.829, I do Código Civil, pois o regime é o da comunhão universal). O supérstite, portanto, recolherá tão somente sua meação.

Todavia, ao analisar a questão com um olhar naturalístico, é possível dizer que uma comunhão universal com aprestos extraordinários do art. 1.668 do Código Civil não é diferente, na essência, de uma comunhão parcial: ambas possuem bens incomunicáveis coexistindo com uma massa patrimonial comum²⁹⁹.

Volte-se, então, à situação fática da comunhão universal com o apresto extraordinário. Se o bem recebido em doação é um bem particular dentro de um regime tal qual uma comunhão parcial, deveria haver sobre este imóvel herança concorrente entre cônjuge e descendentes segundo o entendimento dominante (afinal, é bem particular que está

direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.”

²⁹⁷ É o que dispõe o art. 1.639 do Código Civil: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.”

²⁹⁸ Pelo exposto, confirmam-se os itens 3.3.1 e 5.1 deste estudo.

²⁹⁹ Na mesma linha de raciocínio, seria possível dizer também que a comunhão parcial de bens é um regime híbrido, produto da separação dos bens anteriores somada à comunhão dos aquestos posteriores ao casamento. É muito similar à dinâmica de uma separação legal em que ocorreu a incidência da Súmula 377/STF. Para reger a concorrência sucessória nesse regime, deve-se atentar para suas próprias bases ontológicas: na parte em que tem por conteúdo bens aprestos (separação) não caberia concorrência pela incompatibilidade lógica e inegável fraude ao sistema; naquilo em que se compõe de bens aquestos (comunhão) faz-se incidir a concorrência.

fora da comunhão universal, logo fora da ressalva do art. 1.829, I do Código Civil quanto ao descabimento da concorrência na comunhão universal “pura”³⁰⁰).

Deveria ser assim, seguindo-se a mesma lógica da concorrência na comunhão parcial, mas não é o que ocorre e é esta a razão que torna questionável a interpretação dominante segundo a qual a concorrência se dá nos bens particulares, senão vejamos.

Se o Código assim o quisesse, teria estipulado a concorrência sobre os aprestos extraordinários da comunhão universal, mas silenciou eloquentemente sobre o tema. E assim o fez porque respeitou a unidade sistemática do regime: um bem havido com cláusula de incomunicabilidade teve esse gravame respeitado no momento da partilha³⁰¹.

Cai por terra, conseqüentemente, a construção apressada de que a concorrência no regime da comunhão parcial se dá sobre os bens particulares (que, aliás, é essencialmente doutrinária). O Código igualmente silenciou e não o fez à toa. É de se dizer, mais uma vez, que não é muito diferente uma comunhão universal com aprestos extraordinários de uma comunhão parcial: em ambas existe a comunicação dos aquestos (sendo que no regime universal o patrimônio comunicável anterior e posterior ao casamento se torna aquesto por força do art. 1.667 e no regime parcial o que sobrevier ao matrimônio se comunica pelo art. 1.658 do Código Civil) e igualmente nas duas existem bens que são comunicáveis *ex lege* (na universal os bens do art. 1.668 e na parcial os do art. 1.659).

Com efeito, desejasse a codificação atribuir a concorrência nos bens particulares como regra geral de aplicação do art. 1.829, I em sede de comunhão parcial, por coerência lógica deveria então ter açambarcado a hipótese da comunhão universal com aprestos extraordinários, haja vista a equivalência entre ambos os casos.

³⁰⁰ Por comunhão universal “pura”, entenda-se aquela em que não constam aprestos extraordinários.

³⁰¹ Não cabe, porém, o argumento pela via reversa a entender que inobstante o Código Civil ter silenciado no tocante à partilha de aprestos extraordinários em comunhão universal, seria o caso de se valer da regra da comunhão parcial de bens e determinar a concorrência entre cônjuge e descendentes nestes bens intangíveis. Incabível a tese, pois estar-se-ia aplicando interpretação extensiva a uma exceção legal, afinal de contas o art. 1.829, I expressamente excluiu da concorrência sucessória por meio do disjuntivo “salvo se” os casamentos celebrados em regime de comunhão universal.

Na linha de todo o exposto, a interpretação que ora se adota para o art. 1.829, I do Código Civil é no sentido de sustentar que a concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes no regime da comunhão parcial de bens tem cabimento na hipótese em que o autor da herança deixou bens particulares, recaindo o concurso de herdeiros sobre os *bens comuns* apurados após o recolhimento da meação pelo consorte sobrevivente e se destinando aos descendentes a exclusividade dos bens particulares.

Esta construção, aliás, abre espaço para que se vá um pouco além, de modo a vislumbrar duas hipóteses em que excepcionalmente seria possível falar em concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes no contexto de regimes de bens aprestos que, a rigor, estariam excluídos da incidência desse instituto.

É de todo consabido que a separação legal foi expressamente afastada do concurso hereditário por dicção expressa da norma do art. 1.829, I do Código Civil. Todavia, a cogitar-se da existência de bens particulares em razão da incidência da Súmula 377/STF o quadro que se desenha é também ontologicamente idêntico a uma comunhão parcial de bens: uma massa patrimonial incomunicável e que assim o permanece após a celebração do casamento, e uma parcela de bens que se comunica entre os cônjuges. A adotar-se o entendimento proposto — isto é, pelo cabimento da concorrência quando o autor da herança deixa bens particulares, incidindo o concurso de herdeiros sobre os bens comuns — não seria impossível sustentar a concorrência entre cônjuge e herdeiros sobre os bens comunicáveis do acervo, naturalmente após o destacamento da meação do supérstite.

Idêntico raciocínio poderia ser aplicado no panorama da separação convencional, pouco importando a premissa adotada quanto ao cabimento da concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes quanto a esse regime³⁰². É que não se desconhece a possibilidade de os nubentes ajustarem no pacto antenupcial de separação a comunicabilidade de algum bem

³⁰² O presente estudo, dissociando-se do entendimento atualmente a prevalecer, propugna o afastamento da concorrência sucessória em sede de separação convencional, conforme discorrido ao longo de seu capítulo 4.

eventualmente já existente em seus patrimônios pessoais ou mesmo de outro bem que sobrevenha ao matrimônio. Se assim ocorrer, a essência desse quadro patrimonial corresponderá a uma comunhão parcial de bens, pois a hipótese revelará a coexistência de patrimônio incomunicável após a celebração do matrimônio, ao lado de um ou mais bens que se tornaram comuns por vontade das partes, sendo em relação a estes certamente possível a concorrência.

Quanto aos estatutos de bens aquestos, o mesmo pode ser dito em relação ao regime da participação final quando se observa que a conta de acertamento na dissolução do matrimônio se situa no âmbito dos acréscimos adquiridos por cada cônjuge, que passam a ser tratados como bens comuns, portanto plenamente passíveis se deflagrarem a concorrência sucessória, com o prévio desconto da meação do sobrevivente.

6.4 A eficácia transcendente das normas do regime de bens

Identificadas as causas que tornam insanável a controvérsia em tema de concorrência sucessória na comunhão parcial de bens nos moldes atuais, elaboradas as devidas críticas e apresentadas as justificativas para que o concurso entre cônjuge e descendentes ocorra sobre os bens comuns, já é possível então construir as bases principiológicas daquilo que se convencionou neste estudo denominar *Teoria da Eficácia Transcendente das Normas do Regime de Bens*.

Os conceitos e reflexões consignados no início deste trabalho sobre questões de hermenêutica jurídica, assim como a base argumentativa construída através do enfrentamento do tema da concorrência sucessória em sede de separação de bens e, finalmente, as duas linhas de raciocínio lançadas na construção do que se entendeu em face da controvérsia instalada sobre o regime da comunhão parcial, todos reunidos, formam o substrato necessário ao desenvolvimento das premissas que corroboram a tese ora adotada.

Acredita-se que a eficácia normativa das disposições acerca dos regimes de bens do Código Civil não se encerra no microsistema que regula os vários estatutos patrimoniais previstos na codificação (arts. 1.639 a 1.688). Não se trata, todavia, de uma vinculação ou um atrelamento destas normas com as disposições pertencentes a um outro microsistema, no caso, o da ordem de vocação hereditária³⁰³.

Na realidade, não se pode negar que há conexões entre os microsistemas, como bem aponta Karime Costalunga:

Se facultar ao casal decidir sobre o regime de bens está em acordo com as premissas do princípio da exclusividade, conforme nos ensina Tércio Sampaio Ferraz, deveria, necessariamente, haver a coerente projeção dessa faculdade no Direito sucessório.³⁰⁴

Trata-se, nesta ordem de ideias, de influxos de algumas normas sobre outras³⁰⁵ que foram traçados conforme a conveniência do legislador e de acordo com o imperativo hermenêutico de se analisar o conteúdo de duas ou mais normas segundo o contexto que as torna intrinsecamente conectadas. Significa dizer que esta interrelação demanda que as dúvidas ou conflitos que eventualmente se façam presentes devam ser resolvidos à luz de uma interpretação sistemática com vistas a resguardar a unidade lógica do conjunto normativo como um todo harmônico. Pensar diversamente significa colocar em risco a consistência do sistema de normas civilistas como um todo, estimulando o surgimento de julgamentos conflitantes e comprometendo a segurança jurídica.

³⁰³ Em sentido contrário, porém com argumentos distintos, confira-se o escólio do eminente Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *in verbis*: “[...] somos de opinião que a escolha do regime de bens, sendo ato *inter vivos* só produz efeitos patrimoniais em vida dos declarantes. Rompido o vínculo matrimonial pela morte de um dos cônjuges (art. 1.571, *caput*, inciso I e parágrafo único do CC), cessam os efeitos da referida escolha e, desse modo entendemos não possa influenciar as regras pertinentes à ordem de vocação hereditária, de ordem pública e, portanto, de caráter imperativo. Nestes termos, CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 377-378.

³⁰⁴ COSTALUNGA, Karime. O art. 1.829 e a Constituição: proposta de uma análise estrutural e axiológica. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Orgs.). *Novo Código Civil: questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. v. 3. São Paulo: Método, 2005. p. 397-415. Sobre o citado princípio da exclusividade, confira-se o art. 1.513 do Código Civil: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

³⁰⁵ Segundo já relatado pela Ministra Nancy Andrighi, “[...] o regime matrimonial de bens atua como elemento direcionador do direito de herança concorrente do cônjuge. [...] O regramento sucessório é de suma importância enquanto complexo de ordem pública, em virtude de seus reflexos no organismo familiar e no âmbito social, que vão além do simples direito individual à pertença de bens.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 22684/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em: 07 maio 2007. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

No contexto dessa interpretação orgânica, mostra-se possível construir as bases que justificam a transcendência das normas dos regimes de bens em direção ao regramento da concorrência sucessória no art. 1.829, I do Código Civil:

- (i) a unidade sistemática da codificação impõe que não se altere *post mortem* as características do regime de bens que vigorou durante a vida conjugal: se havia bens incomunicáveis, devem assim permanecer intangíveis;
- (ii) a divisão do acervo comum deve estar norteadada pelo princípio da socialidade (função social da herança), superando-se o privilégio individual de uma determinada classe de herdeiros para apurar os efeitos da sucessão à luz da ordem vocacional sobre a qual recai a concorrência, zelando por uma distribuição (dentro do possível) justa e proporcional do acervo;
- (iii) como corolário das duas premissas anteriores, a chamada dos herdeiros e a repartição do acervo deve observar um parâmetro de eticidade, de modo a respeitar a autonomia da vontade do hereditando nas disposições realizadas em vida e também a evitar o enriquecimento desequilibrado de um legitimado em detrimento de outro.

Nessa toada, a eficácia transcendente das normas do regime de bens consiste no reconhecimento de que a produção dos efeitos dos dispositivos que regulam o microssistema patrimonial do Direito de Família não se limita a este segmento e promove interferências na ordem de vocação hereditária, especialmente na concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes, de modo a legitimar uma interpretação orgânico-sistemática que leva em conta a unidade da codificação e a função social da herança como vetores lógicos na distribuição do

acervo, alinhando as normas sucessórias aos parâmetros de eticidade do Código para respeitar a autonomia da vontade do autor da herança e evitar o enriquecimento desproporcional dos sucessores.

Para corroborar a reflexão ora proposta, vale trazer a oportuna lição do mestre italiano Pietro Perlingieri :

A doutrina tradicional deve interpretar o Direito das Sucessões abandonando a visão individualista e patrimonialista que imperou por quase um século, isso porque o Direito Civil do século XXI é constitucionalizado, com forte carga solidarista e despatrimonializante, em claro reconhecimento de maior hierarquia axiológica à pessoa humana – na sua dimensão do ‘ser’ – em detrimento da dimensão patrimonial do ‘ter’.³⁰⁶

Seria talvez este o momento de cunhar definitivamente a expressão “função social da herança” como forma de fazer prevalecer também no direito sucessório os valores fundamentais da pessoa humana num espectro que vai desde o respeito da autonomia da vontade do autor da herança no momento em que externou através da escolha de um determinado regime de bens um plano de vida e de morte, até a distribuição do acervo entre os herdeiros sem o aquinhoamento injusto de um em detrimento de outro.

Essa “nota de fundamentalidade”³⁰⁷ que emana do direito de herança (art. 5º XXX da Constituição da República) e da aplicação da lei sucessória mas benéfica (art. 5º, XXI) revela sua importância prática quando se observa que a Carta a cobre de intangibilidade (art. 60, IV) ao defendê-la contra ingerências estatais no sentido de suprimi-la ou restringi-la excessivamente. Mas esse alcance vai além, conforme se colhe do magistério de Judith Martins-Costa, com esteio na doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet:

Há ainda uma eficácia no plano hermenêutico, na medida em que o direito assegurado concretiza aspectos dos Princípios da *Autodeterminação Pessoal* (ao assegurar ao particular o direito de planejar, ainda que limitadamente, a sucessão de

³⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 10. Também assim é o que se colhe do magistério de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 207-208) e de Ana Luísa Maia Nevares (NEVARES, Ana Luísa Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 29).

³⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. Esp. Ernesto Garzón Valdes. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 503; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 509.

seus bens, em razão da morte) e da *Solidariedade Econômica Familiar* (ao reservar aos herdeiros necessários uma parte da herança, a “legítima” ou “quota legitimária”). Por via dessa composição, articulam-se, no inciso XXX, uma dimensão subjetiva (o direito à sucessão, pelo qual a herança é atribuída a alguém) e uma dimensão jurídico-objetiva, esta espelhando decisão valorativa da Constituição em matéria econômica.³⁰⁸

Não é por outra razão que se entende incabível que o cônjuge casado em comunhão parcial herde bens particulares que foram gravados pela própria lei como intangíveis e de cuja aquisição não participou, bem como ao final do processo sucessório, somando-se herança e meação, se verifique ter acrescido patrimônio em proporções muito mais elevadas que os descendentes.

Neste particular, tratando da amplitude do princípio da socialidade na dogmática civilista, Miguel Reale assevera que essa diretriz teórica impõe “a relação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação”³⁰⁹. Segundo o saudoso mestre,

Quando a Parte Geral, além de fixar as linhas ordenadoras do sistema, firma os princípios ético-jurídicos essenciais, ela se torna instrumento indispensável e sobremaneira fecundo na tela da hermenêutica e da aplicação do Direito. Essa função positiva ainda mais se confirma quando a orientação legislativa obedece a imperativos de *socialidade* e *concreção*, tal como se dá no presente Anteprojeto. Não é sem motivos que reitero esses dois princípios, essencialmente complementares, pois o grande risco de tão reclamada *socialização do Direito* consiste na perda dos valores particulares dos indivíduos e dos grupos; e o risco não menor da *concretude jurídica* reside na abstração e olvido de características transpessoais ou comuns aos atos humanos, sendo indispensável, ao contrário, que o *individual ou o concreto* se balance e se dinamize com o *serial ou o coletivo*, numa unidade superior de sentido ético.³¹⁰

Atentos aos desdobramentos que a construção deste que se pretende um entendimento conciliatório da divergência atualmente verificada no tema da concorrência sucessória na comunhão parcial de bens, e mormente as reflexões elaboradas à luz do que se

³⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O direito sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito à herança. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 112, v. 31, p. 79-87, 2011 (grifos no original).

³⁰⁹ REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 7-12.

³¹⁰ REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil. *Revista da EMERJ*, Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, Rio de Janeiro, p. 196-206, jul. 2002.

convenciona chamar de “função social da herança”, remanesce uma determinada hipótese na casuística que requer a atenção devida.

Pense-se na hipótese de um casamento celebrado em regime de comunhão parcial de bens. Sendo apenas o marido detentor de patrimônio anterior ao matrimônio, os consortes não amealharam bens durante sociedade conjugal. Tiveram descendentes e em dado momento o marido vem a falecer.

Antes, porém, algumas considerações sobre uma terceira justificativa para a concorrência sobre os bens comuns do acervo hereditário, que propositalmente vem a ser apresentada com mais vagar neste momento, somando-se àquelas expostas no item 6.3.

Ao elaborar as premissas básicas da proposta teórica consignada neste estudo, foi asseverado que na repartição concorrente dos bens comuns (e não dos particulares) ao mesmo tempo em que se afasta o privilégio individual de um herdeiro (pois o cônjuge receberia patrimônio para o qual não contribuiu caso herdasse os bens exclusivos), também se trata de uma forma de observar os herdeiros concorrentes realmente como uma *ordem de vocacionados*, o que resultaria numa distribuição mais homogênea e justa do acervo.

Esta medida importaria o absoluto respeito à autonomia da vontade do cônjuge, desdobramento de seu direito à liberdade e, em última análise, consectário da dignidade da pessoa humana, para recordar o que a proficiente Ministra Nancy Andrighi consignou em seu julgado sobre o tema.³¹¹

Observando-se o resultado desta providência, o que se tem é o verdadeiro ajustamento da aplicação do art. 1.829, I do Código Civil de acordo com as emanções emprestadas pelo *princípio da proporcionalidade* sobre todo o ordenamento jurídico em razão

³¹¹ “De início, torna-se impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da conseqüente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé. A eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1117563, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em: 17 dez. 2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

de seu significado normativo autônomo^{312, 313}.

Significa dizer que uma decisão judicial a determinar a partilha de um acervo chamando o cônjuge a receber os bens particulares em conjunto com os descendentes poderia ser alvo de impugnação, pretendendo a parte descontente a obtenção de um novo provimento que impusesse a partição concorrente dos bens comuns (e não dos particulares), aduzindo incidentalmente ser esta a interpretação que mais guarda conformidade com a Constituição na medida em que o entendimento em sentido diverso retiraria (em maior ou menor extensão) a eficácia do direito à liberdade na concretude que lhe advém da autonomia da vontade.^{314, 315}

Nesse sentido, já asseverou o ilustre Ministro Gilmar Mendes que as decisões judiciais tomadas com base na lei também se submetem ao controle de proporcionalidade, assim como qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais³¹⁶. Não por menos que

³¹² Anote-se, sem embargo, a possibilidade de seguirem-se as lições de Humberto Ávila e neste particular adotar a nomenclatura "*Postulado da Proporcionalidade*, tal como faz o autor em seu magistério, não sem antes estabelecer a devida distinção: “[...] o funcionamento dos postulados difere muito do dos princípios de das regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se pode confundir princípios com postulados.” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 89).

³¹³ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 465.

³¹⁴ Segundo Jorge Miranda, mais do que simples regra de hermenêutica, a interpretação conforme se traduz em “método de fiscalização da constitucionalidade” (MIRANDA, Jorge *apud* SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 132). Para LUÍS ROBERTO BARROSO, “a interpretação conforme à Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 182). Sobre a pronúncia da invalidade no caso concreto, confira-se BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119.

³¹⁵ A hipótese sugerida seria de aplicação do Direito segundo uma perspectiva axiológica, tal como preconizado pelo ilustre professor capixaba João Baptista Herkenhoff e pela melhor doutrina, segundo o qual os critérios axiológico são imanentes à judicatura e resultam impregnados no conteúdo das sentenças. Assim, o juiz que penetra na inteligência da norma assume uma posição sociopolítica de compromisso com o Direito e exerce um papel crítico e corretivo da legalidade posta (HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 82).

³¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.105-8/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. Cesar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em: 18 ago. 2004. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

[...] a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.³¹⁷

Delimitando o alcance do princípio da proporcionalidade, ensina Humberto Ávila que

Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).³¹⁸

Basta pensar que, tomando-se como *meio* a concorrência sucessória e como *finalidade* a assistência ao cônjuge supérstite, sob o aspecto da adequação observa-se que os efeitos da medida adotada contribuem para realização do fim (a herança concorrente transfere riqueza ao cônjuge remanescente). Pondo em prática o exame da necessidade, é plausível concluir pela inexistência de outro meio alternativo na legislação (afinal, a codificação de 2002 foi um avanço em relação à anterior).

Finalmente, contrapondo-se as vantagens e desvantagens da adoção da medida, observa-se que apesar de não existir outro meio igualmente adequado para proteger o cônjuge-viúvo, o grau de restrição causado ao direito à liberdade (autonomia da vontade do hereditando) é desproporcional ao grau de promoção desta assistência patrimonial ao herdeiro concorrente.

Em última análise, a concorrência sucessória entre cônjuge e herdeiros sobre os bens particulares, apesar de adequada e necessária, é desproporcional em sentido estrito.^{319, 320}

³¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, BA, ano 1, v. 1, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 01 dez. 2015. No mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 435.

³¹⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 113.

³¹⁹ PEÑA DE MORAES, Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 127.

³²⁰ Especialmente quando se considera que o art. 1.832 do Código Civil impõe que na hipótese de concorrência do cônjuge com sua prole ser-lhe-á assegurada a quota mínima de ¼ da herança, a partilha em que conste um

Observe-se que a hipótese comporta a aferição do elemento necessidade por outro aspecto: existiria, de fato, outro meio que não a incidência do concurso sobre os bens particulares, qual seja o direcionamento para os bens comuns. No mesmo escopo, o benefício obtido pelo cônjuge (assistência material) seria promovido com menor encargo para os demais herdeiros se a partilha em concurso ocorresse sobre os bens comuns. Com efeito, a herança concorrente seria adequada, porém desnecessária sobre os bens particulares e desproporcional em sentido estrito.

Não se deve descartar, seguindo um outro caminho de raciocínio que fará atingir idêntico resultado de direcionar a concorrência aos bens comuns, que a medida prevista pela lei e adotada por seu aplicador (segundo o entendimento majoritário: concurso nos bens particulares) poderia acarretar, independente de sua finalidade justificante e do grau de intensidade de sua realização, verdadeira restrição do núcleo inviolável do direito à autonomia da vontade, permitindo o controle do ato por meio do *princípio da proibição do excesso*.

Neste particular, observe-se que para Humberto Ávila a importância da proibição do excesso lhe permite ser destacada da proporcionalidade:

A promoção das finalidades constitucionalmente postas possui, porém, um limite. Esse limite é fornecido pelo postulado da proibição de excesso. Muitas vezes denominado pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade, o postulado da proibição de excesso proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental.

A proibição de excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido. Por isso, deve ser investigada separadamente do postulado da proporcionalidade: sua aplicação não pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim. O postulado da proibição de excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido.³²¹

E conclui o eminente professor, após analisar alguns casos concretos em que o Supremo Tribunal Federal aplicou o princípio (*rectius*, postulado) da proibição do excesso:

Em todos esses casos o Supremo Tribunal Federal não investigou a legitimidade da finalidade, nem a necessidade da adoção das medidas, e muito menos a existência de

ascendente de 4 ou mais filhos tornaria bem mais substancial o patrimônio do cônjuge remanescente, pois receberia sua meação e ainda uma parcela com garantia mínima sobre os bens particulares do *de cujus*.

³²¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 97.

finalidades públicas que pudessem justificar as medidas adotadas. Não houve exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade, em sentido estrito, em função de uma relação entre meio e fim. Em vez disso, o Tribunal apenas verificou que nenhuma medida pode restringir excessivamente um direito fundamental, sejam quais forem as razões que a motivem. Daí se falar em proibição de excesso como limite, separadamente do postulado da proporcionalidade.³²²

Com efeito, entender pela possibilidade de concorrência sobre os bens particulares esbarraria frontalmente na proibição de excesso que protege de vulneração o direito de propriedade e a autonomia da vontade na matriz constitucional da liberdade de contratar, o que encaminha a solução da controvérsia para o concurso do cônjuge e descendentes sobre os *bens comuns* do acervo.

Retorne-se, portanto, ao casuísmo antes proposto. Falava-se na hipótese de casamento em regime de comunhão parcial de bens, em que constam descendentes de um casal que não adquiriu bens no curso da sociedade conjugal, tendo vivido na fruição dos bens particulares do marido, amealhados anteriormente ao matrimônio. Falecido o marido, aplique-se a solução proposta no entendimento consignado neste estudo.

Não tarda perceber que a viúva nada recolherá: ainda que possível a concorrência sucessória ante a existência de bens particulares, não tem meação a destacar do patrimônio e menos ainda herança em concurso com os descendentes, haja vista a falta de bens comuns.

E eis aqui a apertada exceção à teoria ora elaborada: por mais que se defenda a concorrência sucessória sobre os bens comuns, neste contexto em que um casal possui filhos e os únicos bens particulares são aqueles mesmos que autorizam a concorrência, não há como se admitir que este cônjuge supérstite remanesça desassistido.

O momento é de — com o perdão da metáfora — provar do próprio veneno, pois é necessário render-se à mesma interpretação sistemática e ao princípio da proporcionalidade que tanto socorreram o raciocínio quando do desenvolvimento desta tese conciliatória.

³²² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 98.

Trata-se de uma medida de prudência jurídica³²³ e antes que se diga esta uma solução que parte da conclusão para a justificativa, explica-se a exceção com dois argumentos, o primeiro deles a corroborar a própria tese, como adiante apresentado.

Um dos deveres, senão o principal, que decorre do casamento é o da mútua assistência (art. 1.566 do Código Civil)³²⁴, que se projeta em diversas normas da codificação, tais como o direito a requerer alimentos após a extinção do vínculo em vida e o direito de partilha de bens nos regimes de comunhão patrimonial. Já foram tecidas em algumas passagens deste estudo considerações a respeito da interconexão que as normas dos estatutos patrimoniais possuem com o microssistema da vocação hereditária³²⁵, devidamente reprisados em momentos oportunos, especialmente em se tratando do regime da comunhão parcial.

Como pano de fundo está a forte ligação do direito fundamental à herança (art. 5º, XXX da Constituição da República) com o Direito de Família. É dizer,

Há conexão, pois, com o art. 226 constitucional, apresentando-se o direito de herança como um aspecto da proteção patrimonial da família (compreendida institucionalmente) ao concretizar um aspecto do *Princípio da Solidariedade Econômica* entre os membros da entidade familiar [...].³²⁶

Não se pode olvidar deste fato quando diante da excepcionalidade do caso em que um cônjuge supérstite se vê desprovido de bens e existe acervo hereditário constituído de bens particulares que estão aptos a serem partilhados. Seria, em última análise, uma fraude ao próprio instituto da concorrência sucessória “pois a *ratio essendi* da proteção sucessória do cônjuge foi exatamente privilegiar aqueles desprovidos de meação”³²⁷.

³²³ Fala-se aqui em *prudência* com especial inspiração no que sugere o Ministro Eros Grau ao asseverar que “[...] a aplicação (que é, concomitantemente, interpretação) do direito não é ciência, mas prudência. As soluções atribuíveis aos problemas jurídicos não são definíveis exclusivamente a partir da atribuição de uma ou outra significação (conceito) a determinada coisa, estado ou situação, linear e unidimensionalmente, porém desde a ponderação de variáveis múltiplas, o que, efetivamente, confere à interpretação/aplicação do direito aquele caráter de prudência.” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 150).

³²⁴ Art. 1.566 do Código Civil: “São deveres de ambos os cônjuges: [...] III - mútua assistência;”.

³²⁵ Confira-se, como ponto de partida, os itens 2.1 e 2.3.

³²⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O direito sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito à herança. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 112, v. 31, p. 79-87, 2011 (grifos no original).

³²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 7. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 153.

Mais uma vez, é bem recordar a lição de Miguel Reale no sentido de que a falta de clareza no art. 1.829, I do Código Civil se deu, para além de outros motivos, pelo fato de o diploma ter inovado na matéria sucessória, elevando o cônjuge à categoria de herdeiro necessário (art. 1.845) como decorrência da alteração no regime legal de bens — da comunhão universal para a comunhão parcial — após o advento da Lei. 6.515/77 (Lei do Divórcio). Nas palavras do saudoso mestre,

Ampliado o quadro justamente na época em que elaborado o Projeto que viria a se tornar o novo Código Civil, pareceu adequado proteger o cônjuge, *sobretudo quando desprovido de recursos próprios*, mormente naqueles casos em que *a longa convivência matrimonial* não dispensava o esforço de ambos para a vida em comum. Nessas situações, poderia haver risco de o cônjuge casado em separação parcial, nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo a herança por inteiro aos descendentes ou aos ascendentes. Daí a ideia de tornar o cônjuge herdeiro no concernente aos bens particulares do autor da herança.³²⁸

Ainda que teorias sejam construídas para, no melhor das vezes, não comportarem relativizações, a mais aceitável das teses é aquela que se curva humildemente às suas próprias exceções e o faz com argumentos que respondam aos casuísmos que a desafiam sem que isso lhe retire a consistência de seus alicerces.

Não é por menos que o já citado princípio da proporcionalidade vem justificar a hipótese proposta — isto é, concorrência de cônjuge e descendentes na comunhão parcial quando os únicos bens do acervo são os particulares —, desta vez em seu subprincípio da *vedação à proteção deficiente*. Segundo ensina o ilustre Ministro Gilmar Mendes,

É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica. Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.³²⁹

³²⁸ REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial (Parecer oferecido aos Doutores Sebastião Ferreira e Ricardo da Cunha Ferreira). *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo, n. 24, v. 6, p. 205-228, 2005 (grifos no original).

³²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.410/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em: 06 mar. 2012. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

De acordo com a lição do mencionado mestre, os direitos fundamentais guardam em si um postulado de proteção que expressam não apenas uma proibição de excesso, mas também traduzem proibições a proteções insuficientes ou mesmo imperativos de tutela.

Desta forma, é a vedação à proteção insuficiente a impor que na excepcional hipótese antes mencionada o cônjuge supérstite venha a herdar em concorrência com os descendentes os *bens particulares* do acervo (decerto, os únicos a partilhar) como forma de realizar efetivamente a cláusula de assistência material que decorre do casamento, prestigiar a diretriz principiológica da codificação civil por meio de uma função social da herança e, finalmente, garantir a efetivação da dignidade humana.

Observe-se que o reconhecimento da exceção é um imperativo da preservação do próprio princípio da proporcionalidade: nesta situação residual específica foi necessário que a concorrência alcançasse os bens particulares, sob pena de incorrer em inegável quadro de desproporcionalidade. Confira-se a doutrina de Robert Alexy:

Uma interferência em um determinado direito constitucional é desproporcional, se não for justificada pelo fato de que a omissão dessa interferência daria lugar a uma outra interferência em um outro princípio (ou no mesmo princípio em relação a outras pessoas ou em outros aspectos), desde que esta última seja, pelo menos, tão intensa como a primeira.³³⁰

Em outros termos, faz-se necessário relativizar a autonomia da vontade manifestada pelo hereditando quando da eleição do regime de comunhão parcial de bens, sob pena de essa escolha ao ser concretizada numa partilha em que constem apenas bens particulares deixar desassistido o cônjuge supérstite, repercutindo de forma mais intensa e gravosa em sua dignidade humana do que a própria vontade outrora manifestada no sentido de restringir os bens comunicáveis no âmbito do matrimônio.

E ainda que assim não o fosse, como um segundo argumento a referendar a ressalva ora proposta, tem-se a inarredável influência da teoria do estatuto jurídico do patrimônio

³³⁰ ALEXY, Robert *apud* CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 479. Confira-se ainda a clara explicação de Eduardo Cambi sobre o trecho transcrito: “Quanto maior for o grau de não realização ou de restrição de um princípio, maior terá de ser a importância da realização do princípio que com ele colide.”

mínimo, concebida pelo notável Ministro Luiz Edson Fachin quando de seu ingresso na cátedra da Universidade Federal do Paraná³³¹. Segundo o ilustrado mestre, existe uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Nesta ordem de ideias,

A base desta tese está no respeito à pessoa humana, e tal consideração motiva colocar o patrimônio (e o próprio Direito) a serviço da pessoa, razão de ser e fim último de todos os saberes.

[...]

Sob um prisma solidarista, posto o custo humano da ausência de proteção aqui sustentada, recheado de valores não patrimoniais, a garantia de um patrimônio mínimo a todos está num viés de constitucionalização do Direito Civil, juntamente com os demais institutos civilistas, caminhando rumo à repersonalização, devido à despatrimonialização operada pela Constituição Federal (base dos princípios fundamentais do atual ordenamento jurídico brasileiro).³³²

Por todo o exposto, conclui-se com o pertinente quando sinóptico do entendimento ora desenhado:

PROPOSTA: TEORIA DA EFICÁCIA TRANSCENDENTE DAS NORMAS DO REGIME DE BENS			
	QUANDO HAVERÁ CONCORRÊNCIA?	CÔNJUGE HERDA BENS PARTICULARES?	CÔNJUGE HERDA BENS COMUNS?
COMUNHÃO PARCIAL	Quando houver bens particulares	Não, serão sempre dos descendentes, salvo se forem os únicos do acervo.	Sim, em concurso com descendentes
REGRA GERAL	Respeita a letra da lei	A vontade dos cônjuges no regime de bens vai ser respeitada se houver bens comuns e particulares.	Respeita-se a sistemática do Código Civil e o cônjuge não fica desassistido
EXCEÇÃO	-	Se os bens particulares forem os únicos do acervo, serão herdados em concorrência para que o cônjuge não fique desassistido.	-

³³¹ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

³³² FACHIN, Luiz Edson. *op. cit.*, p. 258 e 266.

7. TRANSDISCIPLINARIDADE DO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL EM RELAÇÃO AO CASAMENTO

Foi em Jean Piaget, nos idos de 1970, que se viu pela primeira vez a utilização do termo “transdisciplinaridade”, então empregado em meio a um seminário internacional no qual se discutia o fenômeno da interdisciplinaridade. Disse o mestre:

[...] à etapa das relações interdisciplinares, podemos esperar ver sucedê-la uma etapa superior que seria “transdisciplinar”, que não se contentaria em encontrar integrações ou reciprocidades entre pesquisas especializadas, mas situaria essas ligações no interior de um sistema total, sem fronteira estável entre essas disciplinas.³³³

Conquanto o termo sugira muitos significados, o sentido que se adota neste trabalho é aquele que mais se alinha com a possibilidade de ultrapassar os limites formais determinados pelo Direito de Família na definição dos conceitos de casamento e união estável, para que então se construa um pensamento amplo, contextualizado, a prestigiar o diálogo entre os institutos e sem perder o olhar atento ao seu papel no sistema jurídico de que fazem parte.

É dizer, não há como aceitar o estudo do casamento e da união estável de forma fragmentária, como muito se vê na atualidade, do que resulta a necessidade de buscar uma unidade em seu conhecimento, sem tergiversar com a coerência que há de estar presente na codificação — daí a escolha por um termo que vai além da mera integração das disciplinas, tal que se afigura a interdisciplinaridade, para então ilustrar o cenário com a amplitude que a complexidade do tema reclama.

7.1 Evolução histórica da união estável: do repúdio à consagração

A união estável nos contornos hoje conhecidos é fruto de uma significativa evolução que se inicia com um longo e significativo período de rejeição e repúdio a qualquer modo de

³³³ SOMMERMAN, Américo. Pedagogia da alternância e transdisciplinaridade. In: *Pedagogia da Alternância: I Seminário Internacional*. Salvador, 3-5 nov.1999. Disponível em: <http://cettrans.com.br/textos/pedagogia-da-alternanciat-e-transd.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015.

constituição de família que não fosse o matrimônio, culminando com o reconhecimento social e a positivação desse fenômeno essencial ao desenvolvimento social. No quadro atual, conforme o magistério de Antônio Carlos Mathias Coltro, a união de fato se instaura

a partir do instante em que resolvem seus integrantes iniciar a convivência, como se fossem casados, renovando dia a dia tal conduta, e recheando-a de afinidade e afeição, com vistas à manutenção da intensidade.³³⁴

Elaborando um recorte histórico sintético em quatro momentos³³⁵, o fenômeno da união estável nasce em um cenário marcado por repúdio e perseguição que vai desde as Ordenações, passando pelo Código Civil de 1916 até a Constituição de 1969. A relação que então se denominava “concubinato” era vista de forma marginalizada, como uma união informal que não trazia qualquer vantagem ou proteção para seus integrantes e tampouco para os descendentes dela advindos.

A segunda fase marca uma aceitação social ainda modesta da união estável como modelo de convivência, mas não ainda como entidade familiar. O pano de fundo era de reconhecimento para fins obrigacionais e dizia com a vedação do enriquecimento ilícito de um convivente em detrimento do outro na hipótese em que a “sociedade de fato” era rompida, de sorte que a contribuição de cada convivente na formação do capital comum não poderia passar ao largo da aplicação do Direito. Registra-se no ano de 1964 a edição da Súmula 380/STF (“Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”) como o marco primeiro do reconhecimento da meação à convivente, ainda que a Constituição de 1946 referisse apenas o casamento como fonte instituidora da família. Antes disso, quando não

³³⁴ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A união estável: um conceito? In: ARRUDA ALVIM, Thereza (coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. v. 2. São Paulo: RT, 1995. p. 3.

³³⁵ Por todo o exposto, TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 5, p. 25-39, 1994.

indeferido o pleito de partilha, falava-se em reconhecimento e dissolução de sociedade de fato e indenização por serviços domésticos prestados³³⁶.

Ainda assim, de balde o avanço promovido em certa medida pelo verbete, a noção de “esforço comum” para fins de partilha de patrimônio estava condicionada à comprovação da participação do convivente na aquisição, sendo insuficiente a mera relação de convivência entre os membros do par. Como bem ilustra o magistério do Ministro Luiz Edson Fachin,

Sociedade de fato e não sociedade conjugal: o concubinato não era família, e a questão processual se decompunha no Juízo Cível. Nele submetido ao procedimento ordinário, o direito da mulher passava pela ordália do ônus probatório, especialmente no que tocava ao esforço comum. Rompida aquela sociedade de fato, e não provado que tinha contribuído com seu esforço para a aquisição do patrimônio, segundo os tribunais, a mulher tem direito a indenização por serviços prestados.³³⁷

Num terceiro momento — de todos, o mais significativo — tem-se a elevação da agora denominada “união estável” ao *status* de entidade familiar constitucionalmente reconhecida (art. 226, §3º da Carta da República)³³⁸, alinhando-a em certa medida ao casamento, guardadas as devidas diferenças ontológicas que adiante serão estudadas com vagar.

Vale anotar que a Carta de 1988 teve o condão de reformular o paradigma até então estabelecido no sentido de que a noção de família atrelava-se à figura do casamento para então conferir juridicidade ao modelo monoparental e à união estável. A doutrina, todavia, antes mesmo da constituição republicana já falava em “polimorfismo familiar” como referência a uma pluralidade de conformações³³⁹, terminologia que modernamente está

³³⁶ É o que ensina RODRIGUES, Silvio. Casamento e união estável. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 11, p. 48-58, 1991.

³³⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 65.

³³⁸ Art. 226, § 3º da Constituição da República: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

³³⁹ Segundo Orlando Gomes, a locução se refere à “a política legislativa tendente a estender, a situações vizinhas, a qualificação e a proteção, senão a dignidade, da família legítima”. Neste sentido, GOMES, Orlando. *Novos temas de Direito Civil*. Forense: Rio de Janeiro, 1983. p. 176.

representada na expressão “família eudemonista”, muito bem cunhada pela professora Silvana Maria Carbonera, da Universidade Federal do Paraná^{340,341}.

Por ora, cumpre assentar que, inobstante a relevante iniciativa, o legislador constituinte foi lamentavelmente lacônico e omissivo ao externá-la no texto normativo, o que deu azo a uma significativa controvérsia ainda hoje debatida após mais de 25 anos desde a promulgação da Carta³⁴². Discute-se, por meio de entendimentos que congregam cada qual fundamentos doutrinários e jurisprudenciais, a extensão da identidade a partir de então surgida entre a união estável e o casamento.

Uma primeira corrente, à época dita minoritária, entendeu que a matriz constitucional da união estável provocou ao instituto a equiparação dos direitos decorrentes da família fundada no casamento³⁴³. Em contrapartida, assomava-se com certa predominância a compreensão de que as normas que protegem os cônjuges devem também alcançar os membros do par estável, mas não de forma incondicionada, indiscriminada e irrestrita. O respeitável Desembargador José Carlos Barbosa Moreira, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, reproduz o discurso proclamado pelos defensores dessa tese:

Não ocorreu, porém, equiparação entre os dois institutos, ao contrário do que se apressaram a sustentar alguns: a família resultante da união estável coexiste com a fundada no casamento, mas aquela não se identifica com este. Tanto assim, que, segundo o texto constitucional, a lei deve *facilitar* a conversão da união estável em casamento — o que não teria sentido se uma e outro já estivessem iguais. Por conseguinte, quem viva em união estável e se case com outra pessoa não cometerá o

³⁴⁰ Nas palavras da autora, “o afeto, que começou como um sentimento unicamente interessante para aqueles que o sentiam, passou a ter importância externa e ingressou no meio jurídico” (CARBONERA, Silvana Maria. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 247).

³⁴¹ A expressão visionária foi naturalmente encampada pela melhor doutrina. Por todos, confira-se Maria Berenice Dias, *in verbis*: “Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo processo de emancipação de seus membros. [...] O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se interfere da primeira parte do §8º do artigo 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 52-53)

³⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no RE 878694/MG (Tema 809), Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário Virtual, julgado em: 16 abr. 2015. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

³⁴³ É o que se colhe do magistério de Gustavo Tepedino, conforme TEPEDINO, Gustavo. *Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio*. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 5, p. 25-39, 1994.

crime de bigamia, definido no art. 235 do CP como “contrair alguém, sendo casado, novo casamento”. Não se exclui, convém observar, que a lei equipare a união estável ao casamento, *para determinados efeitos*: o CC de 2002 o faz em mais de um dispositivo, *v. g.*, no art. 1.595, onde se estende às relações entre um dos companheiros e os parentes do outro o vínculo de afinidade, nas mesmas condições previstas para os cônjuges.³⁴⁴

As teses são ambas inegavelmente sedutoras. A par da controvérsia, certo é que o reconhecimento da união estável em patamar constitucional bem retratou — ainda que com algumas décadas de atraso — o impacto das alterações sociais, econômicas e políticas que marcaram a segunda metade do século XX a partir do declínio do estado liberal, as quais invariavelmente repercutiram no Direito de Família.

Dado o primeiro passo, ainda nessa terceira fase, coube ao legislador infraconstitucional a tarefa de esmiuçar os contornos do instituto, o que veio a ocorrer com a edição das Leis 8.971/94 e 9.278/96, que o regularam tanto no aspecto de sua conformação quanto no que se refere aos direitos patrimoniais advindos de sua dissolução em vida ou em decorrência da morte de um dos companheiros.

A Lei n. 8.971/94 imprimiu significativo avanço ao ordenamento ao positivizar a jurisprudência da época, além de criar direitos outros em favor do convivente até então inéditos. Nada obstante, carregou consigo a pecha de ser considerada um dos piores diplomas do ordenamento brasileiro no que tange à qualidade da técnica legislativa empregada em seu texto. Deixando de lado sua atecnia, a lei em questão pacificou divergência então existente, reafirmando o direito a alimentos pelo companheiro que deles visse a necessitar³⁴⁵. Outra iniciativa relevante foi a de conferir vocação hereditária ao convivente supérstite, com direitos equiparados àqueles garantidos ao viúvo³⁴⁶. Na hipótese de não ser o único herdeiro

³⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo Código Civil e a união estável. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 21, p. 5-15, 2003.

³⁴⁵ Art. 1º da Lei 8.971/94: “A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.”

³⁴⁶ Com a lição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, é o que se colhe do Art. 2º da Lei 8.971/94, *in verbis*: “As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

sobrevivente, ao companheiro foi outorgado o direito de usufruto vidual sobre os bens do *de cujos*³⁴⁷.

A Lei n. 9.278/96, por sua vez, é tida como fonte de alguns pontos de retrocesso em relação às conquistas então consolidadas, em particular porque deu margem ao entendimento no sentido de que a Lei n. 8.971/94 tornara-se integralmente revogada, ainda que tenha prevalecido a corrente que pregava uma relação de complementação entre os diplomas legais^{348, 349}. É o caso, por exemplo, do direito sucessório do companheiro, que antes se materializava por meio de propriedade ou de usufruto vidual e agora passava a ser previsto como mero direito real de habitação³⁵⁰. Outro ponto de relevo foi a não-inclusão do companheiro na ordem de vocação hereditária, diversamente do que fora consagrado na lei anterior. Positivamente, o grande mérito do diploma legal foi estabelecer o estatuto patrimonial dos companheiros na comunhão dos adquiridos com presunção de esforço comum, alinhando-o em certa medida à comunhão parcial de bens³⁵¹.

[...] III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie da família*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 426).

³⁴⁷ Art. 2º da Lei 8.971/94: “As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns; II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes.”.

³⁴⁸ No ponto, confirmam-se: FREITAS, Paulo Roberto de Azevedo. O novo regime jurídico da união estável: a ab-rogação da Lei 8.971/94. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 30, p. 46-49, 1997 e GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie da família*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 435.

³⁴⁹ Na jurisprudência, confira-se, por exemplo: “RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO DE HERANÇA. LEI 8.971/94. LEI 9.278/96. - Com a entrada em vigor da Lei 9.278/96 não foi revogado o art. 2º da Lei 8.971/94 que garante à companheira sobrevivente direito à totalidade da herança, quando inexistirem ascendentes e descendentes. - Quanto aos direitos do companheiro sobrevivente não há incompatibilidade entre a Lei 9.278/96 e a Lei 8.971/94, sendo possível a convivência dos dois diplomas. - Recurso especial não conhecido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 747619/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em: 07 jun. 2005. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

³⁵⁰ Art. 7º, parágrafo único da Lei 9.278/91: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.”.

³⁵¹ Art. 5º da Lei 9.278/91: “Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.”. Encerrava-se, portanto, a polêmica em torno da Súmula 380/STF (“Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”). Neste sentido, confira-se “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL.

A quarta fase que se registra no percurso evolutivo da união estável se situa em meio à edição do Código Civil de 2002³⁵² e o impacto negativo da promulgação de um texto muito aquém da complexidade e da relevância do fenômeno social representado pela relação convivencial. Some-se a isto o agravamento do panorama com a revogação dos diplomas anteriormente vigentes e com o estabelecimento de regramentos ora confusos, omissos ou incompletos, verdadeira involução a gerar mais dúvidas e controvérsias do que efetivamente aperfeiçoar o modelo institucional até então consolidado. Foi o que ocorreu, por exemplo, com a não-repetição do direito real de habitação outrora garantido³⁵³ ou da preterição do

COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO À MEAÇÃO DO BEM. IMÓVEL NÃO ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. 1. É incomunicável imóvel adquirido anteriormente à união estável, ainda que a transcrição no registro imobiliário ocorra na constância desta. Precedentes. 2. Antes da presunção de mútua assistência para a divisão igualitária do patrimônio adquirido durante a união estável, reconhecida pela Lei nº 9.278/1996, havia necessidade de prova da participação do companheiro. 3. Recurso especial provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº1324222/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em: 06 out 2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

³⁵² A expressão “concubinato”, a partir de então, ficou relegada a qualificar as uniões de pessoas que estariam impedidas de casar, correspondendo ao que outrora se chamou de “concubinato impuro”. A denominação “concubinato puro”, com muito acerto, foi definitivamente substituída pelo que hoje se refere à união estável. Neste sentido, OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Do concubinato à união estável. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo*, v. 1, n. 2, p. 65-79, 1998.

³⁵³ Nada obstante, a I Jornada de Direito Civil da propugnava o cabimento do direito real de habitação ao companheiro, conforme se colhe do Enunciado 117: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278, seja em razão da interpretação analógica do artigo 1.831, informado pelo artigo 6º, *caput*, da Constituição de 88”. Passada de uma década após a promulgação do novo Código Civil, só então a controvérsia foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: “DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. O novo Código Civil regulou inteiramente a sucessão do companheiro, ab-rogando as leis da união estável, nos termos do art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB. 2. É bem verdade que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, não previu o direito real de habitação aos companheiros. Tampouco a redação do art. 1.831 do Código Civil traz previsão expressa de direito real de habitação à companheira. Ocorre que a interpretação literal das normas conduziria à conclusão de que o cônjuge estaria em situação privilegiada em relação ao companheiro, o que deve ser rechaçado pelo ordenamento jurídico. 3. A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal consiste, em verdade, tão somente em uma fórmula de facilitação da conversão da união estável em casamento. Aquela não rende ensejo a um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez a este. 4. No caso concreto, o fato de haver outros bens residenciais no espólio, um utilizado pela esposa como domicílio, outro pela companheira, não resulta automática exclusão do direito real de habitação desta, relativo ao imóvel da Av. Borges de Medeiros, Porto Alegre-RS, que lá residia desde 1990 juntamente com o companheiro Jorge Augusto Leveridge Patterson, hoje falecido. 5. O direito real de habitação concede ao consorte supérstite a utilização do imóvel que servia de residência ao casal com o fim de moradia, independentemente de filhos exclusivos do *de cuius*, como é o caso. 6. Recurso especial não provido.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1329993/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em: 17 dez. 2013, Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 31 jan. 2014). No mesmo sentido, conforme noticiado no Informativo 523/STJ, confira-se BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1249227/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em: 17 dez. 2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

companheiro pelos colaterais na vocação hereditária³⁵⁴. Positivamente, além da previsão de uma efetiva comunhão parcial de bens como estatuto patrimonial³⁵⁵, registra-se o reconhecimento judicial da constituição de união estável entre pessoas do mesmo sexo³⁵⁶ e a possibilidade de conversão dessa união em casamento³⁵⁷.

Entre perdas e ganhos nessa linha evolutiva, a união estável hoje prevista no art. 1.723 do Código Civil³⁵⁸ tem como traço marcante a inexistência de formalismo na sua configuração ou maiores solenidades em sua constituição, bastando o fato da vida em comum.

Para além disso, a caracterização da união estabilizada entre os membros do par demanda o atendimento de certos requisitos subjetivos e objetivos³⁵⁹.

Como de ordem subjetiva, tem-se: convivência *more uxorio*³⁶⁰ e *affectio maritalis*³⁶¹. E, no aspecto objetivo: notoriedade³⁶², estabilidade ou duração prolongada³⁶³, continuidade³⁶⁴, inexistência de impedimentos matrimoniais³⁶⁵ e monogamia³⁶⁶.

³⁵⁴ Art. 1.790 do Código Civil: “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: (...) III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”

³⁵⁵ Art. 1.725 do Código Civil: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”. Confira-se, outrossim, o Enunciado 115 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que assim preconiza: “Há presunção de comunhão de aquestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens.”

³⁵⁶ A jurisprudência referida trata do julgamento da controvérsia constitucional que reconheceu como possível a configuração de entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo em decorrência de uma união contínua, pública e duradoura (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 132 e ADI 4277 (julgamento conjunto), rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em: 05 maio 2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

³⁵⁷ Resolução n. 175/13 do Conselho Nacional de Justiça, que Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

³⁵⁸ Art. 1.723 do Código Civil: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

³⁵⁹ Por todo o exposto, MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1021-1050.

³⁶⁰ A convivência *more uxorio* importa uma comunhão de vidas, tanto no aspecto material como no imaterial, tal como ocorreria se casados fossem. É necessário vislumbrar mútua assistência material, moral e espiritual entre os conviventes, que acrescem entre si interesses da vida em conjunto e todos os demais traços que identificam as relações afetivas inerentes à entidade familiar.

³⁶¹ A *affectio maritalis* é o ânimo espiritual marcado pelo firme propósito de constituir uma família em meio àquela relação de afeto. Não será bastante o simples ou efêmero objetivo de constituí-la, tal como ocorre em um relacionamento de namoro ou noivado, em que eventualmente pode surgir o objetivo de formação de uma família. A prova do requisito, no mais das vezes, se consubstancia em fatos como mútua assistência entre os conviventes, manutenção de um lar comum, frequência conjunta a eventos familiares e sociais, existência de filhos havidos dessa união, mútua dependência econômica, empreendimentos em parceira, contas bancárias

Bem se vê que todos — senão, quase todos — os pressupostos apontados, somado à vagueza do texto constitucional, muito que contribuem para a controvérsia antes apontada que gira em torno do alinhamento ou equiparação da união estável ao casamento, máxime quando se tem a possibilidade de sua conversão no matrimônio expressamente prevista no já citado art. 226, §3º da Constituição da República.

Ora, quando se converte uma coisa em outra, é logicamente imprescindível nesse processo que a coisa originária seja na sua essência distinta daquele resultado que se pretende obter, caso contrário, conversão sequer caberia. *Mutatis mutandi*, para que a união estável seja conversível em casamento, é curial presumir tratar-se de institutos diferentes, sob pena tornar completamente inútil a letra da lei e, de efeito, contrariar regra básica de hermenêutica.

É a partir desta premissa que, dentro do cenário transdisciplinar desenhado entre a união estável e o casamento, passa a se ocupar o próximo item deste trabalho, de modo a demonstrar que não se deve chegar ao extremo de igualar união estável e matrimônio, mas nem por isso relegar aos conviventes situações de indigno descompasso pelo simples fato de

conjuntas etc. Em particular sobre a mútua assistência que decorre da *affectio*, tem-se que esta se revela no recíproco auxílio entre os conviventes, nos planos material, moral, espiritual e ético, em todos os níveis e em qualquer circunstância, especialmente nas situações adversas. Externamente, é o que se vê em meio a gestos afetuosos, atenções e respeitos, cuidados na saúde e na doença, e diligências impostas pela vida quotidiana.

³⁶² A notoriedade como elemento configurador da união estável é a convivência contínua e publicizada no local e meios sociais em que vivem os companheiros, o que exclui de plano os relacionamentos que se travem em sigilo, desconhecidos do meio social, clandestinamente. Com efeito, é imprescindível que os companheiros se postem à coletividade como se marido e mulher fossem (*more uxorio*).

³⁶³ A estabilidade da união sugere que o relacionamento seja de alguma forma duradouro, prolongado no tempo, ainda que a lei não estabeleça um prazo determinado para a configuração da entidade familiar, não podendo o julgador se descurar dos parâmetros de razoabilidade na aferição de tal requisito.

³⁶⁴ Quanto à continuidade, para a convivência ser alçada à categoria de união estável faz-se necessário que, além de pública e duradoura, seja também sem interrupções, sendo certo que mesmo tendo havido ruptura do relacionamento e reconciliação posterior, caberá ao juiz, depois de analisar as circunstâncias e as características do caso concreto, decidir se a hipótese configura união estável.

³⁶⁵ A inexistência de obstáculos legais, na linha do que preceitua o art. 1.723, §1º do Código Civil, veda a constituição da união estável “se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521”, ressalvado o inciso VI, se houver separação judicial ou de fato. Nesta toada, falece de legitimação para constituir união estável aquele que não tem legitimação para criar entidade familiar pelo casamento, ainda que observe os requisitos do art. 1.723, *caput* do Código Civil.

³⁶⁶ Exigida a relação monogâmica, não se admite via de regra que pessoa casada, não separada de fato, venha a constituir união estável, tampouco aquela que conviva com um companheiro venha a constituir outra união estável paralela. No particular a questão das uniões estáveis concomitantes ainda não é pacífica, vez que pendente de apreciação pela Corte Constitucional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no ARE 656298/SE (Tema 529), Rel. Min. Ayres Britto, Plenário Virtual, julgado em: 08 mar. 2012. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

haverem optado por não se casarem. Confira-se, no ponto, a oportuna recomendação do mestre Álvaro Villaça Azevedo:

A nosso ver, a união familiar, seja de direito, seja de fato, deve surgir espontaneamente da convivência *more uxorio*. Cada qual deve escolher o modo vivencial que melhor lhe aprouver; todavia, o Estado deve restar vigilante na proteção da célula familiar, intervindo nos pontos fundamentais, para evitar ou dirimir os conflitos que possam existir entre os membros da família.³⁶⁷

7.2 Da necessária desequiparação entre casamento e união estável como garantia da coexistência dos institutos

É inegável que o legislador constitucional de 1988 foi, para dizer o mínimo, “econômico” na positivação textual da união estável como entidade familiar e no diálogo institucional que vislumbrou existente entre ela e a figura do casamento por meio da conversão. Nem por isso se sustenta que nesse cenário que reconhece a ambos como espécies de família exista qualquer tipo de hierarquização axiológica, uma vez que qualquer das duas formas de manifestação afetiva se presta como recurso para o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros³⁶⁸. Afinal, é inerente ao próprio indivíduo a liberdade de escolha no estabelecimento de uma família e a partir de qual conformação esta há de se desenvolver.

Nesta ordem de ideias, é possível reconhecer a união estável como forma de constituição de família e lhe conferir proteção legal sem que para isso seja necessário equipará-la ao casamento a ponto de atribuir ao companheiro os mesmos direitos pessoais e patrimoniais outorgados ao cônjuge. Embora se saiba que tais relações se alinham ontologicamente — afinal, são ambas baseadas em idênticos vínculos de afeto, assistência e

³⁶⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*: de acordo com o novo Código Civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 24.

³⁶⁸ “Admitir a superioridade do casamento significa proteger mais, ou prioritariamente, algumas pessoas em detrimento de outras, simplesmente porque aquelas optaram por constituir uma família a partir da celebração do ato formal do matrimônio. Essa situação, sem dúvida, enseja uma contrariedade ao ordenamento constitucional, violando o princípio da igualdade, na medida em que estabelece privilégios a alguns indivíduos em prejuízo de outros, de forma injustificada.” (NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 201).

respeito — a lição de Ana Luiza Maia Nevares, eminente professora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, é esclarecedora:

Não se discute que cada entidade familiar encerra uma situação diversa da outra: o casamento se diferencia da união estável, que por sua vez se diferencia da família monoparental, que é diversa do casamento. Tal fator diferenciador, porém, pode ensejar um tratamento diverso para as referidas comunidades familiares?

A resposta é sim, claro. A questão é saber qual é o fundamento (e a lógica de tal diferenciação), analisando se o mesmo tem pertinência quanto aos valores constitucionais.³⁶⁹

Nada há de errado em desigualar cônjuge e companheiro: é possível fazê-lo sem sequer tangenciar qualquer vulneração à norma constitucional. Ao revés, é justamente dessa desequiparação que se obtém a máxima efetividade da regra insculpida no art. 226, §3º da Carta republicana. É de se pedir reiterada vênias àqueles que concebem estas duas entidades como equivalentes ao argumento de que o diminuto tratamento legal conferido à união estável na codificação de 2002 revelaria uma sorte de desprestígio e desfavorecimento a ser corrigida pelo estabelecimento entre uma equivalência de direitos e deveres aos cônjuges e companheiros.

Em que pese o afeto como o idêntico alicerce, não se pode negar que não apenas do ponto de vista fático como também histórico a união estável e o matrimônio são institutos jurídicos completamente diversos, sendo certo que a própria Constituição descortina tal dessemelhança — tanto que os trata de forma diferente a partir do momento em que reconhece cada qual individualmente, conferindo proteção jurídica a um e outro.

A norma constitucional não se imiscui na autonomia da vontade dos indivíduos que adotaram como modelo de vida a união informal, isto é, em tempo algum lhes impõe a solenidade do matrimônio como forma de verem tutelados os direitos advindos dessa relação de convivência, a exemplo da propriedade comum dos adquiridos ou a assistência material pós-término do vínculo. Noutros termos, a união estável como tal não passa despercebida aos

³⁶⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 204. No mesmo sentido, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 152.

olhos do ordenamento, não se lhe nega proteção, mas esta há de condizer com os limites determinados pela ausência de formalidade, de modo que propalar uma automática igualdade entre companheiros e cônjuges é caminhar em terreno de incongruências.

É dizer, remediar o tratamento lacônico dispensando tanto na matriz constitucional como na regulamentação legal com uma irrestrita igualação do *status* do companheiro ao do cônjuge, em última análise, não tardará em expungir do ordenamento uma ou outra entidade jurídica, anulando-se ou esvaziando-se o dispositivo constitucional.

Isto porque, o advento da Carta de 1988 estabeleceu no Direito de Família três possibilidades de relacionamentos afetivos juridicamente relevantes: o concubinato impuro (relação factual marcada por impedimentos matrimoniais e não protegida pelo Estado), a união estável (outrora, concubinato puro ou sociedade convivencial de fato, que passou a ser tutelada como entidade familiar) e o casamento (união formalmente registrada). A união estável, portanto, sem que signifique qualquer menos-valia em termos de importância como entidade familiar, é um estado intermediário que permite aos conviventes receber proteção estatal sem que tenham que obrigatoriamente se submeter aos ditames registrais, ainda que não alcancem as benesses máximas que as formalidades matrimoniais lhes assegurariam (legitimação negocial, tutela da paternidade etc., adiante esmiuçadas).

Com efeito, estabelecer que não é necessário casar para obter os mesmos direitos do matrimônio provoca as mais diversas repercussões: desestimula a busca pelo casamento como opção de garantia de maior variedade de direitos (também impactando na segurança jurídica a terceiros, proporcionada pela publicidade registral do casamento) e, por outro viés, desqualifica a conquista da positivação da união estável, uma vez que na prática só restarão no ordenamento os efeitos do concubinato impuro (ausência de proteção) e do casamento formal e equiparado (idêntica tutela jurídica, com ou sem registro da relação afetiva).

Noutros termos, a entender-se pela igualação, toda sociedade de fato que atenda aos requisitos de notoriedade, estabilidade ou duração prolongada, continuidade, inexistência de impedimentos matrimoniais e monogamia será um casamento para efeitos legais, de balde a necessidade de registro.

E é possível ir além. Em ocorrendo tal equiparação, o ordenamento entrará em crise: como não se vê possível a coexistência de dois casamentos, também não o será a coexistência de uma união estável com uma separação de fato (que, a rigor, casamento formal ainda é). Ou o contrário, a cogitar-se excepcionalmente a existência de união equiparada a casamento e casamento formal simultâneo (ainda que presente a separação de fato), reflexamente estaria autorizada a concomitância de casamentos, legitimando-se a bigamia.

E mais, aqueles que hoje ostentam o estado civil de separados judicialmente e vivem em união estável com terceiros passarão ao *status* do concubinato impuro, pois se não podem casar por estarem ainda formalmente vinculados, não poderão receber os direitos “matrimoniais” decorrentes da união estável equiparada, haja vista a situação de impedimento em que se encontram (art. 1.521, VI do Código Civil³⁷⁰), o que esvaziaria a excepcionante contida no art. 1.723, §1º do Código Civil³⁷¹.

Seja como for, tanto não há qualquer óbice à desigualação do companheiro em relação ao cônjuge sem que se viole a Constituição como o descabimento dessa equiparação por muitos tida como forma de compensar o tratamento lacônico da Carta e do Código Civil é algo que se pode desconstruir com primordial técnica hermenêutica, e assim por dois caminhos.

³⁷⁰ Art. 1.521 do Código Civil: “Não podem casar: [...] VI - as pessoas casadas;”.

³⁷¹ Art. 1.723 do Código Civil: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.”

O primeiro deles é o da interpretação lógica — aquela que toma como parâmetro a conexão entre uma expressão normativa com as outras que fazem parte daquele contexto³⁷² — e permite perceber que ao prever a facilitação da conversão em matrimônio o legislador partiu da existência de uma entidade originária (união estável) distinta daquel'outra que será o produto previsto (casamento), portanto institutos distintos, mas cujas essências permitem a criação de um instrumento legal (o casamento por conversão, hoje regulado pelo art. 1.726 do Código Civil³⁷³) que permite o trânsito da união de fato para a tutela da união solenizada³⁷⁴.

O segundo caminho é o da interpretação histórica — aquela que trata o texto normativo segundo a conexão fática ou existencial que possui com o contexto evolutivo em que foi lançado (aspectos culturais, políticos e econômicos)³⁷⁵ — a entender-se que o que se viu em 1988 foi a constitucionalização do até então denominado concubinato puro, alçado em nome e renome ao *status* de união estável. O legislador identificou a necessidade de conferir tratamento jurídico adequado às inúmeras relações de convivência afetiva presentes na sociedade brasileira, reconhecendo-as como uma nova fonte de formação de família, lugar até então ocupado apenas pelo casamento, conforme previa o art. 175 da Constituição de 1967, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n. 01/69.

Observe-se: em tempo algum o constituinte estabeleceu que as sociedades de fato até então estabelecidas e aquelas que se formassem a partir a promulgação da Carta seriam consideradas como casamento para efeitos de reconhecimento como entidade familiar. Ao contrário, ao lado do matrimônio foi estabelecida a tutela legal de outras formas

³⁷² A técnica lógica identifica e saneia inconsistências contextuais a fim de obter o significado correto e razoável da norma ou, pelo menos, afastar as interpretações que possam conduzir ao inexplicável ou ao absurdo.

³⁷³ Art. 1.726 do Código Civil: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.”

³⁷⁴ Aliás, ainda discorrendo sobre questões lógicas, vale o alerta de Lucas Pimenta Júdice para quem uma indevida equiparação reputaria conferir tratamento idêntico a distintas espécies (casamento e união estável) de um mesmo gênero (entidade familiar). Nesse sentido, JÚDICE, Lucas Pimenta. Retrocesso da igualdade entre cônjuges e companheiros: visão constitucional-civil dos institutos no âmbito sucessório. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 11, n. 54, p. 72-90, 2009.

³⁷⁵ A técnica histórica permite que o exegeta resolva as questões semânticas que se fazem prementes por meio do enfrentamento de enfrentar conceitos indeterminados, valorativos e discricionários, observando as condições de tempo e meios em que a norma incide e também como o eram ao tempo de sua gênese.

representativas de vínculo, como assim se fez com a união estável e com a família monoparental³⁷⁶.

Numa apreciação pragmática da necessidade de desequiparação, muito já se disse sobre os diversos traços de distinção que se podem apontar entre a união estável e o casamento, tomando-se como ponto de partida, em particular, a forma de sua constituição, sendo factual e verificável *a posteriori* a união de convivência e solene o matrimônio. Como demais pontos diferenciadores, podem-se mencionar a legitimação negocial³⁷⁷, a tutela da paternidade³⁷⁸ e da emancipação³⁷⁹, as particularidades ligadas ao estatuto patrimonial³⁸⁰, o decurso de prescrição entre os membros do par³⁸¹, entre outros.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não desconhece a afinidade existente entre casamento e união estável enquanto entidades familiares reconhecidas pelo

³⁷⁶ Art. 226 da Constituição da República: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”.

³⁷⁷ Por força do art. 1.647 do Código Civil, situado nas disposições gerais acerca dos regimes de bens, impõe-se a outorga conjugal na hipótese em que um membro do par tencione realizar atos de disposição de direitos. Tal condicionante não recai sobre os companheiros, uma vez que não se pode exigir do terceiro de boa fé envolvido no negócio o prévio conhecimento da relação convivencial, máxime quando esta é sequer dotada da mesma publicidade registral inerente ao matrimônio (art. 9º, I do Código Civil). Confira-se o dispositivo legal, *in verbis*: “Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III - prestar fiança ou aval; IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.”.

³⁷⁸ A presunção *pater is est quem justas nuptiae demonstrant* como efeito do matrimônio no art. 1.597 do Código Civil permite que a simples apresentação da certidão de casamento faça prova da paternidade do genitor quando do registro do descendente. Na união estável, todavia, à míngua de um ato formal que prove a sua constituição e o início da convivência, o mesmo não acontece, sendo necessária a manifestação presencial do pai registrante. Confira-se o dispositivo legal mencionado: “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; [...]”.

³⁷⁹ Também como forma de proteger interesses de terceiros, o casamento se basta para gerar o efeito emancipatório previsto no art. 5º, II do Código Civil, haja vista a solenidade registral que lhe é inerente. Tal não ocorre com a união estável, de modo que aquele que celebra negócio jurídico com menor não-casado deve exigir-lhe a prova da plena capacidade de direito.

³⁸⁰ A comunhão de aquestos é decorrência direta do ato solene do matrimônio mas, em que pese o art. 1.725 do CC prever tal regime à união estável, naquilo que couber, essa consequência não é estanque ou *ipso iuris*, uma vez que a comunicabilidade pode ser ressalvada por ato de vontade dos companheiros ou por prova que a ilida. Observe-se a norma citada: “Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”.

³⁸¹ O art. 197, I do Código Civil é efeito típico do matrimônio e impede o curso da prescrição entre os cônjuges, enquanto durar a sociedade conjugal, e assim com muita razão, como forma evitar que, na iminência do fim de um prazo, o vínculo afetivo seja abalado por demandas que um cônjuge entenda possuir contra o outro. A falta de um concreto marco temporal do início da relação de companheirismo faz incompatível a aplicação da norma mencionada às uniões estáveis.

ordenamento jurídico. Mas não é o que ocorre em relação a outros traços marcantes, como é o caso do aspecto solene que os distingue. Neste sentido,

DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA. CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIANÇA. FIADORA QUE CONVIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL. INEXISTÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. DISPENSA. VALIDADE DA GARANTIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 332/STJ.

1. Mostra-se de extrema relevância para a construção de uma jurisprudência consistente acerca da disciplina do casamento e da união estável saber, diante das naturais diferenças entre os dois institutos, quais os limites e possibilidades de tratamento jurídico diferenciado entre eles.

2. Toda e qualquer diferença entre casamento e união estável deve ser analisada a partir da dupla concepção do que seja casamento - por um lado, ato jurídico solene do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico, e, por outro, uma entidade familiar, dentre várias outras protegidas pela Constituição.

3. Assim, o casamento, tido por entidade familiar, não se difere em nenhum aspecto da união estável - também uma entidade familiar -, porquanto não há famílias timbradas como de "segunda classe" pela Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorria nos diplomas constitucionais e legais superados. Apenas quando se analisa o casamento como ato jurídico formal e solene é que as diferenças entre este e a união estável se fazem visíveis, e somente em razão dessas diferenças entre casamento - ato jurídico - e união estável é que o tratamento legal ou jurisprudencial diferenciado se justifica.

4. A exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por este aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável é justificável. É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, hão de ser dispensadas as vênias conjugais para a concessão de fiança.

5. Desse modo, não é nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro. Não incidência da Súmula n. 332/STJ à união estável.

6. Recurso especial provido.³⁸²

Ao objeto deste estudo interessa investigar se a desequiparação acima declinada tem lugar também no cenário sucessório e, num primeiro momento, impende apreciar a posição do companheiro no que concerne ao seu papel de sucessor necessário ou facultativo.

Conforme consabido, o Código Civil de 2002 imprimiu inédito prestígio à figura do cônjuge na matéria sucessória, elevando-o à categoria de herdeiro necessário (art. 1.845)³⁸³, e assim se deu como decorrência da alteração no regime legal de bens — da comunhão universal para a comunhão parcial — após o advento da Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio). A lição de Miguel Reale bem elucida a mudança:

³⁸² Conforme consta do Informativo 535/STJ, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1299866/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 25 fev. 2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

³⁸³ Diz o art. 1.845 do Código Civil, “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”.

Ampliado o quadro justamente na época em que elaborado o Projeto que viria a se tornar o novo Código Civil, pareceu adequado proteger o cônjuge, *sobretudo quando desprovido de recursos próprios*, mormente naqueles casos em que *a longa convivência matrimonial* não dispensava o esforço de ambos para a vida em comum. Nessas situações, poderia haver risco de o cônjuge casado em separação parcial, nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo a herança por inteiro aos descendentes ou aos ascendentes. Daí a ideia de tornar o cônjuge herdeiro no concernente aos bens particulares do autor da herança.³⁸⁴

O fato de a referência à figura do companheiro não constar do citado dispositivo legal inspirou acirrada controvérsia doutrinária acerca da possibilidade de o companheiro remanescente ser considerado herdeiro necessário. A questão, em essência, gira entre saber se a norma do art. 1.845 traz no seu bojo um silêncio eloquente ou uma lacuna, conforme adiante desenvolvido.

Um primeiro entendimento rejeita a possibilidade de se atribuir ao companheiro o *status* de herdeiro necessário, e assim o faz sustentando que a omissão quanto a sua referência no art. 1.845 do Código Civil representa o desejo por parte do legislador em não o aquilatar com essa condição. Diz-se que somente aqueles a quem a lei atribuiu tal qualidade é que têm direito à legítima, restando assim protegidos pelo art. 1.789 da codificação, que impede que o titular dos bens disponha sobre mais da metade de seu patrimônio. A solução, para esta corrente, se faz por meio de interpretação literal da norma que elenca os herdeiros necessários, máxime para entender que se o legislador se omitiu quanto aos companheiros, ao exegeta não é dado incluí-lo. Com efeito, permitido estaria que na hipótese do art. 1.790, IV do Código Civil o companheiro fosse totalmente afastado da sucessão^{385, 386}.

³⁸⁴ REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial (Parecer oferecido aos Doutores Sebastião Ferreira e Ricardo da Cunha Ferreira). *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo, n. 24, v. 6, p. 205-228, 2005 (grifos no original).

³⁸⁵ Referendando a primeira corrente, dentre outros: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 229 (nota do autor: posição pessoal de Francisco Cahali, ressalvada por Giselda Hironaka); GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 152; GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev. e atualizada por Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 68; LEITE, Eduardo Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: Direito das Sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 64; MADALENO, Rolf. O novo direito sucessório brasileiro. *Revista Jurídica*. v. 291, Porto Alegre: Notadez, p. 35-44, 2002; NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 162; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo:

De outra banda, a segunda corrente sustenta que os companheiros são herdeiros necessários (e isto sem prejuízo de sua meação) uma vez que o art. 1.845 apresenta uma lacuna que pode ser suprida por outros dispositivos do ordenamento, sendo dois os caminhos a tanto percorriáveis. Com efeito, o art. 1.790 estabelece imperativamente que o companheiro “participará da sucessão do outro”, o que permite inferir que o sobrevivente não poderá ser afastado da sucessão, tirante os casos de indignidade e deserdação. O outro argumento reside na interpretação *a contrario sensu* do art. 1.850, situado no capítulo dos herdeiros necessários, que somente autoriza que o testador exclua da sucessão os colaterais³⁸⁷. Assim, se os que não podem ser excluídos por testamento são herdeiros necessários e se o legislador não previu o afastamento do companheiro (mas tão-só dos colaterais), não poderá ele ser apartado da sucessão^{388, 389}.

Saraiva, 2005. p. 154; VELOSO, Zeno. *Do direito sucessório dos companheiros*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2005; WALD, Arnoldo. *O novo Direito das Sucessões*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 96;

³⁸⁶ Na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, confira-se: “Agravo de Instrumento. Inventário. Decisão que nomeou herdeiro instituído por testamento público como inventariante, em substituição ao agravante, companheiro da falecida. Inconformismo do agravante, que alega ter convivido com a falecida durante 29 anos ininterruptos e estar na administração dos bens comuns do casal. O inventariante, até que se ultime a partilha, é o representante e o administrador do Espólio, devendo ser nomeado pelo Juízo segundo a ordem preferencial estabelecida no artigo 990, do CPC. O novo Código Civil não assentou o companheiro como herdeiro necessário. A sucessão do companheiro está prevista no artigo 1790 do Código Civil, enquanto a sucessão do cônjuge encontra-se prevista no artigo 1.829. Em face de tudo o que foi exposto, e ante a total improcedência do recurso, considerando-se que a decisão agravada nada tem de teratológica ou contrária à lei, NEGO-LHE SEGUIMENTO a teor do disposto no art. 557 da Lei de ritos.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI. nº 0006182-85.2009.8.19.0000, Rel. Des. Sirley Abreu Biondi, 13ª C.C., julgado em: 22 abr. 2009. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

³⁸⁷ Anote-se como um terceiro argumento, a visão humanista do eminente professor Luiz Paulo Vieira de Carvalho, segundo o qual “ao se entender que o companheiro sobrevivente, aquele que no momento da morte do hereditando com ele compartilhava, na alegria e na tristeza, uma vida de afetos, com conseqüente formação de um núcleo familiar protegido constitucionalmente, não é herdeiro necessário tal qual o expressado legalmente em relação ao cônjuge sobrevivente, poderá o mesmo ser totalmente excluído da sucessão (em propriedade), em virtude de mero capricho do hereditando através de testamento em que beneficia terceiros com todos os bens que compõem o monte hereditário, respeitada, porém a quota legitimária de eventuais descendentes e ascendentes (arts. 1.789 e 1.846 do CC), tudo com risco absoluto de desamparo do parceiro, a eclodir, na maioria das vezes, nos últimos anos de vida deste. Nesta linha, CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 398.

³⁸⁸ Prestigiando a segunda orientação, CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 398. Confiram-se, outrossim, dentre outros: AMIN, Andréia Rodrigues. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 125; DANTAS JR., Aldemiro Rezende. *Sucessão no Casamento e na União Estável*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas atuais de Direito e Processo de Família*: primeira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 535-613; DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 174; FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 111-112; FREIRE, Reinaldo Franceschini. *Concorrência Sucessória na União Estável*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 115; HIRONAKA, Giselda

Com rotineiro brilhantismo, o mestre Luiz Paulo Vieira de Carvalho arremata:

[...] ao se entender que o companheiro sobrevivente, aquele que no momento da morte do hereditando com ele compartilhava, na alegria e na tristeza, uma vida de afetos, com consequente formação de um núcleo familiar protegido constitucionalmente, não é herdeiro necessário tal qual o expressado legalmente em relação ao cônjuge sobrevivente, poderá o mesmo ser totalmente excluído da sucessão (em propriedade), em virtude de mero capricho do hereditando, através de testamento em que beneficia terceiros com todos os bens que compõem o acervo hereditário, respeitada, porém, a quota legitimária de eventuais descendentes e ascendentes (arts. 1.789 e 1.846 do CC), tudo com risco absoluto de desamparo do parceiro, a eclodir, na maioria das vezes, nos últimos anos de vida deste.³⁹⁰

Pois bem, retorne-se ao ponto de partida: está-se a perquirir se existe desequiparação entre cônjuge e companheiro também na esfera sucessória.

Da análise da controvérsia acerca da posição do companheiro, é possível perceber que para a primeira corrente o companheiro não se iguala ao cônjuge por falta de previsão legal. Já para a segunda corrente, o companheiro é também herdeiro necessário, mas não por equiparação, e sim por mérito próprio, uma vez que em tempo algum se disse que o convivente deve ser herdeiro necessário já que também o cônjuge possui tal atributo.

Noutros termos, de acordo com esta corrente que ora se considera a melhor posição, sob o aspecto da quota legitimária, cônjuge e companheiro receberam tratamento privilegiado, cada qual à sua maneira e ao seu respectivo substrato legal, não sendo possível por esse traço

Maria Fernandes Novaes. *Direito Sucessório e Constituição: Controvérsias e Tendências*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; Simão, José Fernando (Coords.). *Direito de Família e das Sucessões: temas atuais*. São Paulo: Método, 2009. p. 460; NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 223; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15. ed. rev. e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 162-168.

³⁸⁹ Na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, confira-se: “Inventário - Decisão que determina que o bem doado à companheira seja levado à colação, respeitando-se a meação. Alegação da agravante de desnecessidade de levar o bem à colação, afirmando que adquiriu o imóvel anteriormente à união estável. Imóvel alienado onerosamente ao de cujos, que por sua vez doou metade à agravante na constância da união estável. Deve ser destacado que o Código Civil não se refere ao companheiro em união estável entre os que estão obrigados à colação. Contudo, o princípio da igualdade impõe tratamento idêntico ao do cônjuge, sendo o companheiro considerado herdeiro necessário, diante do que dispõe o artigo 1.790 do Código Civil. Bem que deve ser levado à colação, conforme prevêm os artigos 2.002 e 2.003 do Código Civil, para que seja feito o cálculo correto da legítima. Em não o fazendo a companheira, estaria ferindo o princípio da igualdade da legítima dos herdeiros necessários - Desprovemento do Agravo de Instrumento.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI. nº 0062098-65.2013.8.19.0000, Rel. Des. Camilo Ribeiro Ruliére, 1ª C.C., julgado em: 13 maio 2014. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

³⁹⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 398.

comum inferir uma obrigatoriedade de tratamento equiparado, uma vez que as razões são distintas para cada caso.

Ao que se vê, ao menos até o que foi aqui exposto, também em matéria sucessória não há uma obrigatoriedade de igualação, mesmo que se identifique entre cônjuge e companheiro, eventualmente, um atributo comum a ambos, como é o caso de serem considerados herdeiros necessários.

7.3 Desconstruindo a aparente inconstitucionalidade no tratamento sucessório do companheiro pelo art. 1.790 do Código Civil

Prosseguindo na análise acerca da pertinência da desequiparação entre o cônjuge e o companheiro no panorama sucessório, passa-se a apreciar um ponto nevrálgico na matéria, consistente na, *data venia*, suposta inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil^{391,392}.

De partida, refira-se a norma, sem o compromisso de esgotar neste momento todos os eventuais vícios que a acometem:

³⁹¹ O ponto é dos mais espinhosos e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está atenta às controvérsias atinentes ao tema. No histórico da Corte, consta Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade suscitado perante a 4ª Turma, sendo relator o Ministro Luis Felipe Salomão nos seguintes termos: “INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, INCISOS III E IV DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM PARENTES SUCESSÍVEIS. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AI no REsp nº 1135354/PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em: 24 maio 2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015). Alçado à Corte Especial para prosseguimento, o incidente não foi conhecido, conforme se colhe do seguinte aresto, noticiado no Informativo 505/STJ: “CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS III E IV DO ART. 1.790 DO CC/2002. NÃO CONHECIMENTO. 1. O manifesto descabimento do recurso especial - que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição -, contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido. 2. Incidente de inconstitucionalidade não conhecido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AI no REsp nº 1135354/PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em: 03 out. 2012. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

³⁹² A constitucionalidade do dispositivo foi mais uma vez questionada incidentemente no Superior Tribunal de Justiça, também sob relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, em idênticos termos: “RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. REGIME SUCESSÓRIO. ART. 1.790, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade do art. 1.790, caput, do Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AI no REsp 1291636/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em: 11 jun. 2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015). Alçado à Corte Especial, até o momento da conclusão deste trabalho, a admissibilidade do incidente ainda estava em curso.

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

As críticas à constitucionalidade do dispositivo gravitam entre pelo menos três cenários possíveis: (i) o art. 1.790 atribui ao companheiro mais direitos do que o art. 1.829 assegura ao cônjuge; (ii) o art. 1.790 atribui ao companheiro menos direitos do que o art. 1.829 assegura ao cônjuge; (iii) o art. 1.790 atribui ao companheiro menos direitos do que aqueles outrora assegurados no regime anterior ao Código Civil de 2002.

O primeiro deles está diretamente ligado ao fato de, por força da dicção da norma prevista no art. 1.790, *caput* do Código Civil, a sucessão do companheiro situar-se na esfera dos bens comuns do casal, isto é, aqueles adquiridos onerosamente na constância da união estável (art. 1.660, I) portanto comprados pelo companheiro ou recebidos por meio de dação em pagamento durante a convivência³⁹³. Ficam assim excluídos do acervo hereditário no qual tomará parte o supérstite os bens anteriormente existentes, os que a qualquer tempo sejam legalmente intangíveis ou aqueles adquiridos a título gratuito após o início da união.

Como pano de fundo, tem-se a afirmação de que a previsão de facilitação da conversão da união estável em casamento coloca o matrimônio em um patamar hierarquicamente superior à relação convivencial, daí porque qualquer vantagem atribuída pela lei que mais favoreça o companheiro e menos o cônjuge seria inconstitucional.

³⁹³ Vale registrar o entendimento do mestre Flávio Tartuce no ponto em questão, no sentido de que todos aqueles bens não provenientes de aquisição gratuita estariam abrangidos pelo conceito de bens comuns, o que faria abranger os incisos II a V do art. 1.660 do Código Civil: “[...] atente-se que, como premissa fundamental para o reconhecimento do direito sucessório do companheiro ou companheira, o *caput* do comando enuncia que somente haverá direitos quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união. Desse modo, comunicam-se os bens havidos pelo trabalho de um ou de ambos durante a existência da união estável, excluindo-se bens recebidos a título gratuito, por doação ou sucessão.”. Pelo exposto, confira-se TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. v. 6. 7. ed. São Paulo: Método. 2014. p. 228.

Tomadas essas premissas, identifica-se a gênese da discrepância dita presente no primeiro cenário cogitado: de acordo com o entendimento majoritário em tema de concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes (parte final do art. 1.829, I do Código Civil), em não havendo bens particulares no acervo, inexistirá a concorrência sucessória entre os descendentes e o cônjuge, e este recolherá tão somente a sua meação (não será, portanto, herdeiro concorrente). Já o companheiro, nesta mesma conjuntura, de acordo com o art. 1.790, *caput*, além de meeiro, será herdeiro concorrente sobre a outra metade dos bens comuns, em concurso com os demais vocacionados, conforme seja o quadro sucessório.

É justamente esse resultado mais vantajoso ao companheiro que enseja questionamentos acerca da constitucionalidade do art. 1.790 no que tange à distribuição das riquezas integrantes do acervo deixado pelo autor da herança³⁹⁴.

Antes de lançar as críticas e ponderações pertinentes, vale ilustrar o segundo cenário acima cogitado, aquele em que o art. 1.790 atribui ao companheiro menos direitos do que o art. 1.829 assegura ao cônjuge.

Aqui, o argumento de fundo advém da corrente de pensamento que preconiza a equiparação entre cônjuge e companheiro, haja vista a identidade surgida entre a união estável e o casamento como formadoras de entidades familiares, após o advento do art. 226, §3º da Constituição de 1988³⁹⁵.

A fonte das insurgências segue raciocínio semelhante ao acima exposto: conforme o entendimento majoritário que visa impedir que o supérstite fique desassistido em razão da

³⁹⁴ Tal constatação vem sendo apontada pelo mestre Luiz Paulo Vieira de Carvalho desde os primeiros anos de vigência do Código Civil de 2002. Neste sentido, confirmam-se CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. A nova ordem de vocação hereditária. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, n. 15, p. 107-132, 2003; CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. A nova ordem de vocação hereditária. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 57, p. 40-61, 2004.

³⁹⁵ Confira-se, no ponto, a exposição constante do item 7.2. Por oportuno, anote-se a ponderação do mestre Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *in verbis*: “Não estamos afirmando que o casamento e a união estável são instituições sociais rigorosamente iguais, pois, embora ambas sejam modos de constituição de família, divergem em alguns aspectos, especialmente no que concerne à sua formação. [...] Defendemos, porém, que, ao menos em relação ao conteúdo jurídico dos efeitos emanados pela formação de ambas as famílias deve haver uma salutar igualdade civil-constitucional, com base no princípio da isonomia.” (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 366-367).

morte de seu cônjuge, basta que existam bens particulares para que sobre eles venha a herdar o consorte (parte final do art. 1.829, I do Código Civil), ainda que nada receba a título de meação ante a falta de aquestos. O companheiro, por sua vez, se o acervo não contiver bens comuns, ficaria à míngua, pois nada haveria por meação e também nada por herança, já que o art. 1.790 do Código Civil situa a vocação hereditária do convivente na quadra dos bens comuns. É justamente pelo fato desta norma restringir o âmbito da sucessão aos aquestos que se irrompem as críticas, ao argumento de que não se pode admitir que dois institutos reconhecidos constitucionalmente como entidades familiares produzam resultados tão díspares, daí dizer-se inconstitucional o art. 1.790 para pretender que a sucessão do companheiro seja regulada pelo art. 1.829 do Código Civil.

Expostos os dois primeiros cenários, é chegado o momento de algumas ponderações a respeito.

Sob os aspectos lançados — discrepância no tratamento do companheiro, seja porque recebe mais que o cônjuge, seja porque recebe menos — as alegações de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil são fruto da *interpretação antinômica* lançada no art. 1.829 pelos exegetas da codificação.

Já se cogitou logo no início deste estudo a possibilidade de que na interpretação de uma norma o próprio hermeneuta venha a provocar a antinomia desta com a ordem jurídica em que se insere³⁹⁶. Assim, ao invés de se solucionar a falta de clareza que acomete a norma, produz-se uma antinomia aparente, de princípio ou teleológica — na prática, um arremedo de interpretação que mais faz piorar do que resolver, uma vez que cria um novo conflito, agora na convivência do dispositivo legal interpretado com outros que lhe sejam correlatos.

³⁹⁶ Neste sentido, confirmam-se as ponderações lançadas no item 1.5 *supra*.

Transpondo o raciocínio para o caso em tela, é possível inferir que a alegada inconstitucionalidade do art. 1.790 é nada mais do que aparente e decorre da adoção de um entendimento equivocado — *rectius*, antinômico — na interpretação do art. 1.829.

Isto porque, o estabelecimento da herança do cônjuge no âmbito dos bens particulares por meio da apressada interpretação literal *a contrario sensu* do art. 1.829, I do Código Civil repercute na consistência do próprio Código como um todo e atinge, para além das normas do microssistema do regime patrimonial, também a sucessão do companheiro, uma vez que produz o atrito entre a sucessão do cônjuge ocorrer nos aprestos e a sucessão do companheiro ocorrer nos aquestos.

É dizer, não fosse abraçada a posição hoje lamentavelmente majoritária na sucessão do cônjuge, ainda que subsistissem alguns sanáveis defeitos nos incisos do art. 1.790, a vocação hereditária do companheiro não seria tão criticada. A fonte das inquietações que acometem a sucessão do companheiro é justamente a adoção de premissas errôneas na sucessão do cônjuge. Isto porque, do momento em que se tentou transpor para a união estável as mesmas conclusões alcançadas na concorrência em sede de casamento, surgiram novas controvérsias e inconsistências. Sustenta-se, com efeito, ser necessário “apagar” tudo o que até hoje se disse.

O presente estudo, como linha de partida, interpreta o art. 1.829, I do Código Civil no sentido de que a concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes no regime da comunhão parcial de bens tem cabimento na hipótese em que o autor da herança deixou bens particulares, recaindo o concurso de herdeiros sobre os *bens comuns* apurados após o recolhimento da meação pelo consorte sobrevivente e, por fim, destinando aos descendentes a exclusividade dos bens particulares³⁹⁷.

³⁹⁷ Com mais vagar, confira-se a tese defendida ao longo do capítulo 6 deste trabalho.

Adotado este entendimento, uma das consequências — além da manutenção da coerência da sucessão do cônjuge com o regime da comunhão parcial de bens — é a eliminação da suposta inconstitucionalidade do art. 1.790 ante a paridade de tratamento que se instaura entre o companheiro e o cônjuge, que apenas passam a se diferenciar na extensão dos quinhões que lhes são atribuídos em cada tratamento sucessório.

Noutros termos, encampada que fosse a tese ora proposta, tanto a sucessão concorrente com os filhos do *de cujos*, seja em relação ao cônjuge, seja em relação ao companheiro, ocorreria sobre uma mesma base de cálculo, que seriam os bens comuns do acervo hereditário, descontada desde logo a meação cabível. Havendo bens particulares, a rigor, não seriam eles destinados ao supérstite, mas sim aos descendentes em qualquer dos casos.

Veja-se que, sem precisar ingressar na discussão acerca da pertinência da (des)equiparação do companheiro frente ao cônjuge, logra-se êxito em conferir tratamento igualitário ao sobrevivente, seja qual for a origem de sua família (casamento ou união estável). Confira-se a oportuna lição da eminente professora Cláudia Nogueira, ilustre defensora pública do Estado do Rio de Janeiro:

As entidades familiares têm que ser tratadas isonomicamente. A família decorrente do casamento não pode jamais receber mais ou menos bens que os parentes que constituem a família da união estável.

Claro que os companheiros podem receber tratamento menos vantajoso. O que é inadmissível é a diferenciação de tratamento destinado aos parentes por causa da origem dessa família. A Constituição não igualou o companheiro ao cônjuge. Mas garantiu a mesma proteção à família, independentemente de sua origem. Todos são iguais perante a lei. Não tem qualquer sentido os parentes daquele que vivia em união estável receber menos ou mais herança que os parentes da pessoa casada.³⁹⁸

³⁹⁸ Nesse sentido, NOGUEIRA, Cláudia de Almeida. *Direito das Sucessões: Comentários à Parte Geral e à Sucessão Legítima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012. p. 186. Não há, segundo a ilustre professora, impossibilidade em o companheiro receber quota menor que o cônjuge na distribuição do patrimônio. O que não se admite, em última análise, é que esse tratamento menos vantajoso faça com que os descendentes do companheiro falecido sejam aquinhoados a maior ou a menor que os descendentes do cônjuge morto. Com semelhantes razões, confirmam-se: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e Sucedor: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: RT, 2011. p. 417 e ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Reformas legislativas necessárias nos Direitos de Família e das Sucessões. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 42, v. 9, p. 131-152, 2007.

Continuando-se na análise dos possíveis cenários de inconstitucionalidade do art. 1.790, o terceiro deles é aquele segundo o qual o dispositivo atribui ao companheiro menos direitos do que aqueles outrora assegurados no regime anterior ao Código Civil de 2002.

Isto porque, a eficácia revogadora da novel codificação colocou-a em rota de choque com a legislação anterior, uma vez que o companheiro foi posto em posição sensivelmente inferior ao cônjuge, máxime porque não houve repetição de certas garantias havidas nas Leis 8.971/94 e 9.278/96, tais como o usufruto viual ou o direito real de habitação. É dizer, com esteio no magistério de Zeno Veloso³⁹⁹, foi ignorado todo o longo processo histórico de conquistas sociais que culminaram com o reconhecimento legal da união estável e dos avanços alcançados ao longo desse percurso, o que em última análise violaria o princípio da proibição do retrocesso social⁴⁰⁰.

Com a vênia do respeitado mestre paraense e daqueles que o acompanham, é de se discordar deste entendimento, não sem antes conferir ao tema o aprofundamento devido.

Toda norma de Direito, seja princípio ou regra, é dotada de eficácia jurídica, que nada mais é senão o escopo de atuar sobre a realidade fática subjacente ao ordenamento legal de que faz parte. Dentre as modalidades de eficácia jurídica elencadas pela dogmática constitucional está a *eficácia negativa* que, segundo o escólio do Ministro Luis Roberto Barroso,

[...] implica a paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que esteja em contrariedade com o princípio constitucional em questão. Dela pode resultar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, seja em ação direta – com sua retirada do sistema –, seja em controle incidental de constitucionalidade – com sua não incidência no caso concreto.⁴⁰¹

É bem observar, na linha do magistério do constitucionalista fluminense citado, que

³⁹⁹ VELOSO, Zeno. *Do direito sucessório dos companheiros*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2005. Na mesma linha, CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 373.

⁴⁰⁰ Seria também fonte de retrocesso a concorrência do companheiro com os colaterais do *de cujos* (art. 1.790, III do Código Civil, conforme aponta ilustrada doutrina. Neste sentido, RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 7. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 119 e GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 560.

⁴⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 321.

alguns autores procuram radicar na eficácia negativa uma derivação específica ou um aprofundamento, referida como *eficácia jurídica vedativa do retrocesso*, dentre os quais se incluem Ana Paula de Barcellos⁴⁰², Felipe Derbli⁴⁰³, Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁰⁴, José Vicente Santos de Mendonça⁴⁰⁵, dentre outros expoentes da doutrina pátria.

Nesta ordem de ideias,

A vedação do retrocesso, por fim, é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando em seu lugar um vazio ou uma regulamentação tão irrelevante que, caso editada originariamente, não teria sido capaz de concretizar o direito fundamental. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente.⁴⁰⁶

O princípio da vedação ao retrocesso, ainda que não tenha aceitação universal na doutrina⁴⁰⁷ — e isto ao argumento de que a interpretação não pode levar à destruição da autonomia do legislador⁴⁰⁸ — é comumente atrelado aos direitos fundamentais de cunho

⁴⁰² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 85.

⁴⁰³ DERBLI, Felipe. *Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁴⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 4, p. 241-271, 2004; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 433-458.

⁴⁰⁵ MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, Rio de Janeiro, p. 205-236, 2003.

⁴⁰⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Anotação preliminar sobre o conteúdo e a função dos princípios*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 181.

⁴⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 184.

⁴⁰⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 308-310; VAZ, Manuel Afonso Vaz. *Lei e reserva de lei*. Porto: Universitas Catholica Lusitana, 1992. p. 385.

social⁴⁰⁹, que são produto de desenvolvimento legislativo. E assim o é porque o suposto retrocesso atingiria justamente a norma concretizadora do direito, seja com impactos de anulação, revogação, restrição de amplitude ou mesmo de aniquilação de seu núcleo essencial.

Dessarte, se determinado direito social houver alcançado certo grau de sua realização, a legislação que lhe sobrevier não poderia reverter as conquistas já obtidas, de modo que a implementação do mandamento constitucional pelo legislador constituiria, *per si*, uma barreira para que a proteção atingida seja desfeita sem compensações, uma vez que ela se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimida.

Contudo, nada impede que sejam feitas restrições a direitos ou a medidas estatais já adotadas, e tal não há de significar violação à cláusula de não-retrocesso, uma vez que não é de todo impossível falar-se em limitações a direitos fundamentais⁴¹⁰. Analisando a hipótese em que se operam modificações na disciplina já existente de um direito fundamental, as quais, de algum modo passam a restringir a proteção por ela anteriormente oferecida, a eminente Ana Paula de Barcellos pondera:

Ao regular um determinado direito fundamental, o legislador faz opções em função daquilo que lhe parece mais conveniente e necessário em face do momento histórico em que vive e do futuro próximo. Se se entender que a vedação do retrocesso impede qualquer tipo de restrição da regulamentação vigente, isso significará concluir que as opções concretas de um determinado legislador não poderiam ser alteradas, salvo para ampliar o alcance do direito ou a proteção e as prerrogativas por ele conferidas. Isto é: a regulamentação concreta de um direito formaria com a sua própria previsão constitucional uma espécie de bloco de constitucionalidade, à qual se reconhecera o *status* de uma cláusula pétreia ampliada, inviabilizado sua restrição.⁴¹¹

⁴⁰⁹ Não se desconhece, todavia, entendimento sem sentido ampliativo, conforme se colhe em SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 437.

⁴¹⁰ BARRETTO, Rafael. *Direitos Humanos*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 27.

⁴¹¹ A ilustre professora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro justifica sua assertiva, *in verbis*: “[...] seria implausível afirmar que a regulamentação dos direitos fundamentais a cargo do Legislador, sobretudo os veiculados pela Carta como princípios, admita apenas um conteúdo e uma forma em particular. Muito ao revés, até por conta das diversas concepções ideológicas, filosóficas e políticas que envolvem os direitos nas sociedades plurais, diferentes regulamentações podem ser validamente editadas. E se é assim, cristalizar em um bloco de constitucionalidade imutável determinada disciplina infraconstitucional de um direito fundamental parece indesejavelmente invasivo do espaço reservado à deliberação democrática e à manifestação do pluralismo político. (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 89).

Pois bem, trazendo-se a discussão para a análise desse terceiro cenário de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil — isto é, aquele pelo qual o dispositivo atribui ao companheiro menos direitos do que aqueles outrora assegurados no regime anterior ao Código Civil de 2002 — é de se questionar, portanto, se sob a égide da novel codificação foi atendido o comando no sentido de que a união estável a união estável recebe proteção estatal (art. 226, §3º da CRFB) e, por decorrência, se foi efetivado e garantido ao companheiro supérstite o direito fundamental à herança (art. 5, XXX da CRFB).

A solução, mais uma vez, está no magistério irretocável da eminente constitucionalista fluminense, a qual propõe um teste cujo escopo é tentar auxiliar na distinção entre iniciativas válidas e inválidas em matéria de restrição de direitos fundamentais já regulamentados, de modo a verificar em que circunstâncias a eficácia vedativa do retrocesso será aplicável, para além da revogação total de uma disciplina preexistente. Nesta toada, recomenda a doutrinadora que — levando em conta aspectos textuais, históricos e culturais — se confronte a nova regulamentação com a garantia mínima que decorre da Constituição e não propriamente já adotada pelo legislador infraconstitucional, nos termos adiante transcritos:

Imagine-se o texto constitucional originalmente editado, e o direito fundamental por ele previsto, antes de qualquer regulamentação. Imagine-se agora a nova regulamentação pretendida para o direito: a que se encontra sob suspeita de restringir invalidamente a disciplina anterior. O teste que se propõe envolve o confronto da nova regulamentação com o texto constitucional diretamente, e não com a regulamentação porventura anteriormente existente. O teste é guiado pela seguinte questão: a nova disciplina pretendida é compatível com a garantia constitucional, tendo em conta o sentido em que ela é compreendida contemporaneamente? Ou, dito de outro modo: a nova regulamentação realiza de forma minimamente adequada o bem jurídico tutelado pelo direito constitucionalmente previsto? A regulamentação pretendida garante a aplicabilidade real e efetiva — isto é: a fruição por seus destinatários — do direito constitucional?

E conclui a ilustre professora:

Se as respostas a tais perguntas puderem ser afirmativas, a nova regulamentação não poderá ser considerada inválida e a vedação ao retrocesso não será aplicável. Se

alguma dessas respostas, porém, for negativa, a invalidade parece ser a consequência natural para o caso.⁴¹²

A resposta há de ser positiva para as indagações formuladas. Não foi em tempo algum suprimida a proteção do companheiro sobrevivente e seu respectivo direito de herança no novel regramento sucessório de 2002⁴¹³.

Na realidade, se de fato em alguns pontos a codificação inovou de forma menos favorável ao companheiro — como a inclusão dos colaterais na ordem de vocação hereditária, à luz do art. 1.790, III do Código Civil — não se pode dizer que o direito constitucionalmente previsto foi modificado a ponto de ver sua amplitude restringida ou seu núcleo essencial violado, pois o companheiro continua protegido de outras formas⁴¹⁴, ainda que tenha passado a dividir herança em conjunto com outros parentes sucessíveis na terceira ordem de vocação, antes inexistente.

É bem verdade que o art. 1.790 do Código Civil padece de vários males, mas dizê-lo pura e simplesmente inconstitucional, se não for a solução mais conveniente para se provocar uma mudança legislativa que repense a sucessão do companheiro, será no mínimo a postura mais deletéria ao sistema, pois coloca o dispositivo num mar de incertezas que, em última análise, compromete a estabilidade e a consistência que se espera da jurisprudência dos tribunais locais e das cortes superiores⁴¹⁵.

Seja qual for o argumento de fundo, o que acomete o dispositivo é uma flagrante ambiguidade, como bem alertado pelo eminente Carlos Roberto Barbosa Moreira:

⁴¹² Por todo o exposto, BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 92-93.

⁴¹³ Sem embargo, é bem verdade que a situação seria outra se o texto legal houvesse sido promulgado em 2002 nos moldes do projeto aprovado em 1984 pela Câmara dos Deputados, uma vez que do diploma não constaria qualquer dispositivo que regulasse a sucessão dos companheiros. O panorama seria outro, com espaço para se argumentar, de um lado, a suposta revogação tácita das Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 e, de outro, a eficácia vedativa ao retrocesso haja vista o aniquilamento da regulamentação do direito sucessório dos companheiros.

⁴¹⁴ É o caso, por exemplo, de verdadeiro direito à herança de aquestos, o que no regime anterior era simples posse precária (usufruto vidual, à luz da Lei n. 8.971/94).

⁴¹⁵ Recorde-se, a propósito, o art. 926 do Código de Processo Civil de 2015, nos seguintes termos: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

A igualdade, constitucionalmente assegurada, atua como bússola na exegese de certos dispositivos do novo Código Civil, impedindo que o intérprete chegue a resultados incompatíveis com aquele princípio.

Um claro exemplo disso pode ser visto no art. 1.790, que disciplina a sucessão a que concorre o companheiro do *de cujos*. São tantos os seus defeitos, de inspiração, redação e conteúdo, que talvez fosse mais prático endossar a opinião de quem nele enxerga um amontoado de normas *inconstitucionais*. Mas a inconstitucionalidade de um texto legal não se confunde com sua simples e prosaica *ambigüidade*; e, a meu ver, a Constituição nem equiparou união estável a casamento, nem impôs ao legislador ordinário conferisse ao companheiro idêntico tratamento ao dispensado, em tema de sucessão, ao cônjuge. Por isso, não há inconstitucionalidade, em função da qual se deva regular a sucessão aberta em favor do companheiro mediante a aplicação analógica do art. 1.829; mas o art. 1.790 oferece ao intérprete enigmas mais intrincados e em maior número do que os três propostos pela Princesa Turandot, no segundo ato da ópera de Puccini.⁴¹⁶

É desses “enigmas”, como bem ilustrado pelo douto professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, de que se passa a cuidar no capítulo seguinte.

⁴¹⁶ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Princípios constitucionais e o direito das sucessões. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 390, v. 103, p. 45-55, 2007.

8. PROGNOSE DA CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA NA UNIÃO ESTÁVEL SEGUNDO A EFICÁCIA TRANSCENDENTE DAS NORMAS DO REGIME DE BENS

O art. 1.790 do Código Civil, conforme já se disse, enquanto norma geral a regular a sucessão do companheiro, não está indene de críticas. Transcreva-se, desde logo, a inteireza do dispositivo em questão:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Nesta quadra de estudos, demonstrar-se-á que, lançando mão dos instrumentos propiciados pela hermenêutica jurídica, é possível aplicar a teoria proposta no presente estudo à disciplina sucessória da união estável, tangenciando as pechas que se lhe atribuem e, tampouco, sem precisar advogar a completa revogação do dispositivo.

8.1 Dos requisitos para a sucessão do companheiro e a omissão antinômica decorrente da inaplicação do art. 1.725 do Código Civil

Deixando de lado o vergonhoso equívoco no enquadramento topológico da norma do art. 1.790 do Código Civil — que foi encartada nas Disposições Gerais de direito sucessório, quando a boa técnica legislativa sugere que constasse do capítulo atinente à Sucessão Legítima — tem-se como ponto de partida a tarefa de apurar se o companheiro faz jus ao recolhimento de meação concomitante a direito hereditário.

O cenário de base, naturalmente, é aquele caracterizado pela existência fática de uma relação de união estável ao tempo do óbito, devidamente comprovada judicialmente ou por

meio de pacto de convivência, e pelo falecimento de um dos companheiros na vigência do Código Civil de 2002⁴¹⁷.

Confira-se, no ponto, a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Efetivamente, não se pode confundir *herança e meação*, inclusive em sede de união estável. O direito meatório do companheiro depende do regime de bens escolhido pelas partes, através de contrato de convivência. Inexistindo pacto convivencial, aplicam-se as regras do regime da comunhão parcial de bens (CC, art. 1.725). A outro giro, o direito hereditário do companheiro decorre da lei, independentemente do regime de bens norteador da relação de companheirismo.⁴¹⁸

Noutros termos, em se tratando de partilha de aquestos no contexto do art. 1.790, o direito à herança é *ex lege* e o direito à meação é, em regra, *ex contractu*, ou, excepcionalmente, por força da incidência do art. 1.725 do Código Civil, que refere a aplicação do regime da comunhão de bens como estatuto patrimonial dos companheiros. É o mesmo, sem dúvida, que ocorre na sucessão do cônjuge.

Nesta ordem de ideias, costuma-se dizer que é a disciplina estipulada para reger o patrimônio dos conviventes na vigência da união estável que determinará a existência de meação e de direito hereditário — neste último caso por decorrência lógica da presença de bens comuns no acervo — o que fatalmente ficaria afastado caso seja eleito um regime de bens exclusivamente aprestos⁴¹⁹. Já o oposto, isto é, a presença de bens comunicáveis e o

⁴¹⁷ Afinal, o art. 1.787 do Código Civil estabelece que “Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.”. Oportuno referir também o art. 2.041, segundo o qual “As disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916).”

⁴¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 284.

⁴¹⁹ A hipótese, a toda evidência, se dirige à celebração de um contrato de convivência em que adotado o modelo típico do regime de separação convencional. É bem recordar, conforme já se consignou neste estudo, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça registra a possibilidade de incidência das regras da separação legal a uma união estável iniciada após o atingimento do marco etário legal por qualquer dos conviventes, que é de 70 anos segundo a redação mais recente do art. 1.641, II do Código Civil. Se o escopo dessa construção foi o de estender à união as regras vigentes para o casamento — até como forma de evitar um tratamento discrepante e menos vantajoso para o matrimônio — com idêntica razão devem ser aplicados os beneplácitos da Súmula 377/STF, que prevê a comunicação dos aquestos havidos ao longo da convivência, ainda que persista nesse cenário eventual discussão acerca da necessidade de comprovação do esforço comum. Na oportunidade, vale rememorar precedente da lavra da ilustre Ministra Nancy Andriahi, assim vazado: “[...] 2. O regime de bens aplicável na união estável é o da comunhão parcial, pelo qual há comunicabilidade ou meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união, prescindindo-se, para tanto, da prova de que a aquisição decorreu do esforço comum de ambos os companheiros. 3. A comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, as quais merecem

preenchimento do requisito do art. 1.790 de sorte a deflagrar meação e herança, se verifica quando o pacto de convivência estabelecer um estatuto patrimonial de bens aquestos.

É de se divergir dessa premissa, *data maxima venia*, vez que em momento algum o texto do art. 1.790 faz da existência de bens comuns um requisito para a sucessão do companheiro. Dito de outro modo, a norma estabelece que haverá direito hereditário titulado pelo convivente supérstite, *in verbis*, “quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”, em condições tais como elencadas nos incisos ali dispostos. Ou seja, tão-somente se diz *onde* e não *quando*. Apenas para se situar um ponto de contraste: a norma do art. 1.829, I diz *quando* haverá a sucessão do cônjuge em concurso com os descendentes (quando houver bens particulares), mas não diz *onde*, isto é, qual parcela do acervo será afetada.

Mas é possível ir além, como adiante se demonstra que o apego a esta quase verdade absoluta civilista pode gerar problemas que deixam de mãos atadas o intérprete mais arguto.

Não escapa aos olhos do presente estudo a possível ponderação no sentido de que ao estabelecer que a simples presença de bens comuns seria bastante para outorgar ao

interpretação restritiva, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada caso. 4. A restrição aos atos praticados por pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. 5. Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1171820/PR, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em: 07 dez. 2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015). No mesmo sentido, confira-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1090722/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, julgado em: 02 mar. 2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 915297/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em: 13 nov. 2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº 736627/PR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 2ª Seção, julgado em: 25 jun. 2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015. Igualmente, porém a considerar que o esforço comum depende de prova, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 646259/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em: 22 jun. 2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015. [nota do autor: os julgados citados são anteriores à vigência da Lei n. 12.344/10, que elevou para 70 anos o requisito etário da separação legal]. Registra-se, todavia, respeitável doutrina em sentido contrário, a argumentar que uma norma restritiva do direito à liberdade de eleição do regime de bens, que como tal é o art. 1.641 do Código Civil, deve ser interpretada restritivamente: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 412; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 161; DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 166; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Eficácia do regime de bens no casamento e na união estável. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, n. 70, p. 417-448, 2011.

companheiro concomitantes meação e sucessão em face do patrimônio do hereditando, em última análise, estar-se-ia dizendo inadvertidamente que qualquer modelo de regime de bens aqüestos (isto é, comunhão parcial, comunhão universal e participação final) vigente na união estável preencheria o requisito legal.

É que, ao comparar o regime sucessório da união estável (art. 1.790) com o do casamento (art. 1.829), observa-se que na hipótese de sucessão do supérstite em conjunto com os descendentes, a disciplina sucessória do matrimônio afasta o direito de herança se outrora vigente o regime universal, porém o mesmo não ocorre na sucessão legítima em sede de união estável. Em outros termos, o cônjuge não sucede em conjunto com os descendentes no regime de comunhão universal, mas o companheiro sim, e isto porque o requisito para a sucessão do convivente, segundo a interpretação até então consolidada, seria a mera existência de bens comuns.

A questão merece aprofundamento e as reflexões pertinentes já foram, inclusive, desenvolvidas em outra passagem deste estudo⁴²⁰, à luz do adiante reiterado.

Conforme consabido, no regime da comunhão universal a comunicação do patrimônio não é necessariamente integral, pois pode haver aprestos extraordinários⁴²¹, decorrentes de exclusões legais (art. 1.668 do Código Civil)⁴²² ou pactuadas (arts. 1.639 e 1.655 do Código Civil)⁴²³.

O questionamento que se tem a enfrentar consiste em coadunar os efeitos da sucessão no casamento e na união estável em que, para ambos os casos, foi pactuado o regime da

⁴²⁰ No particular, confirmam-se os itens 3.3.1 e 5.1 da presente obra.

⁴²¹ É o que ocorre por exemplo quando qualquer das partes recebe após o início do vínculo uma doação de imóvel gravado com cláusula de incomunicabilidade.

⁴²² Neste sentido, diz o art. 1.668 do Código Civil: “São excluídos da comunhão: I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.”

⁴²³ É o que dispõe o art. 1.639 do Código Civil: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.”. Nada obstante, há que se respeitar as prescrições legais, conforme se depreende do art. 1.655: “É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.”.

comunhão universal de bens, a ponto de não permitir que o cônjuge se veja em situação menos favorável que o companheiro — pois, como dito, em casos tais defere-se sucessão concorrente ao companheiro, mas não ao cônjuge.

São duas as soluções possíveis para desatar a controvérsia.

A primeira delas consiste em aplicar um olhar mais conceitual sobre a comunhão universal integrada por aprestos extraordinários para dizer que, ao menos em tese, a hipótese equivale a de uma comunhão parcial. Afinal, ambas possuem bens comunicáveis coexistindo com uma massa patrimonial comum. Em assim o fazendo, passa-se a tangenciar o obstáculo imposto pelo art. 1.829, I do Código Civil — que exclui pura e simplesmente a comunhão universal das hipóteses de cabimento da herança concorrente — restando afastada a discrepância que fazia o panorama sucessório do cônjuge ser menos favorável que o do companheiro.

Mas a construção *supra* não é suficientemente apta a enfrentar todos os questionamentos iniciais, uma vez que ficaria lamentavelmente sem resposta aquela situação em que a união estável é regida por comunhão universal e esta é composta única e exclusivamente por bens comunicáveis. Em casos tais, inviável a equiparação ontológica deste regime com a comunhão parcial de bens como forma de esvaziar a discrepância com idêntico cenário em sede de união estável.

Propondo-se uma segunda solução para a controvérsia — agora sim, a englobar todas as facetas deste intrincado problema — é bem apontar que o que falta ao art. 1.790 do Código Civil é justamente sua interpretação sistemática com duas outras normas essenciais no contexto da sucessão do companheiro, quais sejam os arts. 1.829, I e 1.725.

Como já se disse anteriormente, analisada a literalidade do art. 1.790 da codificação, observa-se que a existência de bens comuns não é pressuposto para a sucessão do

companheiro mas tão somente o *locus* sobre o qual será afetada a partilha dos bens — ou seja, “onde” e não “quando”.

Isto não é assim à toa. Essa aparente omissão do legislador é justamente o espaço necessário para chamar à incidência o art. 1.725 do Código Civil, o qual remete à aplicação, naquilo que pertinente, das normas do regime de comunhão parcial. Ora, é inegável que aqui de relações patrimoniais se trata — um dos efeitos do fenômeno sucessório é a transmissão de patrimônio — então com muita razão, na ausência de pacto convivencial, aplicar as mesmas regras que ordinariamente são dirigidas ao regime legal supletivo.

Prosseguindo no raciocínio, é de todo sabido que a sucessão do cônjuge no regime da comunhão parcial (art. 1.829, I do Código Civil) tem por requisito a existência de bens particulares no acervo. Se, no caso hipotético, o estatuto patrimonial é o mesmo tanto para uma situação de matrimônio e como também para a de união estável, está o art. 1.725 a reclamar a aplicação de duas antigas (porém não menos pertinentes) regras de hermenêutica jurídica segundo as quais *Ubi eadem ratio ibi idem jus* (“onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito”) e *Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (“onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir”).

Dito de outro modo, se a sucessão do cônjuge no regime da comunhão parcial demanda a existência de bens particulares, assim também deve o ser a sucessão do companheiro no mesmo regime.

Ao ser fixada esta premissa no art. 1.790 é possível responder a todos os demais regimes de bens. Observe-se: *(i)* na comunhão universal pura (aquela composta somente de aquestos), não haverá sucessão do companheiro, pois inexistentes bens particulares; *(ii)* na comunhão universal com aprestos extraordinários, haverá sucessão do companheiro pelas mesmas razões da comunhão parcial (pois, ontologicamente, são idênticas); *(iii)* na separação convencional, a sucessão do companheiro dependerá da existência de bens comuns por força

de disposição contratual (pois bens particulares existem); (iv) na separação legal, a sucessão ocorrerá sobre os bens comuns eventualmente existentes, por força da Súmula 377/STF (pois há bens particulares no acervo); (v) na participação final nos aquestos, haverá sucessão na parcela de bens comuns tituláveis pelo hereditando após a conta de acerto dos acréscimos do regime.

Mantendo a didática adotada neste estudo, confira-se o panorama acima aventado sob a forma de quadro sinóptico:

PROPOSTA: INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ART. 1.790			
	HÁ BENS PARTICULARES?	COMPANHEIRO HERDA?	SOBRE QUAL PARTE DO ACERVO?
COMUNHÃO PARCIAL	Sim	Sim	Bens comuns
COMUNHÃO UNIVERSAL (PURA)	Não	Não	-
COMUNHÃO UNIVERSAL (COM APRESTOS)	Sim	Sim	Bens comuns
SEPARAÇÃO CONVENCIONAL	Sim	Sim	Bens comuns, se os houver por disposição contratual
SEPARAÇÃO LEGAL	Sim	Sim	Bens comuns, se os houver por força da Súmula 377/STF
PARTICIPAÇÃO FINAL	Sim	Sim	Bens comuns, se os houver no momento da extinção do vínculo

8.2 Da sucessão do companheiro em concorrência com seus próprios descendentes ou com os descendentes exclusivos do autor da herança

De início, confira-se trecho pertinente à matéria no art. 1.790 do Código Civil:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

(...)

Antes de incursionar no tema propriamente dito, é bem apontar a necessidade de interpretação sistemática entre os incisos colacionados. É que o primeiro deles refere a concorrência com “filhos” e o segundo faz menção a “descendentes” exclusivos do hereditando. A doutrina civilista denuncia essa inconsistência⁴²⁴ antevedendo que a não se considerar toda a gama de descendentes comuns no inciso I, os mais remotos (netos, bisnetos etc) seriam relegados a uma ordem sucessória mais distante, passando a ser tratados como “outros parentes sucessíveis” (art. 1.790, III do Código Civil), portanto em franca discrepância com os descendentes exclusivos⁴²⁵.

Esta modalidade sucessória não é alvo de maiores controvérsias. Se o companheiro sobrevivente concorrer com descendentes comuns ao autor da herança, terá direito hereditário equivalente à mesma quota a eles outorgada, ou seja, receberá como uma cabeça a mais na divisão igualitária do acervo (o qual, vale lembrar, será composto pelos aquestos típicos havidos na constância da união, isto é, bens adquiridos a título oneroso e sem sub-rogação, que são aqueles previstos no art. 1.660, I do Código Civil).

⁴²⁴ No ponto, confirmam-se CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 378 e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. v. 6. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 140. Esta, inclusive, é a recomendação constante do Enunciado 266 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “Aplica-se o inciso I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns.”. Com semelhante entendimento, vale referir o magistério de Christiano Cassetari, Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, Flávio Tartuce, Francisco José Cahali, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Inácio de Carvalho Neto, Jorge Shiguemitsu Fujita, José Fernando Simão, Mário Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira e também Rolf Madaleno. Em sentido contrário, Maria Berenice Dias e Mário Roberto Carvalho de Faria. Por todo o exposto, confira-se o quadro sinóptico consignado em TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. v. 6. 5. ed. São Paulo: Método. 2012. p. 275.

⁴²⁵ Não é demais lembrar, após acolher-se a interpretação corretiva, que na dinâmica da outorga de herança aos descendentes incide a regra segundo a qual os mais próximos excluem os mais remotos, salvante a hipótese de direito de representação, na melhor forma do que consta no art. 1.833 do Código Civil.

Por sua vez, a concorrer com descendentes exclusivos do autor da herança, o direito sucessório do companheiro supérstite será significativamente menor, correspondendo à metade da quota a ser atribuída a cada desses herdeiros⁴²⁶.

8.3 Da sucessão do companheiro em concorrência simultânea com descendentes comuns e exclusivos do autor da herança

Este deve ser, talvez, o ponto mais espinhoso de todo o novo direito sucessório implementado com a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Trata-se da hipótese em que a prole do companheiro falecido é composta por descendentes advindos de outros relacionamentos e também de descendentes comuns, havidos com o supérstite.

Diante do aparente vácuo legislativo deixado pelo codificador no que tange à chamada “filiação híbrida”⁴²⁷, instalou-se um cenário de instabilidade doutrinária que deu azo aos cinco entendimentos que podem ser adiante sintetizados. A linha que melhor orienta a controvérsia vai no sentido de garantir uma divisão igualitária do acervo entre os descendentes sucessíveis e o companheiro sobrevivente, de sorte a evitar tratamento discrepante entre aqueles, o que, em última análise, importaria vulneração à regra da isonomia constitucional entre a prole⁴²⁸.

⁴²⁶ Neste sentido, tal como noticiado no Informativo 474, é também a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. ARTS. 1.659, VI, E 1.790, II, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. DISTINÇÃO ENTRE HERANÇA E PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE CONJUGAL. PROPORÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA EM RELAÇÃO AO DO DESCENDENTE EXCLUSIVO DO AUTOR DA HERANÇA. 1. Os arts. 1.659, VI, e o art. 1.790, II, ambos do Código Civil, referem-se a institutos diversos: o primeiro dirige-se ao regime de comunhão parcial de bens no casamento, enquanto o segundo direciona-se à regulação dos direitos sucessórios, ressoando inequívoca a distinção entre os institutos da herança e da participação na sociedade conjugal. 2. Tratando-se de direito sucessório, incide o mandamento insculpido no art. 1.790, II, do Código Civil, razão pela qual a companheira concorre com o descendente exclusivo do autor da herança, que deve ser calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência, excetuando-se o recebido mediante doação ou herança. Por isso que lhe cabe a proporção de 1/3 do patrimônio (a metade da quota-parte destinada ao herdeiro). 3. Recurso especial parcialmente provido, acompanhando o voto do Relator.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 887990/PE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em: 24 maio 2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

⁴²⁷ A expressão foi cunhada pela eminente professora paulista Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

⁴²⁸ Diz o art. 227, §6º da Constituição da República: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

O primeiro desses entendimentos recomenda a aplicação do art. 1.790, I para outorgar ao companheiro que for parte na concorrência sucessória envolvendo filiação híbrida uma cota igual àquela conferida aos descendentes^{429, 430}. Diz-se que a situação não se enquadra aos ditames do art. 1.790, II, o qual prevê a disputa, *in verbis*, “com descendentes só do autor da herança”, o que não seria o caso da filiação híbrida. Na mesma linha, o art. 1.790, I não restringe sua aplicação ao caso de concorrência com apenas com descendência comum (o texto legal diz “se concorrer com filhos comuns”, e não “se concorrer só com filhos comuns”). Como desdobramentos da adoção desta corrente, é de se observar que o companheiro sairá mais beneficiado do que naquela hipótese em que concorra com filiação inteiramente exclusiva mas, por outro lado, fica garantida a igualdade entre os descendentes que concorram entre si.

A segunda proposta preconiza a aplicação do art. 1.790, II do Código Civil para conferir ao companheiro supérstite o equivalente à metade do valor da quota atribuída a cada descendente, seja qual for a sua origem⁴³¹. Entende-se que se os descendentes estão em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária, não se pode admitir que o filho dito exclusivo fique prejudicado frente aos demais coerdeiros, pois os descendentes comuns um dia recolherão herança do companheiro sobrevivente.

⁴²⁹ Esta é a corrente adotada pelo mestre Luiz Paulo Vieira de Carvalho (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 380) e por outros expoentes como Caio Mário da Silva Pereira, Christiano Cassettari, Francisco José Cahali, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Inácio de Carvalho Neto, Jorge Shiguemitsu Fujita, José Fernando Simão, Maria Berenice Dias, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, Marcelo Truzzi Otero, Mário Delgado Roberto Senise Lisboa, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Sílvio de Salvo Venosa. Por todo o exposto e pelas referências que se seguem, confira-se PEREIRA, Tarlei Lemos. *Direito Sucessório dos Conviventes na União Estável: uma abordagem crítica ao artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013. p. 228 e segs., bem como o quadro sinóptico consignado em TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. v. 6. 5. ed. São Paulo: Método. 2012. p. 275.

⁴³⁰ Esta é também a conclusão oriunda da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, à vista da aprovação do Enunciado 266, nos seguintes termos: “Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns.”.

⁴³¹ O entendimento em questão é referendado por Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, Flávio Tartuce, Gustavo René Nicolau, José Luiz Gavião de Almeida, Maria Helena Diniz e também por Zeno Veloso.

A terceira corrente na matéria desloca a solução da filiação híbrida para o art. 1.790, III, de modo atribuir ao companheiro a fração de 1/3 da herança⁴³². Isto porque, se o art. 1.790, I nada diz sobre os filhos exclusivos e se o art. 1.790, II nada diz sobre os filhos comuns, a solução seria aplicar o inciso III tanto para a filiação híbrida quanto para a concorrência com colaterais.

Como um quarto entendimento no tema, é possível citar a chamada “Teoria da Sub-herança”⁴³³, segundo a qual se realiza uma composição entre os incisos I e II do art. 1.790 para obter uma subdivisão proporcional da herança segundo a quantidade de descendentes de cada origem. Assim, divide-se a herança em dois blocos, um para os filhos comuns e outro para os exclusivos; na primeira sub-herança, atribui-se ao companheiro quota igual ao dos filhos, na segunda confere-se meia quota. Ao final, o companheiro recolherá o somatório que lhe foi outorgado em cada uma das sub-heranças e os descendentes partilharão o restante entre si, nos limites do bloco de que fazem parte. A solução, embora motivada por certa lógica, pode produzir quinhões maiores para filhos de um grupo em detrimento dos que integram o outro grupo, vulnerando a isonomia constitucional⁴³⁴.

Uma quinta linha de pensamento pode ser agrupada sob o que se convencionou denominar de “Teoria da Proporção”, e que preconiza a solução da controvérsia por meio da aplicação de fórmulas matemáticas, de modo a alcançar a distribuição homogênea do acervo entre os sucessores através de coeficientes que variam conforme o número de descendentes comuns ou exclusivos do hereditando. A mais conhecida destas fórmulas algébricas foi desenvolvida pelos professores Gabriele Tusa, italiano radicado no Brasil, e Fernando Curi

⁴³² É como pensa o eminente professor carioca Mário Roberto Carvalho de Faria, conforme FARIA, Mário Roberto Carvalho de. *Direito das Sucessões: teoria e prática*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 151.

⁴³³ A construção foi descrita pela eminente professora paulista Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka em meio a digressões acerca das várias propostas de solução exegética para a filiação híbrida, conforme HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes*: destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida na regra estampada na nova Legislação Civil Pátria, o Código Civil de 2002. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil: Do Direito das Sucessões*. v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 53-66.

⁴³⁴ Que, vale dizer, tem repercussão no art. 1.834 do Código Civil, o qual prevê “Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.”.

Peres, ambos da Universidade de São Paulo^{435, 436}, que criaram uma equação baseada na média ponderada que aumenta a proporção da participação do companheiro sobrevivente quanto maior for o número de descendentes comuns. O mérito da iniciativa é inegavelmente louvável, todavia, além de não possuir qualquer alicerce legal no art. 1.790 do Código Civil, esbarra no aspecto da operabilidade, uma vez que fraciona a herança de maneira complexa.

8.3.1 Lançando novas luzes sobre a filiação híbrida na união estável

Mais lacônico do que o constituinte ao reconhecer a união estável como entidade familiar (art. 226, §3º da Carta da República)⁴³⁷ parece ter sido o legislador ordinário na codificação de 2002 ao não tratar especificamente da sucessão do companheiro em meio à descendência híbrida.

Nada obstante, a par das correntes até então expostas, essa inquietação que acomete a todo civilista pode ser examinada sob outra vista d'olhos, não sem antes traçarem-se as premissas que devem orientar as soluções almejadas, quais sejam: (i) assegurar tratamento paritário entre os descendentes, de modo a preservar a garantia constitucional de tratamento isonômico à prole; (ii) diferenciar o tratamento de companheiros que ocupem situações sucessórias de naturezas distintas, isto é, não outorgar o mesmo quinhão tanto ao cônjuge que concorra unicamente com descendentes comuns quanto ao que concorra com descendência

⁴³⁵ TUSA, Gabriele. *Sucessão do companheiro e as divergências na interpretação dos dispositivos referentes ao tema*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. v. 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 313-341.

⁴³⁶ Registram-se, outrossim, fórmulas algébricas desenvolvidas pelo professor paulista Flávio Augusto Monteiro de Barros (BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Método, 2004. p. 214) e também pelo trabalho conjunto do professor catarinense Gustavo Miranda Schlosser como juiz federal Wesley Schneider Collyer (SCHLÖSSER, Gustavo Miranda; COLLYER, Wesley Schneider. O cálculo da proporcionalidade na sucessão entre companheiros: a aplicação do artigo 1.790 do novo Código Civil. *Revista da ESMESC: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, v. 11, n. 17, 2004).

⁴³⁷ Art. 226, § 3º da Constituição da República: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

híbrida; (iii) não usar fórmulas matemáticas não previstas na lei ou que comprometam a operabilidade da codificação.

Nesta ordem de ideias, é possível conceber duas propostas voltadas a solucionar este impasse hermenêutico que macula o art. 1.790, tanto por um viés horizontal (no contexto do próprio Código Civil), quanto sob uma ótica vertical (na interpretação voltada à compatibilidade entre a norma codificada e o texto constitucional).

A primeira proposta parte de uma análise da filiação híbrida do casamento, por meio da previsão contida no art. 1.832 do Código Civil, que trata da reserva atribuída ao cônjuge em concorrência com os descendentes. Refira-se a norma mencionada:

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

Da análise do dispositivo legal, observa-se que o critério adotado é o de assegurar um quinhão mínimo ao cônjuge, variando sempre para mais, de acordo com a quantidade de descendentes com quem vier a concorrer (por exemplo, se com apenas um, o quinhão do cônjuge será de 1/2). Já na hipótese de sucessão do companheiro, mercê dos incisos do art. 1.790, o supérstite recebe um quinhão ideal, que será determinado conforme o número de descendentes vocacionados (é dizer, o companheiro pode receber desde 1/2 até 1/8, 1/12 etc).

Observe-se:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

A adequada exegese do art. 1.832 passa pela percepção de um pormenor: a diferença entre “ascendente *dos*” e “ascendente *de*”. No dispositivo legal, a quota mínima é garantida ao cônjuge quando “em concorrência com *os* descendentes” (noutros termos, quando for

“ascendente *dos*”). Se o texto legal mencionasse “em concorrência com [...] descendentes”, aí sim seria possível a ilação “ascendente *de*”, o que não é o caso.

Essa digressão permite inferir que o cônjuge que é ascendente *dos* herdeiros com quem concorre, está numa situação de filiação comum com o hereditando (pois é ascendente de todos os herdeiros concorrentes). Já o cônjuge que é ascendente *de* herdeiros, obviamente está em situação de filiação híbrida (pois é ascendente *de* algum desses herdeiros) ou exclusiva do hereditando (pois é ascendente *de* nenhum desses herdeiros).

Diante do que foi exposto, percebe-se que o art. 1.832 do Código Civil nitidamente assegura a quota mínima ao cônjuge quando em concorrência com filiação comum (“ascendente *dos*”)⁴³⁸, até porque o pano de fundo desta garantia é o fato de que ainda que se outorgue uma quota diferenciada ao cônjuge, majorada que seja frente a dos filhos com quem concorre, esses bens não sairão daquela linhagem, pois eventualmente serão herdados por seus sucessores.

O cônjuge, portanto, recebe mais quando concorre com descendência comum e pode vir a receber menos quando estiver em meio a descendência híbrida ou exclusiva.

Transpondo esse raciocínio para o art. 1.790 do Código Civil, logo se vê que o companheiro é mais prestigiado quando concorre com descendentes comuns (art. 1.790, I, segundo o qual receberá uma quota idêntica a do filho). Por outro lado, o convivente supérstite resulta menos favorecido quando disputa o acervo com a filiação exclusiva (art. 1.790, II, recebendo metade da quota que cabe ao filho).

Ora, é patente que a hipótese em tela está a reclamar a aplicação de duas antigas (porém não menos pertinentes) regras de hermenêutica jurídica segundo as quais *Ubi eadem ratio ibi idem jus* (“onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito”) e *Ubi eadem*

⁴³⁸ Esta é também a conclusão oriunda da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, à vista da aprovação do Enunciado 527, nos seguintes termos: “Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cuius*, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida.”.

legis ratio ibi eadem dispositio (“onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir”).

Dito de outro modo, se o cônjuge que concorre com filiação híbrida é menos prestigiado na sucessão (não tem garantia mínima pelo art. 1.832, que cabe apenas aos casos de filiação comum, conforme dito acima), então o companheiro que concorrer em idênticas condições também deverá ser menos favorecido, o que significa atribuir-lhe a quota legal de menor proporção, isto é, aquela prevista no art. 1.790, II do Código Civil.

A segunda proposta voltada a solucionar impasse hermenêutico da filiação híbrida na sucessão do companheiro, agora sob um viés vertical, está alicerçada na interpretação constitucional do art. 1.790, II do Código Civil.

No capítulo inicial deste estudo, consignou-se que inobstante entendimentos no sentido de que a interpretação conforme a Constituição não se reputa exatamente um método de interpretação, mas sim uma técnica de controle de constitucionalidade⁴³⁹, uma visão macroscópica do tema permite concluir que a técnica decisória de conformação é, a toda evidência, um desdobramento do ônus interpretativo que advém da inarredável aplicação do princípio da supremacia da Constituição⁴⁴⁰. Seja como for, é inegável que a ordem jurídica planta seus alicerces de validade no texto constitucional, quer fruto de poder constituinte originário ou derivado, de modo que a conformação do texto infraconstitucional aos termos da carta republicana é um imperativo se que se impõe ao aplicador da norma⁴⁴¹.

⁴³⁹ Por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 823.

⁴⁴⁰ Esquivando a controvérsia, colhe-se na doutrina portuguesa a lição de Rui Medeiros, *in verbis*: “[...] o princípio da interpretação conforme à Constituição, que obriga o intérprete a tomar inclusivamente em consideração os princípios constitucionais na tarefa de interpretação de toda e qualquer norma infraconstitucional, material ou procedimental, não constitui um corpo estranho na metodologia jurídica, apresentando-se como simples concretização da *interpretação sistemático-teleológica*.” (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 295-296. (grifos no original)).

⁴⁴¹ O mestre lusitano fixa o requisito pertinente: “a interpretação conforme a Constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a Constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra:

Já se disse, inclusive, sob o aspecto dos limites e parâmetros que devem ser observados em sede de interpretação conforme, que o produto da exegese não pode configurar violência contra a expressão literal do texto⁴⁴². E ainda, que a interpretação conforme não pode alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador⁴⁴³.

Nesta toada, é o texto que define o âmbito da liberdade de interpretação do aplicador, e é também o texto legal que limita essa atuação.

Adotando-se como ponto de partida para a interpretação conforme uma situação que enseja mais de uma proposta exegética, tem-se que o art. 1.790 do Código Civil inegavelmente atende a esse requisito, uma vez que se está diante de um mínimo de dubiedade, seja nos elementos linguísticos empregados na letra da lei (em particular por equivocidade de seus termos, como a referência a “filhos” no inciso I e não a “descendentes”), seja em relação aos elementos empíricos envolvidos no processo hermenêutico, que são pré-compreensões do intérprete em meio a contextos jurídico, social, cultural e econômico. Aqui a dubiedade mencionada advém justamente de o inciso II ter disciplinado tão somente a filiação exclusiva, olvidando-se da descendência híbrida, que é uma situação casuística perfeitamente apreensível no mundo dos fatos.

Pois bem, a solução que ora se propõe para a controvérsia da filiação híbrida no âmbito da sucessão do companheiro consiste em conferir *interpretação conforme com*

Almedina, 1993. p. 230). Também assim de há muito já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, conforme noticiado no Informativo de Jurisprudência nº 17, estabelecendo que a interpretação conforme somente é utilizável, *in verbis*: “quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.344/ES, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em: 18 dez. 1995. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

⁴⁴² Dito de outro modo, a norma jurídica que resulta da implicação dos dados linguísticos com as pré-compreensões do intérprete tem de restar conectada com o texto legal, uma vez que a letra da lei atua como um norte interpretativo.

⁴⁴³ É dizer, não se pode deturpar a finalidade claramente reconhecível da norma, de sorte a obter uma regulação nova e distinta do resultado querido pelo legislador. Prestigia-se, aqui, a vontade subjetiva do legislador (*mens legis*), aquela que inspirou o autor da proposição normativa e que se espera ver fidedignamente revelada pelo intérprete. Todavia, ficará autorizada a interpretação conforme quando não for possível apreender com precisão aquilo que tencionava o legislador quando da edição do diploma legal.

redução de texto ao art. 1.790, II do Código Civil a fim de pronunciar a inconstitucionalidade da expressão “só do autor da herança”, extirpando-a do dispositivo legal.

Na “interpretação conforme com redução do texto”, as circunstâncias permitem que, em virtude da redação do texto impugnado, declare-se a inconstitucionalidade de determinada expressão de modo a, excluída a pecha, alcançar uma interpretação compatível com a Constituição⁴⁴⁴.

No caso em tela, a ausência de disciplina objetiva acerca da filiação híbrida — ou, dito de outro modo, o tratamento tão somente da concorrência do companheiro com a descendência exclusiva do hereditando no art. 1.790, II do Código Civil — repercute em violação da garantia constitucional ligada ao direito de herança (art. 5º, XXX da Carta de 1988).

De efeito, ao suprimir do dispositivo questionando a expressão que restringe a aplicação do dispositivo frente ao contexto jurídico da filiação híbrida — passando a constar “se concorrer com descendentes [...], tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles” — seria possível alocar nesse inciso II tanto a hipótese de descendência exclusiva como a híbrida, relegando-se ao inciso I a concorrência com descendentes comuns por força do princípio da especialidade.

É de se notar que a interpretação conforme nos termos ora propostos não altera o significado do texto normativo, pois o concurso com a descendência exclusiva continua abrangido pela norma, de sorte que não ocorre qualquer mudança radical da própria concepção original do legislador. A conformação tal como cogitada mantém a finalidade claramente reconhecível da norma, que é a de disciplinar a concorrência não especificada no art. 1.790, I — isto é, tratar da descendência não-comum, que abrange a exclusiva e a híbrida

⁴⁴⁴ O citado constitucionalista ilustra a hipótese referindo a ADI 1.127-8, em que o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente a eficácia da expressão “ou desacato” contida no art. 7º, §2º do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94), concedendo à imunidade material dos advogados uma interpretação conforme o art. 133 da Constituição Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.127-8/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em: 06 out. 1994. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

— não se podendo dizer que a eliminação da pecha produziu uma regulação nova e distinta do resultado querido pelo legislador⁴⁴⁵.

Ao revés, a redução do texto prestigiou a *mens legis*, que passou a ser revelada de forma mais fidedigna, porém agora permitindo apreender com precisão aquilo que tencionava o legislador quando da edição do diploma legal.

Finalmente, com o escopo de conferir utilidade prática a esta proposta voltada a solucionar impasse hermenêutico da filiação híbrida na sucessão do companheiro, é bem ressaltar que não há qualquer óbice a que a tal solução seja aplicada no bojo de qualquer processo comum de inventário judicial, particularmente em 1º grau de jurisdição. Isto porque, a doutrina aponta⁴⁴⁶, com base na observação da jurisprudência pretoriana, que o modelo de controle difuso de constitucionalidade — aquele dito concreto, incidental e exercido pela via de exceção — não se mostra incompatível com as técnicas de decisórias de limitação dos efeitos das normas controladas⁴⁴⁷.

Portanto, estaria o juiz singular da Vara de Órfãos e Sucessões autorizado a promover interpretação conforme a Constituição para excluir do art. 1.790, II do Código Civil a expressão “só do autor da herança”, uma vez que o monopólio da jurisdição constitucional no controle concentrado das normas infraconstitucionais em face da Carta de 1988 por parte do Supremo Tribunal Federal não exclui que também outros órgãos jurisdicionais baseiem as suas decisões no direito constitucional. Assim, nada obstará que em sede de interpretação

⁴⁴⁵ Segundo o Ministro Gilmar Mendes, todavia, “A prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada intenção do legislador, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto.” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1521).

⁴⁴⁶ Neste sentido, ressaltando a possibilidade de convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro e discorrendo acerca de episódios em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de discutir a aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99, confira-se MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: ensaios de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 789. Vale esclarecer: embora a Lei n. 9.868/99 tenha autorizado a Corte a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados (isto é, modulando os efeitos da decisão), não se vislumbra inadmissível a adoção dessa técnica prevista no art. 27 do citado diploma também no controle difuso, uma vez que a limitação de efeito é decorrência do controle judicial de constitucionalidade.

⁴⁴⁷

conforme a Constituição, todos os órgãos estatais, sobretudo aos demais tribunais, apliquem o direito constitucional aos casos concretos, pois os mecanismos da interpretação conforme a Constituição, em suas variadas possibilidades, amoldam-se à moderna concepção de justiça constitucional entendida sob a ótica do Estado Democrático de Direito⁴⁴⁸.

8.4 Da sucessão do companheiro em concorrência com outros parentes sucessíveis

Inobstante os eixos metodológicos do presente trabalho estejam guiados pelas reflexões em tema de concorrência do cônjuge/companheiro com os descendentes, a complexidade hermenêutica inerente ao art. 1.790 do Código Civil estimula qualquer redator a fazer um breve desvio de rota e prosseguir na análise da norma em questão. Sendo este o caso, confira-se o texto do terceiro inciso desse intrincado dispositivo legal:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

(...)

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

(...)

A concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis é também alvo de aquecida controvérsia na doutrina⁴⁴⁹ e na jurisprudência⁴⁵⁰. Trata-se da hipótese em que,

⁴⁴⁸ Neste sentido, STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 156-159, referindo comungarem do mesmo entendimento uma plêiade de doutrinadores de escol, tais como Paulo Bonavides, Fábio Konder Comparato, Eros Grau, José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda, entre outros. Por oportuno, confira-se a lição do Ministro Gilmar Mendes, a asseverar que “Ao se analisar detidamente a jurisprudência do [Supremo] Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador. [...] Em outros vários casos mais antigos, também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos. [...] Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional: 2002-2010*. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 1212-1214)

⁴⁴⁹ O brilhantismo do mestre Luiz Paulo Vieira de Carvalho é sempre oportuno, conforme se colhe *in verbis*: “Plenamente consciente da divergência que grassa no seio da doutrina e da jurisprudência acerca do tema, até mesmo, em nosso sentir, pela defeituosa regulamentação legal da matéria, embora respeitando sobremaneira as opiniões em contrário, *nos parece possa ser o art. 1.790, caput, e seus incisos I, II e III, do Código Civil, [...], considerados inteiramente inconstitucionais, hipótese em que, in concreto, opinamos que devam ser aplicadas,*

inexistindo descendentes, serão chamados a suceder em concurso com o supérstite os ascendentes ou, na falta deles, os colaterais do hereditando, até o quarto grau, em interpretação sistemática com o art. 1.829. Sejam quantos forem os concorrentes e qual seja a sua natureza, o companheiro receberá 1/3 da herança, apurada nos termos do art. 1.790, *caput* do Código Civil (bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável).

São dois os problemas a serem enfrentados neste dispositivo, sendo a causa comum a ambos o fato de o legislador, no afã de disciplinar os demais sucessores do companheiro, haver alocado em uma mesma norma herdeiros de classes distintas (ascendentes e colaterais).

Tomada a redação, por ora, tal como lançada, a primeira crítica que se tem ao art. 1.790, III está ligada a essa quota fixa de 1/3 que se atribui ao companheiro na concorrência com os ascendentes. Diz-se que a disputar com apenas um dos genitores ou com ascendentes de grau mais distantes, o supérstite sempre receberia o mesmo quinhão — o que não ocorre na

*analogicamente a favor do companheiro sobrevivente, as disposições sucessórias previstas no art. 1.829, incisos I a III, do Código Civil (ab initio, destinada apenas aos descendentes, ascendentes e ao cônjuge do falecido), alertando, para os efeitos na parte final do inciso I da aludida norma que, na falta de convenção em contrário acerca do estatuto patrimonial vigente entre os companheiros, é de se impor, no que couber, o regime da comunhão parcial (art. 1.725 do CC). No ponto, com grifos no original, confira-se CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 387.*

⁴⁵⁰ O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pronunciou a inconstitucionalidade do art. 1.790, III do Código Civil no ano de 2012. O primeiro precedente restou assim relatado: “SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM PARENTE SUCESSÍVEL. C.CIVIL DE 2002. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Arguição de inconstitucionalidade. Art. 1.790, inciso III, do Código Civil. Sucessão do companheiro. Concorrência com parentes sucessíveis. Violação à isonomia estabelecida pela Constituição Federal entre cônjuges e companheiros (art. 226 §3º). Enunciado da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Incabível o retrocesso dos direitos reconhecidos à união estável. Inconstitucionalidade reconhecida. Procedência do incidente.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Arguição de Inconstitucionalidade nº 0032655-40.2011.8.19.0000, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, Órgão Especial, julgada em: 11 jun. 2012. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015). Uma ressalva, todavia, se impõe: em que pese o pioneirismo do voto, consta do julgado uma referência a um enunciado supostamente aprovado na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, mas que não chegou a ser referendado na sessão plenária realizado ao final do evento. O segundo precedente foi vazado nos seguintes termos: “Família. União estável. Sucessão do companheiro. Restrição contida no artigo 1.790, inciso III, do novo Código Civil. Norma que faz prevalecer as relações de parentesco sobre aquelas da afetividade. Dispositivo que contraria a dignidade da pessoa humana, a isonomia e a consagração constitucional da união estável. Restrição que é rejeitada pela doutrina dominante, bem como se afasta da jurisprudência da Suprema Corte sobre a “nova família”. Arguição de inconstitucionalidade julgada precedente por maioria de votos. Inaplicável o efeito vinculante do art. 103 do Regimento Interno, por não ter sido atingido o quórum necessário.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Arguição de Inconstitucionalidade nº 0019097-98.2011.8.19.0000, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, Órgão Especial, julgada em: 11 jun. 2012. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

sucessão do cônjuge em idêntica posição, que receberia a metade do monte partível por força do art. 1.838 do Código Civil⁴⁵¹.

Ao juízo do redator deste trabalho, a crítica não se sustenta e vale aqui reiterar os argumentos lançados no item 7.2 desta obra, naquilo que se refere à necessidade de desequiparação entre o casamento e a união estável como garantia da coexistência dos institutos.

Já se disse que é possível reconhecer a união estável como forma de constituição de família e lhe conferir proteção legal sem que para isso seja necessário equipará-la ao casamento a ponto de atribuir ao companheiro os mesmos direitos pessoais e patrimoniais outorgados ao cônjuge⁴⁵². Nada há de errado em desigualar cônjuge e companheiro: é possível fazê-lo sem sequer tangenciar qualquer vulneração à norma constitucional. Ao revés, é justamente dessa desequiparação que se obtém a máxima efetividade da regra insculpida no art. 226, §3º da Carta republicana⁴⁵³.

Especificamente no cenário sucessório, é bem verdade que a posição do companheiro é a de herdeiro necessário^{454, 455}, mas isto ocorre não por equiparação, e sim por mérito

⁴⁵¹ Diz o art. 1.837, “Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.”

⁴⁵² Embora se saiba que tais relações se alinham ontologicamente nos vínculos de afeto, assistência e respeito, “Não se discute que cada entidade familiar encerra uma situação diversa da outra: o casamento se diferencia da união estável, que por sua vez se diferencia da família monoparental, que é diversa do casamento. Tal fator diferenciador, porém, pode ensejar um tratamento diverso para as referidas comunidades familiares? A resposta é sim, claro. A questão é saber qual é o fundamento (e a lógica de tal diferenciação), analisando se o mesmo tem pertinência quanto aos valores constitucionais.” (NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 204).

⁴⁵³ Os argumentos adotados para a construção desta assertiva e das que lhe são pertinentes encontram-se esmiuçados, com maior vagar, no item 7.2 do presente estudo.

⁴⁵⁴ Isto porque o art. 1.845 apresenta uma lacuna que pode ser suprida por outros dispositivos do ordenamento, sendo dois os caminhos a tanto percorráveis. Com efeito, o art. 1.790 estabelece imperativamente que o companheiro “participará da sucessão do outro”, o que permite inferir que o sobrevivente não poderá ser afastado da sucessão, tirante os casos de indignidade e deserdação. O outro argumento reside na interpretação *a contrario sensu* do art. 1.850, situado no capítulo dos herdeiros necessários, que somente autoriza que o testador exclua da sucessão os colaterais. Assim, se os que não podem ser excluídos por testamento são herdeiros necessários e se o legislador não previu o afastamento do companheiro (mas tão-só dos colaterais), não poderá ele ser apartado da sucessão.

⁴⁵⁵ Neste sentido, CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 398. Confirmam-se, outrossim, dentre outros: AMIN, Andréia Rodrigues. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 125; DANTAS JR., Aldemiro Rezende. *Sucessão no Casamento e na União Estável*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas atuais de Direito e Processo de Família*: primeira série. Rio de Janeiro:

próprio, uma vez que em tempo algum disse a lei que o convivente deve ser herdeiro necessário já que também o cônjuge possui tal atributo⁴⁵⁶.

Nesta ordem de ideias, se também em matéria sucessória não há uma obrigatoriedade de igualação entre cônjuge e companheiro — ainda que entre eles se identifique eventualmente, um atributo comum a ambos, como é o caso de serem considerados herdeiros necessários — é perfeitamente legítima a disposição do art. 1.790, III do Código Civil a atribuir ao companheiro a quota fixa de 1/3 na concorrência com os ascendentes, mesmo que a hipótese verse sobre a disputa do sobrevivente com apenas um dos genitores ou com ascendentes de grau mais distantes.

O segundo problema a ser enfrentado na análise do art. 1.790, III do Código Civil diz com a concorrência do companheiro sobrevivente com os colaterais de até 4º grau (irmãos, tios e sobrinhos, primos, tios-avôs e sobrinhos-netos) numa posição na ordem de vocação hereditária que antecede a herança plena do supérstite (art. 1.790, IV).

As insurgências contra essa disposição legal levam em conta o fato de que, tal como lançada, consagra-se enorme injustiça⁴⁵⁷ na medida em que um parente distante, como é o caso de um tio-avô, poderá receber parcela do acervo infinitamente superior àquela que

Lumen Juris, 2004. p. 535-613; DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 174; FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 111-112; FREIRE, Reinaldo Franceschini. *Concorrência Sucessória na União Estável*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 115; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito Sucessório e Constituição: Controvérsias e Tendências*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; Simão, José Fernando (Coords.). *Direito de Família e das Sucessões: temas atuais*. São Paulo: Método, 2009. p. 460; NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 223; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15. ed. rev. e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 162-168.

⁴⁵⁶ Noutros termos, de acordo com esta corrente que ora se considera a melhor posição, sob o aspecto da quota legitimária, cônjuge e companheiro receberam tratamento privilegiado, cada qual à sua maneira e ao seu respectivo substrato legal, não sendo possível por esse traço comum inferir uma obrigatoriedade de tratamento equiparado, uma vez que as razões são distintas para cada caso.

⁴⁵⁷ É o que apontam CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 381 e DANTAS JR., Aldemiro Rezende. Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 29, p. 128-143, 2005.

couber ao convivente, ou ainda, excluí-lo da sucessão caso o acervo seja composto apenas de bens particulares⁴⁵⁸.

A solução que se propõe no presente estudo está edificada nos argumentos já lançados no item anterior acerca da interpretação constitucional do art. 1.790, III do Código Civil, agora para conferir-lhe *interpretação conforme sem redução do texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade*.

Com a aplicação da referida técnica de controle, mantém-se o texto da norma, todavia dele se exclui uma interpretação possível, mas que, se empregada, violaria a Constituição⁴⁵⁹. Vale aduzir, ainda, que é possível afastar a aplicação da norma válida a determinada hipótese de incidência possível a fim de prevenir situação de inconstitucionalidade⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ Registra-se o pensamento no sentido de que o art. 1.790, III do Código Civil importaria violação ao princípio da vedação ao retrocesso, uma vez que a o art. 2º da Lei n. 8.971/94 garantia aos companheiros o direito a recolher a totalidade da herança caso o falecido deixasse apenas colaterais (por todos, TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. v. 6. 5. ed. São Paulo, Método. 2012). Sobre o ponto, já se teve a oportunidade de discordar de tal argumento, conforme os argumentos lançados no item 7.3 *supra*. O mestre Luiz Paulo Vieira de Carvalho sustenta que o art. 1.790, III utiliza o termo “herança” de modo genérico, o que faria abranger todo o conjunto de bens, direito e obrigações transmissíveis do falecido, daí porque, apesar de certa imperfeição técnica, teria autonomia frente ao *caput* do dispositivo, o que viabilizar ao companheiro recolher 2/3 de todo o acervo hereditário (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 382).

⁴⁵⁹ As hipóteses descritas equivalem à “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”, assim descritas conforme o magistério de Guilherme Peña de Moraes: “o órgão judicial elimina as hipóteses de aplicação incompatíveis com a Constituição, de sorte que há redução do programa normativo, sem alterar a expressão literal da norma jurídica. Em consequência, no dispositivo da decisão definitiva de mérito, o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade é julgado parcialmente procedente, uma vez que a lei ou ato normativo é declarado inconstitucional, se aplicável a determinada hipótese” (PEÑA DE MORAES, Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 240). Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de ‘interpretação conforme à Constituição’. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em: 05 maio 2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

⁴⁶⁰ Também chamada de “inconstitucionalidade em concreto”, em que o órgão jurisdicional entende que, embora constitucional o dispositivo, sua aplicação a uma determinada situação é incompatível com a Constituição, em razão das excepcionais circunstâncias fáticas do caso concreto. Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, a hipótese refere a realização de “interpretação conforme a Constituição para declarar que uma norma válida e em vigor não incide sobre determinada situação de fato” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 303). Assim ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme a Constituição a dispositivo da Emenda Constitucional n. 20/98, excluindo de sua incidência o salário da licença-gestante, que do contrário ficaria drasticamente afetado pela reforma previdenciária à época implementada (BRASIL. Supremo

Transpondo-se a premissa para a questão em análise, a sugestão do presente estudo consiste na interpretação conforme sem redução do texto do art. 1.790, III, excluindo da norma impugnada a interpretação segundo a qual na falta de descendentes e ascendentes, seriam chamados a suceder os colaterais do autor da herança⁴⁶¹.

Desta forma, afasta-se a inconstitucionalidade que macula o dispositivo, uma vez que a persistir a exegese originária, ter-se-ia por violado o princípio da proporcionalidade⁴⁶², particularmente no aspecto da proporcionalidade em sentido estrito, pois contrapondo-se as vantagens e desvantagens da adoção da medida (isto é, a concorrência do companheiro com os colaterais como antecedente à herança plena do supérstite), observa-se que apesar de as regras da sucessão legítima serem o meio adequado para proteger a figura do convivente, o grau de restrição causado ao direito de herança (isto é, o estabelecimento de um quinhão fixo de partes 1/3 da herança) é desproporcional frente ao grau de proximidade entre o supérstite e o morto, que é muito maior do que aquele eventualmente existente entre o colateral e o morto.

Assim, realizado o controle de constitucionalidade nos termos sugeridos, tem-se que o art. 1.790, III do Código Civil passará a se referir exclusivamente à hipótese de sucessão

Tribunal Federal. ADI 1.946-5/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em: 03 abr. 2003. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

⁴⁶¹ Segundo Jorge Miranda, mais do que simples regra de hermenêutica, a interpretação conforme se traduz em “método de fiscalização da constitucionalidade” (MIRANDA, Jorge *apud* SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 132). Para LUÍS ROBERTO BARROSO, “a interpretação conforme à Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 182). Sobre a pronúncia da invalidade no caso concreto, confira-se BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119.

⁴⁶² Delimitando o alcance do Princípio da Proporcionalidade, ensina Humberto Ávila que “Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 113).

concorrencial entre o companheiro e os ascendentes do hereditando, sendo a próxima ordem de vocação preenchida pelo inciso IV, que trata da herança plena do convivente⁴⁶³.

Naturalmente, a sucessão dos colaterais não pode ficar sem resposta, afinal não se descarta a possibilidade de inexistência de descendentes, ascendentes e companheiro em relação ao autor da herança. Em sendo este o caso, o direito dos colaterais será regido pura e simplesmente pela regra geral de vocação hereditária⁴⁶⁴, sem prejuízo da interpretação *a contrario sensu* do art. 1.844 para se entender que apesar da ausência de companheiro, a existência de outros parentes sucessíveis (no caso, os colaterais) impede a devolução da herança ao ente estatal⁴⁶⁵.

8.5 Da sucessão do companheiro e a herança plena

Mantendo-se a idêntica metodologia dos itens anteriores, confira-se a norma:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

(...)

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

A objetividade do texto não torna menos controvertido o dispositivo legal que defere ao companheiro sobrevivente a integralidade da herança na hipótese de inexistência de descendentes e ascendentes — os colaterais, como já sustentado *supra*, são considerados herdeiros de quarta ordem no presente estudo, haja vista a conformação constitucional que se entende necessária ao art. 1.790, III do Código Civil.

⁴⁶³ Certo é que, nestes termos, ainda que não se fale em equiparação obrigatória, a sucessão do companheiro ficará alinhada às regras da sucessão do cônjuge, na esteira do que dispõe o art. 1.838 do Código Civil, nos seguintes dizeres: “Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.”

⁴⁶⁴ Na espécie, pela incidência do art. 1.829 do Código Civil, que assim prevê: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: [...] IV - aos colaterais.”

⁴⁶⁵ Segundo o art. 1.844 do Código Civil, “Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.”

Registra-se no tema um primeiro entendimento segundo o qual a interpretação do art. 1.790, IV deve estar em compasso com o *caput* do referido dispositivo, o que faz com que a noção de “totalidade da herança” abranja apenas os bens adquiridos a título oneroso na constância da união. Como consequência, os bens particulares do *de cujos* serão marcados como herança vacante a atribuídos ao ente estatal por força do art. 1.844 da codificação⁴⁶⁶.

Lado outro, calcada no fato de que o Código Civil está construído sobre um sistema aberto e móvel, uma segunda corrente — reconhecida como majoritária — sustenta que o inciso em questão deve se desvincular de seu *caput*, de modo que a acepção da “totalidade da herança” consista em todos os bens do acervo hereditário, seja qual for a sua natureza⁴⁶⁷.

É se de se pedir vênia aos defensores de ambos os entendimentos, ainda que se chegue a resultado idêntico ao da segunda corrente, todavia percorrendo caminho diverso. O companheiro, ao juízo do redator deste estudo, herda todo o acervo, porém através de dois dispositivos distintos, conforme se passa a expor.

A “totalidade da herança” no art. 1.790, IV do Código Civil é, inegavelmente, aquela composta pela premissa insculpida na cabeça do dispositivo legal (totalidade dos bens adquiridos onerosamente durante a convivência), não apenas porque inexiste no ordenamento brasileiro qualquer norma que autorize a desvinculação de um inciso de seu respectivo *caput*, mas também porque não há na dogmática jurídica qualquer técnica hermenêutica que recomende tal desiderato (afinal, a interpretação se presta a integrar e não a desintegrar)⁴⁶⁸. Assim, por meio do art. 1.790, IV, o companheiro receberá os bens comuns que lhe foram

⁴⁶⁶ Esta é a corrente adotada por expoentes como Francisco José Cahali, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Mário Luiz Delgado, Inácio de Carvalho Neto, Rodrigo da Cunha Pereira, Zeno Veloso, dentre outros. Por estas e pelas demais referências que se seguem, confira-se o quadro sinóptico consignado em TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. v. 6. 5. ed. São Paulo: Método. 2012. p. 275.

⁴⁶⁷ Comungam deste entendimento Luiz Paulo Vieira de Carvalho entre outros ilustrados mestres, tais como Christiano Cassettari, Eduardo de Oliveira Leite, Euclides de Oliveira, Flávio Tartuce, Gustavo Rene Nicolau, Jorge Shiguemitsu Fujita, José Fernando Simão, , Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Rolf Madaleno e Sebastião Amorim.

⁴⁶⁸ De recordar, conforme assinalado no primeiro capítulo deste estudo que Lei Complementar n. 95/98 foi editada com vistas a estabelecer as diretivas a serem atendidas no processo de elaboração de atos normativos, sendo certo que os incisos se prestam a promover as discriminações (nos termos do art. 11, III, “d” da referida lei), daí dizer-se que os incisos se interpretam por meio de seu respectivo *caput*.

deixados pelo hereditando: a “herança”, no referido inciso, está limitada por aquilo que consta do *caput* que o antecede.

Nada obstante, é possível ir além. O supérstite herdará também os bens particulares do acervo, e assim ocorrerá por força do que dispõe o art. 1.844 do Código Civil, cuja interpretação *a contrario sensu* faz revelar que a vacância da herança não ocorrerá se existir cônjuge ou companheiro apto a suceder. Mas que herança? Ora, toda a herança, pois aqui se trata de um dispositivo legal autônomo, que não presta reverência a qualquer outros, daí compreender o termo com toda a riqueza de seu significado. Se a norma não distingue qual a natureza dos bens que, à míngua de sucessor conhecido, serão destinados ao ente estatal, inquestionavelmente se trata de todo o patrimônio titulado pelo *de cujus*.

Com efeito, se o convivente já recebeu uma parcela desse acervo na figura de sucessor legítimo dos bens comuns (art. 1.790, *caput* e inciso IV), será então herdeiro dos demais bens numa condição equivalente ao que se pode denominar de “sucessor residual”, pois a herança não jaz diante de um sucessor conhecido.

Seria, *mutatis mutandi*, uma lógica muito similar à da aplicação do princípio da sobra na sucessão testamentária: se o testamento não abarca todo o acervo, a parcela não atingida pelas disposições de última vontade será herdada via sucessão legítima, à inteligência do art. 1.788 do Código Civil⁴⁶⁹. Aqui, se a sucessão legítima dos bens comuns não exauriu o acervo, e inexistindo jacência porque presente um indivíduo sucessível dentre os designados no art. 1.844, será ele o destinatário dos bens restantes.

⁴⁶⁹ Diz o art. 1.788, no que pertinente ao debate ora travado: “Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento [...]”.

9. A EFICÁCIA TRANSCENDENTE DO REGIME DE BENS COMO ELEMENTO DE CONFORMAÇÃO DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Ao longo do capítulo 7 deste estudo, já enfrentada a aparente antinomia do concurso sucessório que se instala na separação convencional de bens, buscou-se desconstruir o entendimento hoje supostamente consolidado em tema de concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes no regime da comunhão de bens. Após descrever, analisar e criticar as quatro correntes de pensamento que orientam a controvérsia, foram colhidos os subsídios necessários a lançar uma nova luz sobre o tema e propor uma orientação que se preste, no mínimo, a refletir sobre o que se disse até hoje.

Para tanto, foram perquiridas as possíveis causas que deflagram os acirrados debates, dentre elas uma interpretação isolada e inconsistente do art. 1.829, I do Código Civil, carecedora de sistematicidade com a disciplina atinente aos regimes de bens elencados na codificação e atrelada a dogmas doutrinários que não têm lugar em meio ao texto legal reformado, como é o caso da máxima “quem herda não meia, quem meia não herda”.

Nesta toada, estabeleceu-se que o ponto de partida para a concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes no regime da comunhão parcial é a existência de bens particulares e que o concurso há de se dar sobre os bens comuns do acervo. E assim se disse porque inviável relegar a interpretação do microssistema sucessório como parte de um ordenamento orgânico, edificado com esteio em princípios como o da unidade do sistema jurídico e o da não-contradição, tudo como forma de defender a coerência lógica do sistema, particularmente no que se refere à preservação da autonomia da vontade.

As reflexões então consignadas formaram o substrato necessário a construir o que se convencionou neste estudo denominar *Teoria da Eficácia Transcendente das Normas do Regime de Bens*, segundo a qual é de se sustentar que a eficácia normativa das disposições relativas aos regimes de bens do Código Civil não se encerra no microssistema que regula os

vários estatutos patrimoniais previstos na codificação (arts. 1.639 a 1.688). São, portanto, influxos de algumas normas sobre outras, fruto da conveniência do legislador e imanentes à necessidade de interpretar sistematicamente normas que se conectam intrinsecamente por força de um dado contexto, sob pena de se comprometer a consistência do ordenamento.

Dito de outro modo, segundo a eficácia transcendente das normas do regime de bens, a produção dos efeitos das normas do Direito Patrimonial de Família exerce interferências na ordem de vocação hereditária, o que legitima uma interpretação orgânico-sistemática a considerar a unidade da codificação e a função social da herança⁴⁷⁰ no momento da distribuição do acervo. Como desdobramento, observa-se o compasso das normas sucessórias com os parâmetros de eticidade do Código, pois se respeita a autonomia da vontade do *de cujos* e se evita o enriquecimento desproporcional dos sucessores⁴⁷¹.

Em sede de regime de comunhão de bens no casamento — em que o entendimento majoritário dá pela concorrência do cônjuge com os descendentes quanto aos bens particulares — entende-se incabível que bens gravados pela própria lei como intangíveis sejam destinados a pessoa de cuja aquisição não participou.

No cenário da união estável, por outro lado, o legislador parece concordar ao menos com o produto das reflexões construídas neste estudo, uma vez que a concorrência sucessória se instaura sobre os bens comuns. Mas também em relação à sucessão do companheiro o

⁴⁷⁰ A “função social da herança” neste trabalho assume contornos ligados à prevalência também no direito sucessório dos valores fundamentais da pessoa humana num espectro que vai desde o respeito da autonomia da vontade do autor da herança no momento em que externou através da escolha de um determinado regime de bens um plano de vida e de morte, até a distribuição do acervo entre os herdeiros sem o aquinhoamento injusto de um em detrimento de outro.

⁴⁷¹ Vale reprisar as premissas teóricas que justificam a transcendência das normas dos regimes de bens em direção ao regramento da concorrência sucessória: (i) a unidade sistemática da codificação impõe que não se altere *post mortem* as características do regime de bens que vigorou durante a vida conjugal: se havia bens incommunicáveis, devem assim permanecer intangíveis; (ii) a divisão do acervo comum deve estar norteada pelo princípio da socialidade (função social da herança), superando-se o privilégio individual de uma determinada classe de herdeiros para apurar os efeitos da sucessão à luz da ordem vocacional sobre a qual recai a concorrência, zelando por uma distribuição (dentro do possível) justa e proporcional do acervo; (iii) como corolário das duas premissas anteriores, a chamada dos herdeiros e a repartição do acervo deve observar um parâmetro de eticidade, de modo a respeitar a autonomia da vontade do hereditando nas disposições realizadas em vida e também a evitar o enriquecimento desequilibrado de um legitimado em detrimento de outro.

presente trabalho preconiza a interpretação sistemática do art. 1.790 do Código Civil, agora com duas outras normas essenciais nesse contexto, quais sejam os arts. 1.829, I e 1.725⁴⁷².

Isto porque, o fato de o art. 1.790 tratar os bens comuns como o *locus* sobre o qual será afetada a partilha dos bens (ou seja, *onde* e não *quando*⁴⁷³) confere espaço interpretativo suficiente para chamar à incidência o art. 1.725 da codificação, de modo a ver aplicadas às relações patrimoniais sucessórias as mesmas regras que ordinariamente são dirigidas ao regime da comunhão parcial. Destarte, se a sucessão do cônjuge no regime da comunhão parcial demanda a existência de bens particulares, assim também deve o ser a sucessão do companheiro no mesmo regime, pois o estatuto patrimonial de referência é o mesmo⁴⁷⁴. Em ambos os casos, se o acervo é composto apenas de bens comuns, cônjuge ou companheiro recêm apenas o que lhes cabe a título de meação.

Sintetizando o quadro até agora delineado, na concorrência sucessória dos descendentes com o cônjuge no regime da comunhão de bens ou dos descendentes com o companheiro na união estável sem pacto convivencial, aplicando-se a Teoria da Eficácia Transcendente e demais ponderações lançadas no presente estudo, sustenta-se que o concurso entre os herdeiros depende da existência de bens particulares e incidirá sobre os bens comuns do acervo.

Inobstante tudo o que foi dito, e louvando o acerto do legislador em estipular que o concurso do art. 1.790 do Código Civil tem lugar em meio ao patrimônio comunicável haurido pelo casal, tal como já se sustentou em relação à concorrência do cônjuge com os

⁴⁷² O ponto foi desenvolvido com vagar no item 8.1 deste trabalho.

⁴⁷³ Basta recordar que o texto do art. 1.790, caput do Código Civil claramente estipula que “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável [...]”. Por sua vez, o art. 1.829, I refere o momento ou o requisito para a instalação do concurso entre cônjuge e descendentes, observe-se: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se [...], no regime da *comunhão parcial*, o autor da herança não houver deixado bens particulares;”.

⁴⁷⁴ No ponto, sustentou-se a aplicação de duas regras de hermenêutica jurídica segundo as quais *Ubi eadem ratio ibi idem jus* (“onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito”) e *Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (“onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir”).

descendentes, também em sede de união estável remanesce uma determinada hipótese na casuística que requer a atenção devida.

Trata-se da hipótese de união estável sem pacto convivencial (portanto, regida pela comunhão parcial de bens) em que apenas um dos membros do par detém patrimônio anterior ao início da relação e o casal não amealhou bens durante a convivência. No cenário proposto, tiveram descendentes e em dado momento o companheiro vem a falecer.

Seguindo-se à risca os termos do art. 1.790 do Código Civil, logo se observa que o companheiro sobrevivente nada recolherá: mesmo que se supere o entendimento sugerido neste trabalho (a existência de bens particulares como requisito para a concorrência sucessória), o supérstite não tem meação a destacar do patrimônio e menos ainda herança em concurso com os descendentes, haja vista a falta de bens comuns.

Há de se aplicar também em sede de união estável a exceção à teoria ora elaborada, nos termos em que proposta ao longo do desenvolvimento deste estudo⁴⁷⁵: por mais que se defenda a concorrência sucessória sobre os bens comuns, neste contexto em que um casal possui filhos e os únicos bens particulares são aqueles mesmos que autorizam a concorrência, não há como se admitir que o companheiro supérstite remanesça desassistido. Afinal, também em relação ao companheiro se pode afirmar que a *ratio essendi* da proteção sucessória foi exatamente privilegiar aqueles desprovidos de meação⁴⁷⁶.

Os fundamentos são idênticos aos já referidos⁴⁷⁷ quando se sugeriu semelhante exceção à concorrência do cônjuge com os descendentes na comunhão parcial, e estão

⁴⁷⁵ É o que consta da parte final das reflexões consignadas no item 6.4.

⁴⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 7. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 153.

⁴⁷⁷ Trata-se de uma medida de prudência jurídica, com especial inspiração no que sugere o Ministro Eros Grau ao asseverar que “[...] a aplicação (que é, concomitantemente, interpretação) do direito não é ciência, mas prudência. As soluções atribuíveis aos problemas jurídicos não são definíveis exclusivamente a partir da atribuição de uma ou outra significação (conceito) a determinada coisa, estado ou situação, linear e unidimensionalmente, porém desde a ponderação de variáveis múltiplas, o que, efetivamente, confere à interpretação/aplicação do direito aquele caráter de prudência.” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 150).

calçados na interpretação sistemática e no princípio da proporcionalidade⁴⁷⁸. Também aqui é de se reconhecer que o dever de mútua assistência na união estável (art. 1.724 do Código Civil)⁴⁷⁹ se projeta em diversas normas da codificação, tais como o direito a requerer alimentos após a extinção do vínculo em vida e o direito de partilha de bens nos regimes de comunhão patrimonial⁴⁸⁰, além da forte ligação do direito fundamental à herança (art. 5º, XXX da Constituição da República) com o Direito de Família⁴⁸¹. e com o estatuto do patrimônio mínimo⁴⁸².

O princípio da proporcionalidade, tal como referido *supra*, ganha corpo na espécie através de seu subprincípio da vedação à proibição deficiente⁴⁸³, uma vez que os direitos fundamentais guardam em si um postulado de proteção que expressam não apenas uma

⁴⁷⁸ Segundo Robert Alexy, “Uma interferência em um determinado direito constitucional é desproporcional, se não for justificada pelo fato de que a omissão dessa interferência daria lugar a uma outra interferência em um outro princípio (ou no mesmo princípio em relação a outras pessoas ou em outros aspectos), desde que esta última seja, pelo menos, tão intensa como a primeira.” (ALEXY, Robert *apud* CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 479. Confira-se ainda a clara explicação de Eduardo Cambi sobre o trecho transcrito: “Quanto maior for o grau de não realização ou de restrição de um princípio, maior terá de ser a importância da realização do princípio que com ele colide.”

⁴⁷⁹ Art. 1.724 do Código Civil: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

⁴⁸⁰ No ponto, vale reprimir que já foram tecidas em algumas passagens deste estudo considerações a respeito da interconexão que as normas dos estatutos patrimoniais possuem com o microsistema da vocação hereditária, especialmente em se tratando do regime da comunhão parcial. Confira-se, como ponto de partida, os itens 2.1 e 2.3.

⁴⁸¹ “Há conexão, pois, com o art. 226 constitucional, apresentando-se o direito de herança como um aspecto da proteção patrimonial da família (compreendida institucionalmente) ao concretizar um aspecto do *Princípio da Solidariedade Econômica* entre os membros da entidade familiar [...]” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O direito sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito à herança. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 112, v. 31, p. 79-87, 2011 (grifos no original)).

⁴⁸² Segundo o Ministro Luiz Edson Fachin, “A base desta tese está no respeito à pessoa humana, e tal consideração motiva colocar o patrimônio (e o próprio Direito) a serviço da pessoa, razão de ser e fim último de todos os saberes. [...] Sob um prisma solidarista, posto o custo humano da ausência de proteção aqui sustentada, recheado de valores não patrimoniais, a garantia de um patrimônio mínimo a todos está num viés de constitucionalização do Direito Civil, juntamente com os demais institutos civilistas, caminhando rumo à repersonalização, devido à despatrimonialização operada pela Constituição Federal (base dos princípios fundamentais do atual ordenamento jurídico brasileiro).” (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 258 e 266).

⁴⁸³ “É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica. Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.410/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em: 06 mar. 2012. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015).

proibição de excesso, mas também traduzem proibições à proteções insuficientes ou mesmo imperativos de tutela estatal.

Desta forma, excepcionando a Teoria da Eficácia Transcendente das Normas do Regime de Bens, na mesma linha do que sustentado em relação ao cônjuge, igualmente ao companheiro está a vedação à proteção insuficiente impondo que este venha a herdar em concorrência com os descendentes os bens particulares do acervo (pois são os únicos a partilhar). A proposta em tela, em última análise, permite realizar efetivamente a cláusula de assistência material que decorre da união estável, prestigiar a diretriz principiológica da codificação civil por meio de uma função social da herança e, finalmente, garantir a efetivação da dignidade humana.

Não fosse assim — isto é, a não relativizar-se a autonomia da vontade decorrente da eleição do regime de bens — a partilha numa união estável sem pacto convivencial em que constem apenas bens particulares deixaria desassistido o companheiro supérstite, repercutindo de forma mais intensa e gravosa em sua dignidade do que a própria vontade outrora manifestada no sentido de restringir os bens comunicáveis no âmbito da união.

Por todo o exposto, a construção teórica que ora se apresenta tanto para o casamento quanto para a união estável, aliada à exceção proposta, é aquela que ao mesmo tempo atende aos rigores da adequada hermenêutica — máxime no que se refere à coerência sistemática da codificação — como também é a que atende e prestigia os reclames da nova proteção sucessória trazida pelo legislador de 2002, materializada na alteração do regime legal para a comunhão parcial de bens e no estabelecimento da concorrência do cônjuge e do companheiro com os descendentes como forma de superar eventuais rigores impostos ao membro remanescente⁴⁸⁴ que restasse eventualmente desamparado por força da inexistência de meação.

⁴⁸⁴ Ou, como em Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “uma funcionalização das situações patrimoniais em favor das situações existenciais”. Neste sentido, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência

CONCLUSÃO

Conta-se mais de uma década desde a promulgação do vigente Código Civil em 10 de janeiro de 2002 e concorrência sucessória entre cônjuge ou companheiro e seus descendentes prossegue como um dos temas intrincados e discutidos no âmbito do Direito das Sucessões.

O enunciado constante do art. 1.829 da novel codificação — não apenas por seu aspecto novidadeiro mas também por seu texto de tormentosa leitura — causou certo estranhamento na comunidade jurídica e provocou reflexões de várias ordens. Impunha-se uma solução, afinal a sociedade não está à mercê do Direito, mas exatamente o contrário, e prevalece nos dias atuais a orientação no sentido de caber a concorrência quando da existência de bens particulares, herdando cônjuge e descendentes esta mesma parcela do acervo, inclusive no regime da separação convencional.

Em que pese um entendimento dito prevalente apenas porque defendido por um maior número de ilustrados juristas e mais frequentemente verbalizado nos tribunais, a questão está longe da serenidade. Já se contam quatro orientações aparentemente inconciliáveis, cada qual com seus méritos doutrinários, defendidas pelos maiores nomes do Direito Civil brasileiro. Cada qual, no mesmo sentido, com suas arestas que, diante de tema tão espinhoso, não logram a pacificação efetiva da questão.

Ao que tudo consta, não existe o melhor entendimento no tema em análise, existe apenas o mais aceito ou o mais repetido. A unanimidade reside tão-somente em criticar a redação do art. 1.829, I do Código Civil e igualmente em propor que seja alterado pelo Poder Legislativo, e aqui já se apontou uma primeira discordância.

Ressalvado o equívoco contido nos parênteses que remetem ao art. 1.640, parágrafo único do Código Civil, sustenta-se que a redação do art. 1.829, I é no mais das vezes

aceitável: mas fomos nós intérpretes a corrompê-lo quando de forma prematura nos impressionamos com as inovações do anteprojeto do Código e começamos a fazer digressões que mereciam maior apuro.

Tanto é que não se percebeu o que almejava a codificação quando, ao excluir da concorrência sucessória os casamentos em regime de separação obrigatória, pretendia englobar as hipóteses de separação legal e convencional, segundo a doutrina do próprio Miguel Reale.

Ou ainda, no eloquentíssimo silêncio quanto aos bens sobre os quais verificar-se-ia a concorrência, quando era necessário refletir no sentido de que se o Código desejasse o concurso sobre os bens particulares, obrigatoriamente assim teria que prever quanto aos aprestos extraordinários da comunhão universal (bens excepcionalmente incomunicáveis seguindo o art. 1.668, I do Código Civil). Não o fez porque não era essa a *mens legis*, qual seja, de concorrência em bens particulares. E os intérpretes esvaziaram o conteúdo do inovador dispositivo regente da concorrência sucessória quando se limitaram a interpretá-lo apenas segundo a técnica literal.

E mais: foi esta exegese estreita, *data venia*, que acabou por provocar o que neste estudo se denominou “interpretação antinômica”, a comprometer a consistência do próprio Código como um todo, pois tudo aquilo que a codificação outorgou e suprimiu em termos de comunicabilidade de bens no microssistema do regime de bens entrou em contradição com as normas referentes à distribuição destas riquezas diante da extinção do matrimônio pela morte de um cônjuge.

A bem da verdade, para aqueles que reclamam a persistência da regra segundo a qual “quem meia não herda, quem herda não meia”, a concorrência sucessória impõe uma releitura do brocardo. Isto porque, quem meia, não herda *nos bens particulares* — pois herdará nos

bens comuns; e quem herda nos bens particulares, assim o faz *porque nada tem a mear*, já que ausentes bens comuns a herdar.

Ao longo da primeira parte deste estudo, demonstrou-se que a solução pela via da interpretação sistemática revelou-se a mais adequada para atingir um entendimento que mantivesse a congruência das normas do Código, ao mesmo tempo em que realizasse suas finalidades. Com efeito, fixada a premissa de que a concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes no regime da comunhão parcial teria lugar diante da existência de bens particulares, restou evidenciado que o concurso ocorreria sobre os bens comuns do acervo, após o destacamento da meação do cônjuge sobrevivente.

Dois foram os caminhos que conduziram a esta orientação. O primeiro deles adveio do afastamento de um possível *bis in idem* que poderia ocorrer na hipótese de o supérstite recolher sua meação e sobre os mesmos bens comuns ser herdeiro, crítica esta que não se sustenta diante da investigação das diferenças essenciais entre os institutos mencionados.

A segunda via adotada consistiu em uma reflexão ontológica sobre os diversos regimes de bens envolvidos na questão do cabimento da concorrência sucessória, para observar que o próprio Código adotou medidas destinadas a zelar pela unidade sistemática dos regimes de bens aqüestos que eventualmente contem com bens excluídos da comunicabilidade.

Nesta ordem de ideias foram elaboradas as bases principiológicas a fundamentar a essência de uma teoria que preconiza a *eficácia transcendente das normas do regime de bens*, para propor então um quinto entendimento para a controvérsia, que leva em conta a interdisciplinaridade existente entre as normas de direito patrimonial do casamento e as previsões relativas à ordem de vocação hereditária.

Forte na unidade sistemática da codificação, na divisão mais justa do acervo e no respeito à autonomia da vontade, fundamenta-se uma construção teórica a sugerir uma *função*

social da herança, ora cunhada com inspiração em princípios regentes do ordenamento civil-constitucional, assim como um enfoque da questão segundo a ótica do *princípio da proporcionalidade* em suas vertentes da proibição do excesso e da vedação à proteção deficiente, para justificar o âmbito restrito de uma apertada exceção à tese proposta.

A partir do delineamento desse norte, na segunda parte do estudo passa-se a analisar a concorrência sucessória no âmbito da união estável, iniciando com sua abordagem *transdisciplinar* em relação ao casamento. “Transdisciplinar” por entender-se que é necessário ultrapassar os limites formais determinados pelo Direito de Família na definição dos conceitos de casamento e união estável, de modo a compreendê-los na sua amplitude, como institutos a travar um constante diálogo, cuja essência é inerente ao próprio sistema jurídico aberto e completável. Esta é senão a inarredável cautela que se deve manter na abordagem dessas figuras jurídicas, de modo a encará-las de forma não-fragmentada e com um olhar atento à unidade e coerência do texto codificado.

Essa visão transdisciplinar permitiu demonstrar que não se deve chegar ao extremo de igualar união estável e matrimônio, mas nem por isso descuidar da necessária vigilância que tais institutos merecem por parte do ordenamento e dos tribunais. Tanto que se logrou afirmar ao companheiro o título de herdeiro necessário, não por equiparação ao cônjuge, mas por seus próprios méritos diante do tratamento que recebe da codificação.

Nesta mesma senda transcorreu a desconstrução da aparente pecha de inconstitucionalidade que se atribui ao tratamento sucessório do companheiro pelo art. 1.790 do Código Civil, identificando mais um caso de interpretação antinômica na lei civil. E assim, porque o presente estudo interpreta o art. 1.829, I do Código Civil no sentido de que a concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes no regime da comunhão parcial de bens depende da existência de bens particulares e incide sobre os bens comuns do acervo. A

encampar esse entendimento, o resultado imediato é a recuperação da consistência do art. 1.790 ante a paridade de tratamento que se instaura entre o companheiro e o cônjuge.

Essa visão permitiu realizar a prognose da concorrência sucessória na união estável segundo a eficácia transcendente das normas do regime de bens, inclusive a ponto de sustentar que também no concurso entre descendentes e companheiro é necessária a existência de bens particulares no acervo por força da interpretação sistemática do art. 1.725 do Código Civil, o que acaba por solucionar questionamentos que decorrem da pactuação de regime diverso da comunhão parcial na união estável.

Ao incursionar na concorrência propriamente dita e decantar cada um dos incisos do art. 1.790, os pontos de maior tensão — como é o caso da filiação híbrida e da concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis — foram resolvidos tanto por um viés horizontal (no contexto do próprio Código Civil), quanto sob uma ótica vertical (na interpretação voltada à compatibilidade entre a norma codificada e o texto constitucional).

A solução dos impasses hermenêuticos da sucessão do companheiro permitiu transpor para o panorama da união estável as reflexões hauridas na edificação da Teoria da Eficácia Transcendente das Normas do Regime de Bens, inclusive de suas excepcionantes e com os mesmos fundamentos. Também neste cenário se buscou realizar efetivamente a cláusula de assistência material que decorre vínculo de afeto e dos princípios norteadores da codificação civil, prestigiando a função social da herança e a efetivação da dignidade humana.

Com efeito, sintetizando todo o exposto, tem-se que por força da eficácia transcendente das normas do regime de bens, a concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes, à luz do art. 1.829, I do Código Civil, e do companheiro e descendentes, à luz do art. 1.790, ocorre tão somente em meio a regimes de bens aqueles que contenham bens particulares. Destacada a meação do supérstite, a concorrência recairá sobre os bens comuns do acervo hereditário, salvo se forem estes inexistentes, hipótese excepcional em que o

supérstite recolherá sua herança em conjunto como os descendentes sobre os bens originariamente comunicáveis do monte.

Esta é, à conta de todas as considerações expostas, a solução que se acredita mais razoável e em compasso com a lei civil e a Constituição, a par do brilhantismo e respeito que se deve legar a todas as outras construções até registradas. É chegado o momento de lançar um novo olhar sobre a questão do concurso entre cônjuge/companheiro e descendentes em sede de comunhão parcial de bens — e também em sede de separação convencional, pois é caminho que necessariamente deve ser percorrido — e aqui se registra uma contribuição com intento conciliatório, ao menos como uma reflexão primitiva para a tão almejada solução efetiva da controvérsia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. Esp. Ernesto Garzón Valdes. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Reformas legislativas necessárias nos Direitos de Família e das Sucessões. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 42, v. 9, p. 131-152, 2007.
- ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. v. XV. Rio de Janeiro: Forense., 2005.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil: Introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AMIN, Andréia Rodrigues. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- ANDRADE, Christiano José. *Hermenêutica Jurídica no Brasil*. São Paulo: RT, 1991.
- _____. *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: RT, 1992.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARRUDA ALVIM, Thereza (coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. v. 2. São Paulo: RT, 1995.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Sucessões*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.
- _____. *Direito Civil: Sucessões*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2000.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato: de acordo com o novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil: Do Direito das Sucessões*. v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Comentários ao Código Civil: Do Direito de Família*. v. 18. São Paulo: Saraiva, 2004.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e Aplicação do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1983.
- BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo Código Civil e a união estável. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 21, p. 5-15, 2003.

BARBOZA, Heloísa Helena. Alteração do regime de bens e o art. 2.039 do Código Civil. *Revista Forense*, v. 100, n. 372, Rio de Janeiro, p. 101-107, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARRETTO, Rafael. *Direitos Humanos*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Método, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Marco Puglisi *et alii*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). *Hermenêutica Plural: Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BRASIL. Código Civil. Lei n. 3.071, de 1º jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Jornada de Direito Civil*. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr (Org.). Brasília: CJF, 2005.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Jornada de Direito Civil*. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr (Org.). Brasília: CJF, 2007.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *V Jornada de Direito Civil*. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr (Org.). Brasília: CJF, 2012.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr (Org.). Brasília: CJF, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolucao_n_175.pdf> Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm> Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 1, de 17 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Lei Complementar n. 95, de 26 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei n. 4.657, de 04 set. 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Lei n. 5.478, de 25 jul. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm>. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Lei n. 6.515, de 26 dez. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.971, de 29 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.278, de 10 maio 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 nov. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n° 1472945/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 2ª Seção, julgado em: 24 jun. 2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AI no REsp n° 1135354/PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em: 24 maio 2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AI no REsp n° 1135354/PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em: 03 out. 2012. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AI no REsp 1291636/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em: 11 jun. 2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 50226/BA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em: 23 ago. 1994. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 646259/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em: 22 jun.2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº 736627/PR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 2ª Seção, julgado em: 25 jun. 2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº 1171820/PR, Rel. Min. Raul Araújo, 2ª Seção, julgado em 26 ago. 2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 31 out. 2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 747619/SP, Rel. Min. Nancy Andriahi, 3ª Turma, julgado em: 07 jun. 2005. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 821807/PR, Rel. Min. Nancy Andriahi, 3ª Turma, julgado em: 19 out. 2006. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 887990/PE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em: 24 maio 2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 915297/MG, Rel. Ministra Nancy Andriahi, 3ª Turma, julgado em: 13 nov. 2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 918643/RS, Rel. para acórdão Min. Nancy Andriahi, 3ª Turma, julgado em: 26 abr. 2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 954567/PE, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, julgado em: 10 maio 2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 31 jan. 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 959213/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado em: 06 jun. 2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 31 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 974241/DF, Rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado em: 07 jun. 2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp no 975964/BA, Rel. Min. Nancy Andriahi, 3ª Turma, julgado em 15 fev. 2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 31 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 992749/MS, Rel. Min. Nancy Andriahi, 3ª Turma, julgado em: 01 dez. 2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1090722/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, julgado em: 02 mar. 2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1111095/RJ, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Rel. p/ Acórdão Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, julgado em: 01 out. 2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1117563/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, julgado em: 17 dez. 2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1159424/RN, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, julgado em: 05 jun. 2012. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 31 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1171820/PR, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, julgado em: 07 dez. 2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1111095/RJ, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Rel. p/ Acórdão Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, julgado em: 01 out. 2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp no 1249227/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em: 17 dez. 2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 31 jan. 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1294404/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em: 20 out. 2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 31 out. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1295991/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, julgado em: 11 abr. 2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 31 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1299866/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 25 fev. 2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 31 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1324222/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em: 06 out 2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1329993/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em: 17 dez. 2013, Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 31 jan. 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1368123/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Min. Raul Araújo, 2ª Seção, julgado em: 22 abr. 2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 31 jan. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1377084/MG, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, julgado em: 08 out. 2013, Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 31 jan. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1382170/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, 2ª Seção, julgado em: 22 abr. 2015, Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 31 out. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1430763/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, julgado em: 19 ago. 2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 31 jan. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1472945/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em: 23 out. 2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 31 jan. 2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 22684/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em: 07 maio 2007. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 31 jan. 2013).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 132 e ADI 4277 (julgamento conjunto), rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em: 05 maio 2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.127-8/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em: 06 out. 1994. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 31 jan. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.344/ES, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em: 18 dez. 1995. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.946-5/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em: 03 abr. 2003. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.105-8/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em: 18 ago. 2004. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em: 05 maio 2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.617/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em: 19 jun. 2013. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 70303 AgR/RJ, rel. Min. MOREIRA ALVES, 2ª Turma, julgado em: 10 maio 1977. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.410/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em: 06 mar. 2012. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. Cível 535.332.4/6-00, Rel. Des. Beretta da Silveira, julgado em: 27 nov. 2007. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, AI 316946-4, Rel. Des. Cunha Ribas, 11ª Câmara Cível, julgado em: 14 jul. 2007. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI. nº 0006182-85.2009.8.19.0000, Rel. Des. Sirley Abreu Biondi, 13ª C.C., julgado em: 22 abr. 2009. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apel. n° 0057663-53.2010.8.19.0000, Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, 4ª C.C., julgada em: 20 abr. 2011. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apel. n° 0051574-77.2011.8.19.0000, Rel. Des. Célia Meliga Pessoa, 8ª C.C., julgada em: 09/02/2012. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI. n° 0062098-65.2013.8.19.0000, Rel. Des. Camilo Ribeiro Ruliére, 1ª C.C., julgado em: 13 maio 2014. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Arguição de Inconstitucionalidade n° 0019097-98.2011.8.19.0000, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, Órgão Especial, julgada em: 11 jun. 2012. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Arguição de Inconstitucionalidade no 0032655-40.2011.8.19.0000, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, Órgão Especial, julgada em: 11 jun. 2012. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 01 dez. 2015.

CAHALI, Francisco José. A Súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 76, p. 27-32, 2004.

_____. *Família e Sucessões no Código Civil de 2002*. v. 2. São Paulo: RT, 2004.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões*. v. 6. São Paulo: RT, 2000.

_____; _____. *Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões*. v. 6. 2. ed. São Paulo: RT, 2003

_____; _____. *Direito das Sucessões*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Mutabilidade do regime patrimonial de bens no casamento e na união estável: conflito de normas. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 22, v. 5, p. 151-165, 2004.

CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2011.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. A nova ordem de vocação hereditária. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, n. 15, p. 107-132, 2003.

_____. A nova ordem de vocação hereditária. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 57, p. 40-61, 2004.

_____. *Direito Civil: Questões Fundamentais e Controvérsias na Parte Geral, no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

_____. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. O novo Código Civil. Sucessões. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. A nova ordem de vocação hereditária. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 57, p. 40-61, 2003.

_____. Sucessão dos Descendentes, Sucessão dos Cônjuges e Sucessão na União Estável. *Revista da EMERJ*, Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, Rio de Janeiro, p. 196-206, jul. 2002.

CARVALHO NETO, Inácio de. Novo projeto de lei pretende corrigir a sucessão do cônjuge e do companheiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 932, v. 102, p. 91-102, 2013.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Roteiro de Lógica Jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., Brasília: CJF, 2005.

_____. Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., Brasília: CJF, 2007.

CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Trad. Carlos Lopes de Matos. São Paulo: E.P.U. Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. O direito das sucessões no Novo Código Civil. *AJURIS - Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, n. 88, tomo I, Porto Alegre, p. 262-275, 2002.

COSTALUNGA, Karime. *Direito de herança e separação de bens: uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 125-126.

COUTO, Sérgio; MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coords.). *Direito de Família e Sucessões*. Sapucais do Sul: Notadez, 2007.

DANELUZZI, Maria Helena Braceiro. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004.

DANTAS JR., Aldemiro Rezende. Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 29, p. 128-143, 2005.

DELGADO, Mário Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. v. 2. São Paulo: Método, 2004.

_____. *Novo Código Civil: questões controvertidas no Direito de Família e das Sucessões*. v. 3. São Paulo: Método, 2005.

DERBLI, Felipe. *Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *A mulher no Código Civil*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf. Acesso em: 02 set. 2014.

_____. *Conversando sobre família, sucessões e o novo código civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Manual das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *O inc. I do art. 1.829 do Código Civil: algumas interrogações*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_o_inc_i_do_art._1.829_do_cc_algumas_interroga%E7%F5es.pdf. Acesso em: 31 jan. 2013;

_____. *Ponto Final*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_ponto_final.pdf. Acesso em: 01 dez. 2015.

_____. *Ponto-e-vírgula*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_ponto_e_v%EDrgula.pdf. Acesso em: 01 dez. 2015.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Conflito de normas*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 6. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 6. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 6. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

- _____. *Elementos críticos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- _____. (Coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FARIA, Mário Roberto Carvalho de. *Direito das Sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Direito das Sucessões: teoria e prática*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas atuais de Direito e Processo de Família: primeira série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FREIRE, Reinaldo Franceschini. *Concorrência Sucessória na União Estável*. Curitiba: Juruá, 2009.
- FREITAS, Paulo Roberto de Azevedo. O novo regime jurídico da união estável: a ab-rogação da Lei 8.971/94. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 30, p. 46-49, 1997.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. v. 6. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002. *Revista Brasileira de Direito de Família*. n. 29, v. 7, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, p. 11-25, 2005.
- _____. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *O companheirismo: uma espécie da família*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 29, p. 88-127, 2005.
- GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- _____. *Novos temas de Direito Civil*. Forense: Rio de Janeiro, 1983.
- _____. *Sucessões*. 12. ed. rev. e atualizada por Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Direito Civil Brasileiro*. v. 6. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Direito Civil Brasileiro*. v. 7. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOZZO, Débora. A escolha de Sofia: companheiro ou cônjuge. Discriminação no Direito de Família brasileiro. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 9, n. 2, p. 103-117, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e regime de bens. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 65, 2003. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/4095>. Acesso em: 01 dez. 2015.

_____. *Comentários ao Código Civil: Do Direito das Sucessões*. v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Morrer e Suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: RT, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. V. 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; Simão, José Fernando (Coords.). *Direito de Família e das Sucessões: temas atuais*. São Paulo: Método, 2009.

JHERING, Rudolf Von. *La Dogmática Jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1946.

JÚDICE, Lucas Pimenta. Retrocesso da igualdade entre cônjuges e companheiros: visão constitucional-civil dos institutos no âmbito sucessório. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 11, n. 54, p. 72-90, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A nova ordem de vocação hereditária e a sucessão dos cônjuges. *Revista Forense*, São Paulo, v. 99, n. 368, p. 435-440, 2003.

_____. *Comentários ao Novo Código Civil: do Direito das Sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LEITE, Heloísa Maria Daltro. *O novo Código Civil: Do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

LEITE DE CAMPOS, Diogo. *Direito da Família e das Sucessões*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2001.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Formas e Aplicação do Direito Positivo*. São Paulo: RT, 1969.

_____. *Hermenêutica Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOTUFO, Maria Alice Zaratín. *Curso Avançado de Direito Civil*. v. 5. São Paulo: RT, 2002.

LUNARDI, Fabrício Catagna. A concorrência do cônjuge com os descendentes na sucessão legítima: em busca da melhor interpretação. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 39, v. 8, p. 17-30, 2007.

MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regimes de bens. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, Magister/IBDFAM, n. 25, v. 13, p. 5-32, 2011.

_____. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. O direito adquirido e o regime de bens. *Revista Jurídica*, n. 348, Porto Alegre, p. 27-52, 2006.

_____. *O novo direito sucessório brasileiro*. Direito de Família em pauta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. O novo direito sucessório brasileiro. *Revista Jurídica*. v. 291, Porto Alegre: Notadez, p. 35-44, 2002.

MARQUES, Alberto. *Roteiro de Hermenêutica*. Curitiba: Juruá, 2004.

MARTINS, Fabrício Irun Silveira. *Novo Código de Processo Civil Comparado: artigo por artigo*. Leme: Edijur, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O direito sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito à herança. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 112, v. 31, p. 79-87, 2011.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: ensaios de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional: 2002-2010*. São Paulo : Saraiva, 2011.

_____. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, v. 1, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 01 dez. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, Rio de Janeiro, p. 205-236, 2003.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Princípios constitucionais e o direito das sucessões. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 390, v. 103, p. 45-55, 2007.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Código Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NICOLAU, Gustavo René. Sucessão Legítima. Sucessão Legítima no Código Civil. *SaraivaJur*, São Paulo, 2004. Disponível em <http://www.saraivajur.com.br/menuesquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=522>. Acesso em: 31 jan. 2013).

NOGUEIRA, Claudia de Almeida. *Direito das Sucessões: Comentários à Parte Geral e à Sucessão Legítima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Do concubinato à união estável. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo*, v. 1, n. 2, p. 65-79, 1998

OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. *Inventários e partilhas. Direito das Sucessões*. São Paulo: Leud, 2003.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. *Introdução ao Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PASCHOAL, Frederico A.; SIMÃO, José Fernando (Orgs.). *Contribuições ao Estudo do Novo Direito Civil*. Campinas: Millennium, 2004.

PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Barueri: Manole, 2008.

PEÑA DE MORAES, Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. v. 5. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

_____. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. v. 6. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. v. 6. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997

PEREIRA, Tarlei Lemos. *Direito Sucessório dos Conviventes na União Estável: uma abordagem crítica ao artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentário do Código Civil Brasileiro: Tratado do Testamentos*. v. 1. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1930.

QUEIROGA, Antônio Elias. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.

_____. Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil. *Revista da EMERJ*, Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, Rio de Janeiro, p. 196-206, jul. 2002.

_____. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O Projeto do Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. *Compreensão do*

fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial (Parecer oferecido aos Doutores Sebastião Ferreira e Ricardo da Cunha Ferreira). *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, n. 24, v. 6, p. 205-228, 2005.

REIS FRIEDE, Roy. *Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Silvio. Casamento e união estável. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 11, p. 48-58, 1991.

_____. *Direito Civil*. v. 6. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Direito Civil*. v. 7. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Eficácia do regime de bens no casamento e na união estável. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, n. 70, p. 417-448, 2011.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 4, p. 241-271, 2004.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SCHLÖSSER, Gustavo Miranda; COLLYER, Wesley Schneider. O cálculo da proporcionalidade na sucessão entre companheiros: a aplicação do artigo 1.790 do novo Código Civil. *Revista da ESMESC: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, v. 11, n. 17, 2004.

SIMÃO, José Fernando. Separação convencional, separação legal e separação obrigatória: reflexões a respeito da concorrência sucessória e o alcance do art. 1.829, I, do CC — Recurso Especial nº. 992.749/MS. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, Magister/IBDFAM, n. 15, v. 12, p. 5-19, 2010.

SIMÃO, José Fernando (Orgs.). *Contribuições ao Estudo do Novo Direito Civil*. Campinas: Millennium, 2004.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Código Civil Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. v. único. São Paulo: Método. 2011.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. v. 6. 5. ed. São Paulo, Método. 2012.

_____. *Direito Civil*. v. 6. 7. ed. São Paulo: Método. 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Lei (Orgs.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre concorrência sucessória do cônjuge e do companheiro no Direito brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 112, v. 31, p. 53-63, 2011.

_____. Controvérsias sobre regime de bens no Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, Magister/IBDFAM, n. 2, v. 9, p. 5-21, 2008.

_____. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 5, p. 25-39, 1994.

_____. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VAZ, Manuel Afonso Vaz. *Lei e reserva de lei*. Porto: Universitas Catholica Lusitana, 1992.

VELOSO, Zeno. *Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito Sucessório dos Cônjuges*. Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/358-artigos-jun-2012/8593-direito-sucessorio-dos-conjuges>. Acesso em: 01 dez. 2015.

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

_____. *Direito Civil: Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: RT, 1977.

WALD, Arnaldo. *O novo Direito das Sucessões*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZEBULUM, José Carlos. *O Regime da Participação Final nos Aquestos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

ANEXOS

CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA ENTRE CÔNJUGE E DESCENDENTES NA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS - QUADRO COMPARATIVO

	QUANDO HAVERÁ CONCORRÊNCIA?					CÔNJUGE HERDA BENS PARTICULARES?					CÔNJUGE HERDA BENS COMUNS?				
	<i>1ª corrente:</i> MARIA HELENA DINIZ et alii	<i>2ª corrente:</i> ENUNCIADO 270/CJF	<i>3ª corrente:</i> MARIA BERENICE DIAS	<i>4ª corrente:</i> NANCY ANDRIGHI	<i>PROPOSTA:</i> Teoria da Eficácia Transcendente	<i>1ª corrente:</i> MARIA HELENA DINIZ et alii	<i>2ª corrente:</i> ENUNCIADO 270/CJF	<i>3ª corrente:</i> MARIA BERENICE DIAS	<i>4ª corrente:</i> NANCY ANDRIGHI	<i>PROPOSTA:</i> Teoria da Eficácia Transcendente	<i>1ª corrente:</i> MARIA HELENA DINIZ et alii	<i>2ª corrente:</i> ENUNCIADO 270/CJF	<i>3ª corrente:</i> MARIA BERENICE DIAS	<i>4ª corrente:</i> NANCY ANDRIGHI	<i>PROPOSTA:</i> Teoria da Eficácia Transcendente
	COMUNHÃO PARCIAL	Quando houver bens particulares	Quando houver bens particulares	Quando NÃO houver bens particulares	Sempre, não importando se há ou não bens particulares	Quando houver bens particulares	Sim, em concurso com descendentes (herança considerada coisa indivisa)	Sim, em concurso com descendentes	Não há herança do cônjuge se houver bens particulares	Não, serão sempre dos descendentes	Não, serão sempre dos descendentes, salvo se forem os únicos do acervo	Sim, em concurso com descendentes (herança considerada coisa indivisa)	Não	Sim, em concurso com descendentes, desde que não haja bens particulares	Sim, em concurso com descendentes
PRÓS	Respeita a letra da lei	Respeita a letra da lei	Inversão lógica que transfere a concorrência para os bens comuns	O cônjuge sempre vai ser beneficiado	Respeita a letra da lei	Se não houver bens comuns para recolher em meação, o cônjuge não ficará desassistido	Se não houver bens comuns para recolher em meação, o cônjuge não ficará desassistido	A vontade dos cônjuges no regime de bens vai ser respeitada	A vontade dos cônjuges no regime de bens vai ser respeitada	A vontade dos cônjuges no regime de bens vai ser respeitada se houver bens comuns e particulares. Se os particulares forem os únicos do acervo, serão herdados em concorrência para que o cônjuge não fique desassistido	O cônjuge obtém o máximo de benefícios possível: além de sua meação, recebe na meação que foi do morto e nos bens particulares que lhe pertenceram	Satisfaz a concorrência sem haver suposto <i>bis in idem</i> nos bens comuns	A vontade dos cônjuges no regime de bens vai ser respeitada e o cônjuge não fica desassistido	A vontade dos cônjuges no regime de bens vai ser respeitada e o cônjuge não fica desassistido	Respeita-se a sistemática do Código Civil e o cônjuge não fica desassistido
CONTRAS	-	-	Interpretação contra a lei.	Amplia irrestritamente a concorrência para uma hipótese não prevista em lei	-	Não respeita a vontade dos cônjuges e contraria a unidade sistemática	Não respeita a vontade dos cônjuges e contraria a unidade sistemática	Se não houver bens comuns o cônjuge ficará desassistido	Se não houver bens comuns o cônjuge ficará desassistido	-	Aparente contradição com a regra de que " <i>quem herda não meia</i> "	Não respeita a vontade dos cônjuges e contraria a unidade sistemática	-	-	-
CRÍTICAS	-	-	Tese criada na conveniência de fazer incidir o concurso sobre os bens comuns	O respeito à vontade não pode sacrificar a letra da lei. Na pode o intérprete generalizar aquilo que a lei excepcionou.	-	Basta um simples bem particular de ínfimo valor para que o cônjuge recolha na herança total. O cônjuge vai receber patrimônio para cuja aquisição não concorreu	Basta um simples bem particular de ínfimo valor para que o cônjuge concorra. O cônjuge vai receber patrimônio para cuja aquisição não contribuiu	Se não houver bens comuns, o de cujos deverá doar ou deixar testamento se quiser garantir patrimônio ao cônjuge	Se não houver bens comuns, o de cujos deverá doar ou deixar testamento se quiser garantir patrimônio ao cônjuge	-	Se houver bens particulares e comuns, o cônjuge vai receber mais que os descendentes	Se houver bens particulares e comuns, o cônjuge vai receber mais que os descendentes	Como não há bens particulares, o cônjuge vai receber mais que os descendentes	Se houver apenas bens comuns, o cônjuge vai receber mais que os descendentes	-

**CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA SEGUNDO A EFICÁCIA TRANSCENDENTE DAS NORMAS DO REGIME DE BENS -
QUADRO COMPARATIVO**

	HÁ BENS PARTICULARES?	CÔNJUGE HERDA?	COMPANHEIRO HERDA?	SOBRE QUAL PARTE DO ACERVO?	E SE APENAS HOVER BENS PARTICULARES?
COMUNHÃO PARCIAL	Sim	Sim	Sim	Bens comuns	Serão herdados em concorrência para que o cônjuge não fique desassistido.
COMUNHÃO UNIVERSAL (PURA)	Não	Não	Não	-	-
COMUNHÃO UNIVERSAL (COM APRESTOS)	Sim	Sim	Sim	Bens comuns	Serão herdados em concorrência para que o cônjuge não fique desassistido.
SEPARAÇÃO CONVENCIONAL	Sim	Sim	Sim	Bens comuns, se os houver por disposição contratual	-
SEPARAÇÃO LEGAL	Sim	Sim	Sim	Bens comuns, se os houver por força da Súmula 377/STF	-
PARTICIPAÇÃO FINAL	Sim	Sim	Sim	Bens comuns, se os houver no momento da extinção do vínculo	-