

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

CLARA ANGÉLICA GONÇALVES DIAS

ILTON GARCIA DA COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa, Clara Angélica Gonçalves Dias, César Augusto de Castro Fiuza – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-035-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

Apresentação

Fala-se muito no fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Que significa isso? Significa que o Direito Civil se acha contido na Constituição? Significa que a Constituição se tornou o centro do sistema de Direito Civil? Significa que as normas de Direito Civil não podem contrariar a Constituição?

De fato, não significa nada disso. Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender, hoje, que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de se implementar o programa constitucional na esfera privada. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, conseqüentemente, do Direito.

Falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel este que continua a exercer. É no Código Civil que iremos buscar as diretrizes mais gerais do Direito Comum. É em torno dele que gravitam os chamados microssistemas, como o imobiliário, o da criança e do adolescente, o do consumidor e outros. Afinal, é no Código Civil, principalmente na posse e na propriedade, na teoria geral das obrigações e dos contratos, que o intérprete buscará as normas fundamentais do microssistema imobiliário. É a partir das normas gerais do Direito de Família e da própria Parte Geral do Código Civil que se engendra o microssistema da criança e do adolescente. Também será no Código Civil, mormente na Parte Geral, na teoria geral das obrigações e dos contratos, além dos contratos em espécie, que se apoia todo o microssistema do consumidor. Não se pode furtar ao Código Civil o trono central do sistema de Direito Privado. Seria incorreto e equivocado ver neste papel a Constituição, cujos objetivos são outros que regular as relações privadas.

No entanto, apesar disso, se a Constituição não é o centro do sistema juscivilístico, é, sem sombra de dúvida, o centro do ordenamento jurídico, como um todo. É, portanto, a partir

dela, da Constituição, que se devem ler todas as normas infraconstitucionais. Isso é o óbvio mais fundamental no Estado Democrático.

O Direito Civil-constitucional não se resume à interpretação do Direito civil à luz da Constituição. Devemos entendê-lo também como instrumento de implantação do programa constitucional na esfera privada, sem, no entanto, ferir os limites legítimos impostos pela Lei, e sem suprimir liberdades privadas, como abordado a seguir.

A civilística constitucional no Brasil passou por três fases.

A primeira delas teve caráter meramente conteudístico. Em outras palavras, a preocupação era tão-somente a de identificar o conteúdo de Direito Civil na Constituição da República. Identificaram-se normas de Direito Contratual, de Direito das Coisas (principalmente relativas à propriedade), normas de Direito de Família, de Direito das Sucessões e de Direito Empresarial. Este era o chamado Direito Civil-constitucional no fim dos anos 80 e no início dos anos 90.

O grande marco teórico desta fase foi o eminente professor da Universidade de São Paulo, Carlos Alberto Bittar. Após a promulgação da Carta de 1988, veio a lume a obra *Direito Civil Constitucional*, que visava apontar o conteúdo de Direito Civil no texto constitucional. Assim ficou a primeira fase, adstrita a uma análise de conteúdo somente.

A segunda fase pode ser denominada interpretativa. É totalmente diferente da primeira e teve por escopo inverter a hermenêutica tradicional que, de uma certa forma, interpretava a Constituição à luz do Código Civil. Nesta segunda fase, destacou-se a necessidade e a importância de uma interpretação dos problemas de Direito Privado sob a ótica dos valores e princípios constitucionais.

Na verdade, esta segunda fase ainda não passou, nem passará, enquanto perdurar o Estado Democrático de Direito, que tem por base a Constituição.

O marco teórico desta segunda fase foi a escola do Rio de Janeiro e, principalmente, a obra do também eminente professor da UERJ, Gustavo Tepedino. Seus principais escritos a respeito do tema ainda encontram-se, até hoje, no livro *Temas de Direito Civil*, editado pela Renovar, no fim da década de 90.

Para Tepedino, o centro do ordenamento juscivilístico é a própria Constituição, não o Código Civil.

A escola carioca, diga-se, inspirou-se nas teses de Pietro Perlingieri, civilista italiano de grande envergadura. Outro marco importante foi a obra do professor argentino Ricardo Luis Lorenzetti, editada pela RT, em 1998, com o nome de Fundamentos do Direito Privado. Esse trabalho teve enorme repercussão em nossos meios acadêmicos, e ainda tem. Embora Lorenzetti não identifique qualquer centro no sistema, reconhece a importância da Constituição, como irradiadora de valores e princípios que devem guiar o intérprete no Direito Privado.

Por fim, a terceira fase da civilística constitucional pode ser denominada de fase programática. Nesta etapa, a preocupação já não é tão-somente a de ressaltar a necessidade de uma hermenêutica civil-constitucional, mas também a de destacar a imperiosidade de se implantar o programa constitucional na esfera privada.

Mas que programa constitucional?

Ora, a Constituição, ao elevar a dignidade humana ao status de fundamento da República, traçou um programa geral a ser cumprido pelo Estado e por todos nós. Este programa consiste em promover o ser humano, em conferir-lhe cidadania, por meio da educação, da saúde, da habitação, do trabalho e do lazer, enfim por meio da vida digna. E a própria Constituição, por vezes, fixa parâmetros e políticas para a implementação desse programa. Assim, o Direito Civil-constitucional não se resume mais ao Direito Civil interpretado à luz da Constituição, mas interpretado à luz da Constituição, com vistas a implantar o programa constitucional de promoção da dignidade humana. Em outras palavras, não se trata mais de simplesmente dizer o óbvio, isto é, que o Direito Civil deve ser lido à luz da Constituição, mas antes de estabelecer uma interpretação civil-constitucional que efetivamente implante o programa estabelecido na Constituição. Trata-se de estabelecer um *modus interpretandi* que parta dos ditames e dos limites da norma posta, numa ótica constitucional, assim promovendo a dignidade humana.

Resta a pergunta: como implementar esse programa?

O Estado e o indivíduo são corresponsáveis nessa tarefa. O Estado deve elaborar políticas públicas adequadas, não protecionistas, que não imbecilizem o indivíduo, nem lhe deem esmola. Deve disponibilizar saúde e educação de boa qualidade; deve financiar a produção e o consumo; deve engendrar uma política de pleno emprego; deve elaborar uma legislação trabalhista adequada; deve garantir infraestrutura; deve também garantir o acesso de todos à Justiça; deve criar e estimular meios alternativos de solução de controvérsias; dentre milhares de outras ações que deve praticar.

Os indivíduos, pessoas naturais e jurídicas, também têm sua parcela, não menos importante, na construção de uma sociedade justa. São atitudes condizentes com o programa constitucional pagar bem aos empregados (repartir o pão); agir com correção e não lesar a ninguém, como já dizia Ulpiano, há 1.800 anos; exercer o domínio e o crédito, tendo em vista a função social; dentre outras.

Mas como exigir dos indivíduos a implementação do programa?

Seguramente através do convencimento, dentro de uma política de coerção mínima, ou seja, a coerção entra, quando o convencimento não funcionar. Os estímulos tributários e de outras naturezas são também um bom instrumento de convencimento. O que não se pode admitir é a invasão violenta, ilegítima, ditatorial na esfera privada, por vezes íntima, em nome da dignidade ou da função social. Isto representaria um retrocesso histórico; estaríamos abrindo mão de liberdades duramente conquistadas. Há que sopesar os dois valores, dignidade e liberdade. Um não pode sobreviver sem o outro. O ser humano só pode ser digno se for livre. Sem liberdade, não há dignidade. Assim sendo, a dignidade há de ser implementada pelo indivíduo não por força da coerção, mas por força da persuasão, da opção livre, obtida pelo convencimento, fruto da educação. São muito importantes e eficazes as campanhas educativas. Exemplo é a campanha antitabagista, que reduziu consideravelmente o consumo do cigarro, sem se valer praticamente de qualquer tipo de coerção. Para que, então, a violência da coerção, a supressão da liberdade em outras hipóteses? O que vemos hoje é a invasão pura e simples do Estado na esfera individual, por vezes, em nome da dignidade, por vezes, sem nenhuma legitimidade, no fundo só para aumentar sua receita.

Com o escopo de adentrar os meandros desse viés constitucional do Direito Civil, apresentamos os textos da presente obra, organizados de modo a que o leitor tenha a possibilidade de percorrer as várias instâncias do Direito Civil, de forma lógica e ordenada. Temos a certeza de que a leitura será enriquecedora.

O REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS E A SUCESSÃO LEGÍTIMA: UM NOVO CAPÍTULO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

THE MATRIMONIAL REGIME OF CONVENTIONAL SEPARATION OF PROPERTY AND LEGITIMATE SUCCESSION: A NEW CHAPTER FROM JURISPRUDENCE OF SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Thiago Luís Santos Sombra

Resumo

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.472.945/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, reascendeu o debate em torno da aplicação do inciso I do art. 1829 do CC 2002, no tocante à possibilidade do cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da separação convencional de bens, ser considerado herdeiro necessário e participar da sucessão legítima. Além da análise dos efeitos do pacto antenupcial para a sucessão, o artigo os limites da autonomia privada, os primórdios dos meios de proteção conferidos ao cônjuge supérstite, a compreensão histórica e dogmática da separação obrigatória/legal e da convencional. Com amparo no Direito Comparado, o artigo apresenta como melhor solução a alteração legislativa para o aperfeiçoamento do inciso I do art. 1829 do CC 2002.

Palavras-chave: Separação convencional de bens, Sucessão legítima, Herdeiro necessário, Cônjuge sobrevivente, Pacto antenupcial

Abstract/Resumen/Résumé

The Superior Court of Justice, in judging the case REsp. 1.472.945 / RJ, Rel . Min. Ricardo Villas Boas Cueva, has appreciated the art. 1829 CC 2002 about the feasibility of the surviving spouse married under the conventional separation of property, while a legal heir, participate in the legitimate succession. Besides the analysis of the effects of the prenuptial agreement after death, the essay defines the limits of private autonomy, the beginnings of the protective way given to the surviving spouse, the historical and dogmatic understanding of legal and convention separation. With support in Comparative Law, the essay presents that the best solution is the legislative amendment of part I of art. 1829 CC 2002.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Conventional separation of property, Legal succession, Necessary heir, Surviving spouse, Prenuptial agreement

1 INTRODUÇÃO

No final do ano de 2014, a Terceira do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reascendeu o debate em torno da forma como se realizará a sucessão legítima quando os cônjuges forem casados mediante o regime da separação convencional de bens. A Corte apreciaria novamente no Recurso Especial n. 1.472.945/RJ, relator Ministro Villas Bôas Cueva¹, os deslindes da aplicação do controverso inciso I do art. 1829 do Código Civil², que, em outubro e dezembro de 2009, respectivamente no julgamento do Recurso Especial n. 1.111.095/RJ³, relator para acórdão Ministro Fernando Gonçalves, e Recurso Especial n. 992.749/MS, relatora Ministra Nancy Andrigui⁴, havia recebido da Terceira e Quarta Turmas uma interpretação diversa.

Naquela época, a Terceira Turma, mesmo órgão fracionário do aresto em exame, era composta pelos Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado) e Paulo Furtado (Desembargador Convocado), os quais votaram unanimemente com a relatora, Ministra Nancy Andrigui, no sentido de que o art. 1829, I, do Código Civil se aplicava também ao regime da separação convencional de bens.

No precedente da Quarta Turma, não tão específico quanto o primeiro, integravam o órgão os Ministros João Otávio de Noronha, Luís Felipe Salomão, Fernando Gonçalves e o Desembargador Federal convocado Carlos Fernando Mathias de Souza, relator originário. Apenas os dois primeiros remanescem no Tribunal. O voto divergente, no caso, foi proferido pelo Ministro João Otávio de Noronha, que entendia ser possível a sucessão legítima do cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens.

A despeito da completa reformulação da Terceira Turma em menos de cinco anos, o julgamento ora analisado contou com o voto divergente do Ministro Moura Ribeiro, o que evidencia um sério problema de método, sistematicidade e perenidade da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na solução de temas complexos, daquele que deveria ser um Tribunal de precedentes, e não uma Corte de revisão.

O cerne da controvérsia examinada neste artigo, que, por sinal, data da entrada em vigor do Código Civil, circunscreve-se à sucessão legítima do cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional de bens, uma vez que o inciso I do art. 1829, em princípio, exclui expressamente apenas os casados pelo regime da comunhão universal, separação obrigatória de bens e comunhão parcial, se não houver bens particulares⁵.

Além de um confronto entre as duas grandes vertentes doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, ainda merecerá particular análise a disparidade existente entre aquilo que parte dos autores pretende seja a *interpretação ideal* do citado preceito normativo do Código Civil de 2002 e, de outro lado, aquilo que parece ser a conjugação de critérios normativos

capazes de promover a subsunção do suporte fático, sem ultrapassar os parâmetros impostos ao hermeneuta.

O único ponto de consenso entre doutrina e jurisprudência quanto tema situa-se na péssima técnica legislativa utilizada na redação do inciso I do art. 1829 do Código Civil 2002, visto que ao longo dos últimos treze anos nenhum prognóstico definitivo foi construído. Mais do que uma controvérsia de índole estritamente dogmática, o acórdão contempla uma percepção diversa do nível de proteção que se almejou conferir ao cônjuge sobrevivente após o Código Civil 2002. E exatamente com enfoque neste prisma que se proporá um confronto dialético de argumentos para dirimir a divergência existente no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, que, em tão exíguo lapso temporal, revelou a instabilidade com que tem exercido a missão constitucional de uniformizar a jurisprudência nacional.

Para tentar estabelecer um método em torno da análise de ambos os acórdãos da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a consequente definição dos principais elementos do debate, cumpre sejam apreciados com maior profundidade os contrapontos elencados pelo Ministro Villas Bôas Cueva em seu voto.

2 DA RELEVÂNCIA DO PACTO ANTENUPCIAL E A LIMITAÇÃO TEMPORAL DOS SEUS EFEITOS

No ordenamento jurídico brasileiro o pacto antenupcial deve ser compreendido como uma figura de índole negocial, cuja manifestação da autonomia privada se limita à definição de um regime de bens diverso do da comunhão parcial. E, no caso em exame, a escolha pela separação convencional de bens invariavelmente envolve um desejo do casal de manter os respectivos patrimônios incomunicáveis em vida, sob o pressuposto de que tal medida proporcionaria uma melhor administração.

A despeito da existência de corrente doutrina que pretenda atribuir-lhe maior extensão, de modo a também comportar a disciplina de temas como os deveres e direitos conjugais, a patrimonialidade é o traço marcante do pacto antenupcial, dada a sua típica natureza contratual.

E um dos primeiros aspectos enfrentados pelo Ministro Villas Bôas Cueva foi exatamente a natureza e os limites de conteúdo do pacto antenupcial, ou seja, sob que circunstâncias a autonomia da vontade do casal, ao definir um regime de bens diverso da comunhão parcial, teria o condão de repercutir em período posterior ao término do casamento, por meio da morte.

Em resposta à corrente doutrinária capitaneada por Miguel Reale⁶, que sustentava a aplicação do inciso I do artigo 1829 do Código Civil de 2002 também ao regime da separação

convencional, enquanto expressão da autonomia privada de um ato jurídico perfeito celebrado em vida, o Ministro Relator destacou que os efeitos do pacto antenupcial seriam restritos à vigência do casamento, de sorte que não afetaria a forma como se realizaria a sucessão:

o pacto antenupcial somente pode dispor sobre a comunicação ou não de bens e o modo de administração do patrimônio no curso do casamento, não podendo invadir, por óbvio, outras searas, dentre as quais se destaca a do direito sucessório, cujo fato gerador é a morte de um dos cônjuges e não, como cedição, a vida em comum⁷.

A morte põe fim ao casamento (art. 1571, I, do Código Civil de 2002) e, por suposto, ao regime de bens nele vigente, de sorte que doravante serão aplicáveis as disposições acerca do Direito das Sucessões⁸. Entretanto, a premissa utilizada desperta dúvidas quando o acórdão estabelece uma efetiva independência e limitação temporal da autonomia privada corporificada no pacto antenupcial. O fundamento peca em grande medida por ultimar uma rígida linha de separação que, a rigor, não se evidencia tão inflexível.

Suponha-se, *ad argumentandum tantum*, que o regime objeto de deliberação no pacto antenupcial fosse o da comunhão universal. O argumento em torno da independência e limitação temporal do pacto antenupcial, tal como posto no acórdão examinado, não teria a virtude, *per se*, de isolar os efeitos deste regime patrimonial após a morte de um dos cônjuges. Afinal, a condição de meeiro do cônjuge sobrevivente impactaria sobremaneira na sucessão, a ponto de excluí-lo da partilha dos bens privados. Nota-se, portanto, que o acórdão, quanto ao ponto, padece de dubiedades para justificar o resultado pretendido.

E, exatamente por esta razão, o inciso I do art. 1829, ao apontar o regime da comunhão universal como um dos excluídos, culmina por complementar aquilo que anteriormente foi fruto da expressão do pacto antenupcial, o qual propiciou a escolha de um regime de bens diverso da comunhão parcial.

Conquanto utilizado como um mero argumento de reforço, não há, tal como apresentado no acórdão, um patente e incontestável isolamento temporal do pacto antenupcial, que tenha a capacidade, por si só, de restringir as suas consequências ao curso do casamento. São as opções oriundas do pacto antenupcial que propiciam que a sucessão ocorra segundo uma determinada disciplina normativa ou outra. Tal como aludido anteriormente, será o regime da comunhão universal que, por exemplo, acarretará a exclusão do cônjuge supérstite da concorrência na sucessão. A escolha feita no pacto, portanto, será decisiva até mesmo para a sucessão *mortis causa*, conforme bem apontado por Giselda Hironaka:

O primeiro destes pressupostos exigidos pela lei é o do regime matrimonial de bens. Bem por isso o inc. I do art. 1829, anteriormente reproduzido, faz depender a vocação do cônjuge supérstite do regime de bens escolhido pelo casal, quando de sua união, uma vez que o legislador enxerga nessa escolha uma demonstração prévia dos cônjuges no sentido de permitir ou não a confusão patrimonial e em que profundidade querem ver operada tal confusão.

Deste modo, o emprego do referido fundamento merece algumas ressalvas, dada a dificuldade de justificar, de forma coerente e autônoma, a não aplicação do inciso I do art. 1829 ao regime da separação convencional.

3 DA AUTONOMIA DA VONTADE DOS CÔNJUGES E OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À CONDIÇÃO DE HERDEIRO NECESSÁRIO - A POSIÇÃO DE MIGUEL REALE

Em artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, intitulado *O cônjuge no novo Código Civil*⁹, Miguel Reale sustenta o posicionamento de que o cônjuge supérstite, casado sob o regime da separação convencional de bens, não poderia ser considerado herdeiro necessário, em concorrência com os descendentes. Como um dos argumentos, mencionava Reale¹⁰ que o entendimento contrário implicaria uma assimetria com a disciplina do art. 1687 do Código Civil e a escolha feita em vida pelo casal.

A autonomia da vontade era a principal força motriz da objeção de Reale¹¹ e uma de suas principais preocupações quanto a esta linha de interpretação decorria da possibilidade de que, com a morte de um dos cônjuges casado sob o regime da separação convencional, parte de seu patrimônio se transferisse ao cônjuge supérstite, e, posteriormente, aos filhos exclusivos deste ou até a um novo cônjuge. Com isto, o patrimônio se dispersaria em direção a um tronco que não guardaria qualquer vínculo de parentesco com o *de cujus*, de maneira que para evitar esta situação melhor seria respeitar a autonomia da vontade externada no pacto antenupcial.

De fato se trata de hipótese complexa, de difícil equacionamento, que mereceria uma solução *de lege ferenda*, tal como proposto pelo próprio Miguel Reale, mediante a supressão da expressão “obrigatória” do inciso I do art. 1829. Não obstante a preocupação acerca da comunicação do patrimônio com alguém estranho aos vínculos de parentesco – os herdeiros unilaterais do cônjuge - , o fato é que as razões suscitadas por Reale despertam dúvidas. A rigor, nenhum dado prévio indica que o legislador não pudesse ter feito uma escolha no sentido primar pela maior proteção patrimonial do cônjuge sobrevivente, tenha ele filhos

unilaterais ou não. Ademais, para evitar a ocorrência da apontada dispersão patrimonial suscitada por Reale, suficiente seria a imposição de cláusula de incomunicabilidade sobre os bens.

A título de comparação, o art. 2433 do novo Código Civil argentino optou por excluir os bens particulares sempre que o cônjuge supérstite concorrer com os descendentes na sucessão, independentemente do regime de bens do casamento:

Artículo 2433 - Concurrencia con descendientes. Si heredan los descendientes, el cónyuge tiene en el acervo hereditario la misma parte que un hijo. *En todos los casos en que el viudo o viuda es llamado en concurrencia con descendientes, el cónyuge supérstite no tiene parte alguna en la división de bienes gananciales que corresponden al cónyuge prefallecido.*¹²

Ocorre, todavia, que, acaso fosse acolhida a proposta de alteração legislativa aventada por Miguel Reale¹³, fatalmente se consumaria a deturpação de uma importante premissa do Direito das Sucessões, a saber, aquele que não é meeiro, merece ser beneficiado de outro modo.

Desde o Código Civil de 1916¹⁴, o legislador sempre primou por estabelecer um benefício capaz de compensar a não condição de meeiro do cônjuge sobrevivente¹⁵. E, para tanto, basta observar a parte final do inciso I do art. 1829, no que promove a exclusão do cônjuge supérstite, em caso de inexistência de bens particulares na comunhão parcial, uma vez que, em tal situação, o sobrevivente seria meeiro dos bens comuns. Este relevante aspecto mereceu particular atenção do acórdão do Recurso Especial 1.472.945/RJ:

Em verdade, revela manifesta contradição admitir-se que, a despeito de o novo Código ter ampliado os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurando ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que fossem os únicos deixados pelo de cujus, e, incomunicáveis na vigência do regime de bens, não teria conferido o mesmo direito ao casado pela separação convencional, cujo patrimônio é inexoravelmente composto somente por acervo particular.

É imprescindível, pois, seja observada uma equanimidade de tratamento quanto à coerência interna da sucessão legítima, em caso de bens particulares no regime da comunhão parcial, e aquela sucessão decorrente do regime da separação convencional de bens. A rigor, isso se explica pelo fato de o cônjuge sobrevivente ser meeiro do total de bens deixado pelo *de cujus*, na primeira e na última hipótese do inciso I do art. 1829 e, logo, estar devidamente amparado.

Na comunhão universal forma-se um patrimônio único e indiviso do casal, composto de todos os direitos e obrigações adquiridos de forma gratuita ou onerosa, móveis ou imóveis, de modo que cada cônjuge tem direito à metade ideal dos bens. Alguns bens, todavia, podem ser excepcionados e não integrar a comunhão de bens, conforme o art. 1668 do Código Civil (cláusula de incomunicabilidade). Este estado de comunhão perdura até a dissolução do casamento e tudo o que um deles adquirir antes ou no curso da relação se comunica ao outro.

No regime da comunhão parcial ficam excluídos os bens anteriores ao casamento e comunicam-se aqueles adquiridos de forma onerosa posteriormente. Trata-se de uma efetiva comunhão dos bens adquiridos onerosamente no curso do casamento, de modo que existem os bens do marido, da esposa e os comuns.

Por outro lado, pelo regime da separação legal/obrigatória de bens – na modalidade convencional ou legal/obrigatório –, cada cônjuge conserva em seu patrimônio pessoal os bens que possuía antes de se casar. No regime da separação de bens convencional, cuja escolha dever ser realizada por pacto antenupcial, admite-se que os cônjuges disponham sobre a gradação da comunicação de bens¹⁶, ao passo que no regime da separação obrigatória, por força do enunciado 377 do Supremo Tribunal Federal¹⁷, os bens se comunicam.

Embora o Recurso Especial 992.749/MS, Relatora Ministra Nancy Andrigui¹⁸, houvesse manifestado uma compreensão diversa, o enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, citado no acórdão do Recurso Especial 1.472.945, relator Ministro Villas Bôas Cueva, já havia enfrentado o tema e ambicionado estabelecer doravante parâmetros razoáveis de interpretação:

Enunciado 270 da III Jornada: 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 aquestos, 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 descendentes¹⁹.

Enquanto substrato da linha de raciocínio exposta, não se pode olvidar, tal como bem consignado no voto do Ministro Villas Bôas Cueva, “a indisfarçável intenção do legislador de proteger o cônjuge supérstite no Código Civil de 2002”, ao elevar o cônjuge à condição de herdeiro necessário (art. 1845). Não há, a rigor, outra razão pela qual os regimes da comunhão universal e separação obrigatória foram excluídos da sucessão. A inspiração provém do *Codice Civile* italiano que, nos artigos 536, 540 e 542 atribui ao cônjuge sobrevivente a

condição de herdeiro necessário, independentemente do regime de bens, com a variação apenas do montante a receber, em conformidade com a qualidade do herdeiro com quem concorre:

Art. 536 Legittimari. Le persone a favore delle quali la legge riserva (457, 549) una quota di eredità o altri diritti nella successione sono: *il coniuge*, i figli legittimi, i figli naturali, gli ascendenti legittimi.

Art. 540 Riserva a favore del coniuge. *A favore del coniuge (459) è riservata la metà del patrimonio dell'altro coniuge, salve le disposizioni dell'art.*

Art. 542 Concorso di coniuge e figli. *Se chi muore lascia, oltre al coniuge, un solo figlio, legittimo o naturale (459, 231, 258) a quest'ultimo è riservato un terzo del patrimonio ed un altro terzo spetta al coniuge. Quando i figli, legittimi o naturali, sono più di uno, ad essi è complessivamente riservata la metà del patrimonio e al coniuge spetta un quarto del patrimonio del defunto. La divisione tra tutti i figli, legittimi e naturali, è effettuata in parti uguali. Si applica il terzo comma dell'art. 537.*²⁰

Clóvis Bevilacqua também compartilhava esta preocupação à época do Código Civil de 1916, pois defendia que “o cônjuge supérstite deveria fazer parte das duas primeiras classes de sucessíveis, salvo se, pelo regime do casamento, lhe coubesse levantar a metade do patrimônio da família porque, então, já estaria, economicamente, amparado”²¹. Embora efetivamente não se identifique uma relação de parentesco entre cônjuges, o clamor por elevar o nível de proteção da esfera patrimonial de cada um deles consubstancia premissa antiga do legislador brasileiro.

É com base neste anseio antigo, por suposto, que o acórdão da relatoria do Ministro Villas Bôas Cueva promoveu uma pertinente aplicação do inciso I do art. 1829 do Código Civil.

4 DO REGIME VIGENTE NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Há outro ponto ressaltado no acórdão da lavra do Ministro Villas Bôas Cueva a merecer um especial enfoque. Ali se registrou que o regime de proteção sucessória do cônjuge sobrevivente, ainda que casado mediante separação convencional, não é uma prática deveras revolucionária por parte do Código Civil. Em verdade, encontrava resquícios já no Código Civil de 1916, ainda que incipientes. De Ruggiero afirma que “nesta matéria o Código italiano foi mais além do que foram as legislações precedentes, considerando o vínculo do casamento e a intimidade da vida e de afetos entre marido e mulher como um título não inferior àquele que têm os parentes por vínculo de sangue, e às vezes ainda superior”²².

É oportuno registrar, com o escopo de evitar uma falsa acusação de dissociação com a tradição normativa brasileira, que o Código Civil de 1916, no art. 1611, contemplava a possibilidade de que o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da separação convencional, fosse chamado a suceder na falta de descendentes ou ascendentes, tal como o atual art. 1838 do Código Civil de 2002.

Clóvis Bevilacqua sonhava com uma proposição ainda mais ousada para o antigo art. 1611. Sustentava que “deveria ter ido um pouco além o Código e não deixar o cônjuge desamparado, quando a herança deva ser deferida aos descendentes do pré-morto, por não haver descendentes”²³.

Constata-se, portanto, que o cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens, figurava na terceira classe de vocação hereditária, o que evidencia não se tratar de um disparate a interpretação construída pelo acórdão do Recurso Especial 1.472.945, relator Ministro Villas Bôas Cueva. Ao contrário, o art. 1836 do Código Civil de 2002 corrobora a aludida linha de pensamento defendida por Bevilacqua ao apontar que, na falta de descendentes, o cônjuge sobrevivente sempre concorre com os ascendentes.

Some-se a tal análise o fato de o §1.º do art. 1611 do Código Civil de 1916 assegurar ao cônjuge sobrevivente, casado no regime da separação convencional, o direito ao usufruto viual e, paralelamente, o Código Civil de 2002 consagrar o direito real de habitação.

Curioso notar, ainda, que o art. 990 do Código de Processo Civil²⁴, em sua redação originária, somente admitia a nomeação como inventariante do cônjuge sobrevivente, se casado sob o regime da comunhão (universal ou parcial). E assim dispunha, certamente, pelo fato de o cônjuge ser meeiro. Apesar disso, doutrina e jurisprudência admitiam que o cônjuge sobrevivente, ainda que casado mediante separação legal de bens, pudesse ser nomeado inventariante, como uma consequência natural da comunicabilidade de bens assentada no enunciado 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal²⁵.

Entrementes, o preceito normativo foi modificado pela Lei n. 12.195/2010 para permitir que o companheiro ou o cônjuge sobrevivente fosse investido no encargo, independentemente do regime de bens. Com isso, beneficiou o companheiro, que participa da sucessão na forma do art. 1790²⁶, bem como o cônjuge casado sob o regime da separação convencional que, embora não seja meeiro, participaria da sucessão legítima, nos termos do inciso I do art. 1829.

Em linhas gerais, é possível concluir que o regime de proteção sucessória conferido ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da separação convencional, não apresenta, como destacado abaixo no acórdão analisado, qualquer incompatibilidade com o art. 1687,

mormente porque oriundo de uma crescente onda de proteção da esfera patrimonial do supérstite, tal como anteriormente explicitado:

Não obstante a truncada redação do art. 1829, I, ora em estudo, depreende-se que a regra geral é a concorrência sucessória entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do falecido, com vistas a garantir que o primeiro disponha de um mínimo necessário para sua sobrevivência. Tal proteção se estende ao cônjuge casado pela separação convencional (art. 1.687 do Código Civil), excluindo-se somente no caso de separação por imposição legal (art. 1.641 do Código Civil). O objetivo da regra é garantir o sustento do cônjuge supérstite e, em última análise, a sua própria dignidade, já que, em razão do regime de bens, poderia ficar à mercê de toda sorte e azar em virtude do falecimento de seu cônjuge, fato que por si só é uma tragédia pessoal. A concorrência se justifica justamente por esse motivo, e se coaduna com a finalidade protetiva do cônjuge no campo do direito sucessório, almejada pelo legislador, em histórico avanço, devendo-se observar o princípio da vedação ao retrocesso social (REsp nº 1.329.993/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 18/3/2014). Não por outro motivo, Francisco Amaral, antes mesmo do advento do novo Código Civil de 2002, já alertava acerca das tendências do direito civil contemporâneo, no que tange à personalização do direito civil, no sentido da crescente importância da vida e da dignidade da pessoa humana, elevadas à categoria de direitos e de princípio fundamental da Constituição (Direito Civil - Introdução. 3ª Edição - Rio de Janeiro: Renovar, 2000, páginas 151-153).

Como decorrência, as normas acerca do concurso hereditário, seja qual for o regime de bens, consoante citado pelo acórdão do Recurso Especial 1.472.945, relator Ministro Villas Bôas Cueva, “se impõem como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário”, em virtude dos arts. 1655 e 426 do Código Civil de 2002, os quais vedam convenções sobre herança de pessoa viva (*pacta corvina*), inclusive por um pacto antenupcial. E exatamente por esta razão, complementa Giselda Hironaka que:

Pode-se concluir, então, no que respeita ao regime de bens reitor da vida patrimonial do casal, que o cônjuge supérstite participa por direito próprio dos bens comuns do casal, adquirindo a meação que já lhe cabia, mas que se encontrava em propriedade condominial dissolvida pela morte do outro componente do casal e herda, enquanto herdeiro preferencial, necessário, concorrente de primeira classe, uma quota parte dos bens exclusivos do

cônjuge falecido, sempre que não for obrigatória a separação completa de bens.

De outra feita, se concorrer na segunda, tirante a meação que lhe couber, herda não apenas fração dos bens particulares do *de cujus* como também fração dos bens comuns ao casal [...].²⁷

Uma alternativa *de lege ferenda* seria adotar um modelo parecido ao do Código Civil português, que no seu artigo 1700, 1, “a” e “b”, admite seja estipulado no pacto antenupcial a restrição do direito sucessório apenas aos cônjuges, excluídos os filhos unilaterais²⁸. Ou, de outro modo, a adoção de um instituto semelhante ao *patto di famiglia* do direito italiano (art. 768 *Codice Civile*)²⁹, que envolve um contrato por meio do qual o empresário transfere, em vida, no todo ou em parte, o controle ou participação de uma sociedade empresária da qual é titular a um ou a todos os seus descendentes.

5 DOS REGIMES DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA E SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS - SÚMULA 377 DO STF

O acórdão do Recurso Especial 1.472.945, relator Ministro Villas Bôas Cueva é merecedor de reflexões por diversos fatores, todavia em um tema específico ele prima de modo ímpar pelo método tão essencial à compreensão do Direito Privado.

Ao aludir à redação do inciso I do art. 1829 do Código Civil, o Ministro Relator apresenta as distinções entre a disciplina do regime da separação obrigatória de bens - dita legal - e o da separação convencional. Aduz o Relator que, enquanto a separação convencional é fruto da convenção entre os cônjuges por meio do pacto antenupcial, a separação obrigatória decorre de lei, em função de características particulares de um ou ambos os cônjuges, conforme preconiza o art. 1641 do Código Civil de 2002 (causas suspensivas, maior de 70 anos³⁰ e dependência de suprimento judicial).

Pelo regime da separação de bens em geral, cada cônjuge conserva em seu patrimônio pessoal os bens que possuía antes de se casar, e tal pressuposto se aplica tanto à separação convencional quanto à separação obrigatória ou legal. Em contraposição, as distinções entre ambos os regimes surgem quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, visto que incommunicáveis na separação convencional – da constância até a dissolução do casamento pelo divórcio, nulidade e anulação.

Por outro lado, por força do enunciado 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, estarão sujeitos à comunicabilidade na separação obrigatória ou legal, enquanto medida tendente a corrigir distorções pertinentes à imposição de um regime mais severo ao outro cônjuge. Segundo parte da doutrina, a edição do enunciado sumular 377 foi uma das primeiras

hipóteses de mutabilidade do regime de bens, que, a rigor, transformava-se numa espécie de comunhão parcial³¹.

Esta peculiaridade concebida pelo enunciado 377 da Súmula do STF decorre da circunstância de que o cônjuge casado pelo regime da separação obrigatória ou legal, em razão de alguma característica do outro, não poderia ter a sua situação patrimonial e sucessória agravada quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união. Com efeito, este acaba sendo o aspecto fulcral para a compreensão adequada do problema, embora a manutenção do regime de separação legal no Código Civil de 2002 tenha sido uma inegável tentativa de sepultar em definitivo as conquistas do enunciado sumular 377 do Supremo Tribunal Federal.

Outra consequência direta da distinção entre os dois regimes de bens ampara-se na necessidade de outorga conjugal para a alienar ou gravar bens imóveis. A teor do art. 1647 do CC 2002, a autorização do outro cônjuge será dispensada no regime da “separação absoluta”. Indaga-se: a qual dos regimes de separação aludiu o art. 1647?

O questionamento é deveras relevante, notadamente se for considerado que os arts. 235 e 242 do Código Civil de 1916 impunham a necessidade de autorização em ambas às hipóteses do regime de separação. No entanto, o Código Civil de 2002, ao admitir a dispensa de outorga conjugal para alienar ou gravar alguns bens, só poderia ter se referido ao regime da separação convencional, porquanto em virtude do enunciado 377 da Súmula do STF comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. E se há a comunicabilidade, nada mais razoável do que a imposição de outorga conjugal para alienar ou gravar de ônus determinados bens sob o regime de separação legal³².

A menção feita ao termo “separação obrigatória” pelo inciso I do art. 1829 do Código Civil somente poderia ter em mira o regime da separação legal do art. 1641 do Código Civil, pois, *a contrario sensu*, se envolvesse também a separação convencional, haveria uma completa falta de sincronia com o enunciado 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, por não tê-la mencionado.

Observa Rolf Madaleno que, “tirante o regime obrigatório, é facultado aos nubentes optarem pelo regime convencional da separação de bens, através do pacto antenupcial [...]”, numa clara demonstração de que os termos não podem ser compreendidos de forma indistinta³³.

Deste modo, impecável o acórdão quando assentou que “não é possível considerar incluída a separação convencional na expressão separação obrigatória [...]”, tal como defendia Miguel Reale³⁴. E este entendimento provém, também, do originário art. 258 do Código Civil

de 1916, que empregava o termo “obrigatório” apenas quando elencava as hipóteses em que era imposto o regime da separação legal de bens:

Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:

I. Das pessoas, que o celebrarem com infração do estatuído no art. 183, ns. XI a XVI (art. 216).

II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

III. Do órfão de pai e mãe, embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor, ou curador.

IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453).

Desse modo, recorrer ao termo “obrigatória”, para sustentar que tanto a separação convencional quanto a legal teriam conotação impositiva, aparenta ser um argumento falacioso. Não restam dúvidas de que não foi empregada a melhor técnica na redação do inciso I do art. 1829 do Código Civil, todavia, além da referência histórica de que a expressão “obrigatória” também foi utilizada pelo Código Civil de 1916 como sinônimo de separação legal, Orlando Gomes elimina qualquer incerteza que poderia existir a respeito:

Provém de duas fontes: a convenção e a lei. Algumas legislações têm-no como regime legal, mas cá entre nós é, de regra, facultativo. Necessário que os nubentes o instituem mediante pacto antenupcial. Em certas circunstâncias, porém, a lei o impõe. Diz-se que, nesse caso, é obrigatório, por ser exigido como sanção, ou por motivos de ordem pública³⁵.

A contrário da posição externada no Recurso Especial 992.749/MS, Relatora Ministra Nancy Andrigui, que intentou promover justiça no caso concreto, em detrimento do método e sistematicidade do Direito das Sucessões, observou o Ministro Relator que “não se deve ignorar que, em regra, a motivação do casamento é o afeto que une os cônjuges, além do desejo de constituição de um elo familiar comum”, de sorte que “é a comunhão de vida, a proximidade e a afeição que legitimam a sucessão mútua”.

É notório que, naquele julgamento, o Superior Tribunal de Justiça se afastou de seu mister constitucional de uniformizador da jurisprudência e guardião da legislação infraconstitucional, ao pretender julgar o caso em concreto e, a partir dele, numa contraposição ao método tópico, promover a dedução de uma norma abstrata, a despeito de um problema pouco representativo e universalizador.

6 DA INAPLICABILIDADE DO ART. 1829, I, DO CÓDIGO CIVIL E A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – SÚMULA VINCULANTE 10 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para efeito de negar aplicabilidade ao inciso I do art. 1829 do Código Civil 2002, tem se constatado um esforço hermenêutico que supera o método e os poderes conferidos ao juiz. E isto porque, a partir da interpretação do referido preceito normativo seria possível concluir que o legislador almejou restringir a exclusão do art. 1829 ao regime da separação obrigatória ou legal. O fundamental seria, aqui, recorrer à tópica, tal como analisada por Viehweg³⁶, visto que o modo de identificação das premissas em torno do problema influi de forma decisiva na ordenação de soluções

Deveras, até o método de interpretação sistemática, com o recurso a todos os elementos apresentados anteriormente, poderia ser invocado para resolver a questão. Acerca da pré-compreensão do fenômeno jurídico, assevera Larenz que “o texto só responde a quem o indaga corretamente”³⁷, o que pode ser perfeitamente complementado por Ortega y Gasset³⁸ quando adverte que compreender é, sobretudo, somar perspectivas, observar os diversos enfoques que o legislador almejou englobar.

A par destas observações, reiterados arestos e autores insistem em submeter ao jugo da expressão “separação obrigatória”, o regime da separação convencional, como subterfúgio à negativa de aplicabilidade do inciso I do art. 1829 do Código Civil 2002.

Com efeito, ao juiz não é dado o poder de discricionariamente não aplicar a lei; ou a aplica, ou a declara inconstitucional. Equivocado é o provimento jurisdicional que simplesmente recusa aplicabilidade a determinado ato normativo, sem a correspondente declaração de inconstitucionalidade, difusa e incidental, com ou sem redução de texto, observada a cláusula da reserva de plenário do artigo 97 da Constituição Federal e a súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal.

Adverte Pontes de Miranda³⁹ que “o juiz não tem o arbítrio de deitar de lado a questão constitucional, ou as questões constitucionais, que as partes ou os membros do Ministério Público levantarem”. No mesmo sentido, salutar o recurso à lição de Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, citado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes⁴⁰ segundo o qual “sempre que, legitimamente, o exame da constitucionalidade se apresente útil ou conveniente para a decisão da causa, não devem os tribunais fugir à tese”. Ao ensejo do julgamento do Recurso Extraordinário 179.170/CE, consignou o Ministro Moreira Alves, com sua notável percuciência, que “a declaração de inconstitucionalidade de norma *incidenter tantum*, e,

portanto, por meio do controle difuso de constitucionalidade, é o pressuposto para o Juiz, ou o Tribunal, no caso concreto, afastar a aplicação da norma tida como inconstitucional”⁴¹.

Embora não exista, a princípio, questão constitucional subjacente que autorize o entendimento de que o regime da separação convencional estaria dentre os excluídos pelo inciso I do art. 1829 do Código Civil 2002, em conjunto com a separação obrigatória ou legal, a controvérsia ganha esta perspectiva quando se nega aplicabilidade ao referido preceito.

A redação do inciso I do art. 1829 é extreme de dúvidas quanto à menção tão somente do regime da separação obrigatória ou legal. Para nela se considerar legitimamente identificado também o regime da separação convencional, ou se pronuncia a inconstitucionalidade da expressão “obrigatória” – se é que há fundamento constitucional para tanto -, ou o legislador promove uma alteração no texto para atender a vertente doutrinária⁴² e jurisprudencial que preconiza a subsistência da incomunicabilidade após a morte, conforme decidido no pacto antenupcial. Terceira via não há, sob pena de inobservância da cláusula da reserva de plenário do art. 97 da Constituição Federal e da súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal.

E talvez seja exatamente esta abordagem que tenha sido relegada a segundo plano pela doutrina e jurisprudência. Ao invés de se esmerar em malabarismos hermenêuticos para tentar atingir aquilo que deveria ser coerente com o regime da separação convencional de bens, o debate poderia ter se focado na tentativa de alteração legislativa.

Se a redação do art. 1829, inciso I, do Código Civil não guardava conformidade com a essência clássica e coerência interna do regime da separação convencional de bens – ainda que se ignore o propósito do Código Civil 2002 de elevar a proteção do cônjuge sobrevivente -, o caminho percorrido deveria ser o apontado por Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery, também citados no robusto voto divergente do Ministro Moura Ribeiro :

I: 16. Separação convencional. Crítica e sugestão ‘de lege ferenda’. O Código Civil fez uma escolha política: quis, como regra, instituir como herdeiro necessário o cônjuge sobrevivente. (...) De fato, a solução do Código Civil 1829 I não se coaduna com a finalidade institucional do regime jurídico da separação de bens no casamento. Manifestações da doutrina e do público em geral evidenciam, entretanto, que a vontade da lei não corresponderia à vontade geral com relação, principalmente, à condição de herdeiro dos casados sob o regime da separação convencional de bens. Destarte, fazemos sugestão para que a norma possa ser reformada, no sentido de excluir-se do Código Civil 1829 I a expressão ‘obrigatória’, bem como a remissão equivocada ao CC 1640 par. ún. Com isso, não concorreria com o

herdeiro descendente do morto o casado sob o regime da separação de bens, em qualquer de suas modalidades (separação obrigatória e separação convencional⁴³.

E a certeza de que a alteração legislativa seria a melhor solução advém de uma confissão feita logo em seguida pelo próprio Ministro Moura Ribeiro, quando afirma em seu voto divergente que “enquanto não houver a alteração legislativa, a melhor solução será interpretar o texto legal de acordo com o sistema jurídico estabelecido na Constituição Federal e no Código Civil”⁴⁴. No entanto, remanesce a questão sobre como seria possível, sem a atuação do legislador ou a pronúncia de inconstitucionalidade - observada a cláusula de reserva de plenário (*full bench*)⁴⁵ - , legitimamente interpretar o inciso I do art. 1829 para alterar a atual sistemática da sucessão legítima na separação convencional de bens.

7 CONCLUSÃO

O Recurso Especial 1.472.945, relator Ministro Villas Bôas Cueva contribuiu significativamente para restabelecer a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, considerada a sua condição de tribunal de precedentes, responsável pela uniformização em âmbito nacional.

Ao contrário do que fez transparecer segmento expressivo da doutrina e da jurisprudência, o tema atinente à condição de herdeiro necessário do cônjuge no regime de separação convencional de bens ainda está longe de uma solução cogente.

O embate está posto e é significativamente claro: de um lado os que pretendem fazer valer uma fórmula somente viável *de lege ferenda*, insuscetível de aplicação nos atuais moldes em que construído o inciso I do art. 1829 do Código Civil; de outro, os que partem da interpretação do aludido preceito e o conjugam com a atual condição do cônjuge sobrevivente.

Em linhas gerais, o confronto entre as duas vertentes atua em searas distintas – uma legislativa e outra hermenêutica - , de modo que a comparação entre ambas seria como, no dizer de Antonin Scalia, em *Bendix Autolite Corporation contra Midwesco Enterprises* questionar “se uma linha é mais *longa* do que uma pedra é *pesada*”⁴⁶.

De fato, a tentativa de conceber um modelo capaz de atender o desejo dos que pretendem a inclusão do regime de separação convencional de bens entre os excluídos da sucessão pelo inciso I do art. 1829 do Código Civil encontra limites de variadas ordens.

Destoa do aspecto histórico tanto em relação à terminologia empregada pelo Código Civil de 1916, quanto no tocante ao atual patamar de proteção do cônjuge. Ignora, ainda, o aspecto sistêmico da disciplina dos demais regimes de bens e a premissa em torno da

correlação cônjuge meeiro/cônjuge herdeiro quanto aos bens privados. Apega-se, por fim, a um argumento falacioso no sentido de que os filhos, na condição de herdeiros necessários, seriam prejudicados na concorrência com o cônjuge supérstite, como se tal fato não se verificasse em outras circunstâncias.

Como bem observa Alexandre Araújo Costa, “vivemos uma judicialização da Política, caracterizada por uma invasão judiciária de territórios que deveriam ser ocupados pelo Legislativo e pelo Executivo”⁴⁷. A discricionariedade judicial não deveria se contrapor à vontade do legislador, em especial quando em jogo a eleição de critérios, a salvaguarda de situações jurídicas e o redirecionamento de metaconceitos jurídicos.

Invariavelmente, o Ministro Villas Bôas empregou diversos fundamentos de elevada consistência jurídica para tentar superar o posicionamento anteriormente firmado no Recurso Especial 992.749/MS, Relatora Ministra Nancy Andrigui. No contexto apontado, ideal seria que o Superior Tribunal de Justiça permaneça fiel ao posicionamento ora analisado, sem prejuízo de que sejam buscados os meios legitimamente democráticos para realizar as devidas adequações legislativas no inciso I do art. 1829 do Código Civil 2002.

8 BIBLIOGRAFIA

ARGENTINA. Código Civil. Disponível em: <http://www.nuevocodigocivil.com/>. Acesso em: 2 de abril de 2015.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Vol. VI. 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 377. Brasília, 3 de abril de 1964.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. III Jornadas de Direito Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em: 19 de março de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 992.749/MS. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrigui. Brasília, 1º de dezembro de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.472.945/RJ. Terceira Turma. Relator: Ministro Villas Bôas Cueva. Brasília, 19 de novembro de 2014.

BRASIL. Código Civil. 2002. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 23 de março de 2015.

BRASIL. Código Civil. 1916. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 23 de março de 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil. 1973. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 26 de março de 2015.

COSTA, Alexandre Araújo. **Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, 2013. Disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2448>. Acesso em: 26 de março de 2015.

DE RUGGIERO, Roberto. **Instituições de direito civil**. Vol. III. 3. ed. Trad. Antônio Chaves e Fábio Maria de Mattia. São Paulo: Saraiva, 1973.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 1988. **Bendix Autolite Corp. vs. Midwesco Enterprises**. 486, 888. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/486/888/>. Acesso em 2 de abril de 2015)

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HIRONAKA, Giselda M. F. N. **Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Orgs.). **Novo código civil: questões controvertidas**. Vol. 1. São Paulo: Método, 2004.

ITÁLIA. Código Civil. 1948. Disponível em: <http://www.nuevocodigocivil.com/>. Acesso em: 20 de março de 2015.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil**. Vol. XXI. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MADALENO, Rolf. **Do regime de bens**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Orgs.). **Direito de família e o novo código civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey e IBDFAM, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos editor, 1999.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo VI. São Paulo: Forense, 1975.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ORTEGA y GASSET, José. **Verdad y perspectiva**. In: **El espectador. Obras completas**. Tomo II. Madrid: Revista de Occidente, 1963.

PORTUGAL. Código Civil. 1966. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf. Acesso em: 25 de março de 2015.

ROCHA, Maria Vital da; SANTOS, Manuela Sales. O regime matrimonial de separação convencional de bens: implicações no direito sucessório. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f0bf4a2da9525289>. Acesso em: 4 de abril de 2015.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **História do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. O cônjuge no novo código civil. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 12 de abril de 2003, Editorial.

ROCHA, Maria Vital da; SANTOS, Manuela Sales. O regime matrimonial de separação convencional de bens: implicações no direito sucessório. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f0bf4a2da9525289>. Acesso em: 4 de abril de 2015.

SANTOS, Ulderico Pires dos. **Sucessão hereditária: doutrina, jurisprudência e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: UnB, 1979.

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.472.945/RJ. Terceira Turma. Relator: Ministro Villas Bôas Cueva. Brasília, 19 de novembro de 2014.

² BRASIL. Código Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 23 de março de 2015.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.111.095/RJ, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Relator para acórdão Ministro Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Brasília 11 de fevereiro de 2010.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 992.749/MS. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 1º de dezembro de 2009.

⁵ No XXI Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em 31 de outubro de 2012, em Niterói-RJ, foi apresentado artigo com temática semelhante, porém com posicionamento em sentido oposto, a partir da análise do Recurso Especial Recurso Especial n. 992.749/MS, relatora Ministra Nancy Andrighi. (ROCHA, Maria Vital da; SANTOS, Manuela Sales. **O regime matrimonial de separação convencional de bens: implicações no direito sucessório**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f0bf4a2da9525289>. Acesso em: 4 de abril de 2015).

⁶ REALE, Miguel. **História do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 230.

⁷ HIRONAKA, Giselda M. F. N. **Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Orgs.). **Novo código civil: questões controvertidas**. Vol. 1. São Paulo: Método, 2004, p. 436.

⁸ A morte que importa no fim do casamento será tanto a real quanto a presumida, com ou sem declaração de ausência, a teor do parágrafo único do art. 1571 do Código Civil de 2002. Merece particular relevo a configuração de uma hipótese de morte presumida, precedida de declaração de ausência, em que após o prazo de um ano será realizada a abertura da sucessão provisória e, posteriormente, ultimada a sucessão definitiva. Observe-se que no curso da arrecadação dos bens pela ausência, o regime de bens do casal – definido ou não em pacto antenupcial - terá expressiva influência, mormente se o cônjuge desempenhar o papel de curador.

⁹ REALE, Miguel. O cônjuge no novo código civil. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 12 de abril de 2003, Editorial.

¹⁰ REALE, Miguel. **Estudos preliminares do código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 63.

¹¹ Viehweg menciona ser a autonomia privada um dos principais *topói* do Direito Civil. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: UnB, 1979, p. 91.

¹² ARGENTINA. Código Civil. Disponível em: <http://www.nuevocodigocivil.com/>. Acesso em: 2 de abril de 2015.

¹³ Influenciado por Reale, o Deputado Federal Max Rosenmann (PMDB/PR) apresentou o PL n. 1792/2007, que almejava excluir o cônjuge sobrevivente da condição de herdeiro necessário, se casado com o falecido no regime de separação de bens, obrigatório ou convencional, mediante supressão da expressão “obrigatória”. O projeto de lei, no entanto, foi arquivado. De se observar que, posteriormente, a Deputada Federal Janete Pietá (PT/SP) apresentou o PL 1.878/2001, com o intuito de promover alteração no inciso I do art. 1829 do Código Civil, todavia apenas para explicar que o cônjuge sobrevivente, em regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes somente em relação aos bens particulares. Ou seja, nada mencionou a respeito do termo “separação obrigatória”; ao contrário, o repetiu. O PL foi arquivado pelo encerramento da legislatura em 2014.

¹⁴ BRASIL. Código Civil. 1916. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 23 de março de 2015.

¹⁵ HIRONAKA, Giselda M. F. N. **Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Orgs.). **Novo código civil: questões controvertidas**. Vol. 1. São Paulo: Método, 2004, p. 435.

¹⁶ Uma das possibilidades de graduação do regime de bens seria a superveniência de filhos, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 377. Brasília, 3 de abril de 1964.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 992.749/MS. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 1º de dezembro de 2009.

¹⁹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. III Jornadas de Direito Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em: 19 de março de 2015.

²⁰ ITÁLIA. Código Civil. 1948. Disponível em: <http://www.nuevocodigocivil.com/>. Acesso em: 20 de março de 2015.

-
- ²¹ BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Vol. VI. 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953, pp. 59-60.
- ²² DE RUGGIERO, Roberto. **Instituições de direito civil**. Vol. III. 3. ed. Trad. Antônio Chaves e Fábio Maria de Mattia. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 497.
- ²³ BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Vol. VI. 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953, p. 71.
- ²⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. 1973 Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 26 de março de 2015.
- ²⁵ SANTOS, Ulderico Pires dos. **Sucessão hereditária: doutrina, jurisprudência e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 45.
- ²⁶ A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.135.354/PB, Relator para acórdão Ministro Teori Zavascki, não conheceu do incidente de inconstitucionalidade suscitado em relação ao art. 1790 do Código Civil de 2002, no que contemplava a sucessão do companheiro. Sem prejuízo, o Supremo Tribunal Federal tem sido instado a se manifestar em diversas reclamações constitucionais contra acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, que têm pronunciado a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, sem a observância da cláusula de reserva de Plenário e da súmula vinculante 10 do STF. Cf. Reclamação 18.896/SP, Relator Ministro Roberto Barroso, DJe. 03.11.2014; Reclamação 10.813/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe. 22.03.2011. Há ainda o RE 656.721/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, cuja repercussão geral foi reconhecida.
- ²⁷ HIRONAKA, Giselda M. F. N. **Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Orgs.). **Novo código civil: questões controvertidas**. Vol. 1. São Paulo: Método, 2004, p. 436.
- ²⁸ Artigo 1700 (Disposições por morte consideradas lícitas) 1. A convenção antenupcial pode conter: a) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de qualquer dos esposados, feita pelo outro esposado ou por terceiro nos termos prescritos nos lugares respectivos; b) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de terceiro, feita por qualquer dos esposados. PORTUGAL. Código Civil. 1966. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf. Acesso em: 25 de março de 2015.
- ²⁹ Art. 768-bis. Nozione. È patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti (Legge 14 febbraio 2006, n. 55). ITÁLIA. Código Civil. 1948. Disponível em: <http://www.nuevocodigocivil.com/>. Acesso em: 20 de março de 2015.
- ³⁰ O enunciado 261 das III Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF) admite seja inaplicado o artigo caso exista união estável anterior ao casamento de idoso de 70 anos. Em relação à imposição do inciso II do art. 1641, há uma série de posicionamentos mediante os quais se declara a inconstitucionalidade incidental do artigo por força de não observar a igualdade e dignidade de idosos de 70 anos. Vários julgados têm pronunciado a inconstitucionalidade incidental e difusa deste inciso, sob o pressuposto de que a imposição do regime de separação obrigatória por força da idade não observa a ideia de proporcionalidade.

-
- ³¹ MADALENO, Rolf. **Do regime de bens**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Orgs.). **Direito de família e o novo código civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey e IBDFAM, 2003, pp. 197-198. A outra modalidade de alteração do regime de bens foi prevista no art. 45 da Lei 6.515/77
- ³² REsp n. 1.163.074, Relator Ministro Massami Uyeda, DJe 4.02.2010; REsp 1.199.790/MG, Relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), DJe 02.02.2011.
- ³³ MADALENO, Rolf. **Do regime de bens**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Orgs.). **Direito de família e o novo código civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey e IBDFAM, 2003, p. 223.
- ³⁴ REALE, Miguel. **Estudos preliminares do código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 63.
- ³⁵ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 200.
- ³⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: UnB, 1979, p. 43.
- ³⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 441.
- ³⁸ ORTEGA y GASSET, José. **Verdad y perspectiva**. In: **El espectador. Obras completas**. Tomo II. Madrid: Revista de Occidente, 1963, pp.18-19.
- ³⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo VI. São Paulo: Forense, 1975, pp. 55-56.
- ⁴⁰ *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos editor, 1999, p. 373.
- ⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 179.170, Relator Ministro Moreira Alves. Primeira Turma. Brasília, 30 de outubro de 1998.
- ⁴² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil**. Vol. XXI. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 276.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 844.
- ⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.472.945/RJ. Terceira Turma. Relator: Ministro Villas Bôas Cueva. Brasília, 19 de novembro de 2014.
- ⁴⁵ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 96.
- ⁴⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 1988. **Bendix Autolite Corp. vs. Midwesco Enterprises**. 486, 888. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/486/888/>. Acesso em 2 de abril de 2015). No original: “It is more like judging whether a particular line is longer than a particular rock is heavy”.
- ⁴⁷ COSTA, Alexandre Araújo. **Judiciário e interpretação: entre Direito e Política**. Pensar - Revista de Ciências Jurídicas, 2013. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2448>>. Acesso em: 26 de março de 2015, p. 10.