

# O QUE REVELAM OS JULGADOS QUE TRATAM DA CONDIÇÃO DE HERDEIRO DO CÔNJUGE EM REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS: COMENTÁRIOS AO AGRG NA MC 23.242-RS OU COMENTÁRIOS TARDIOS AO RESP Nº 992.749-MS

What Reveals the Trial Concerning Hereditary Rights of People Married under the Separation of Property Regime: Late Comments on RESP nº 992.749-MS (STJ)

**Thaís Fernanda Tenório Sêco**

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora Assistente de Direito Civil do Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras.

**Fellipe Guerra David Reis**

Mestre em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Especialista em Empresa, Relações de Trabalho e Inovações pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Professor Assistente de Direito Empresarial do Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras.

---

**Resumo:** Por cinco anos, a jurisprudência faria crer que, no Brasil, a pessoa casada sob o regime de separação convencional de bens não faz jus à herança. Um único precedente do STJ influenciou os Tribunais de instâncias inferiores, resultando na perda de direitos de pelo menos dezenas de viúvas e viúvos. O trabalho propõe-se a investigar as causas desse fenômeno, relacionando-as ao estado atual do direito civil e da teoria geral do direito. Tendo-se que o fenômeno não se mostra isolado, mas sintomático de alguns dos principais desafios do direito atual, sua compreensão pode ser um passo na construção de um sistema jurídico realmente apto a promover uma sociedade livre, justa e solidária.

**Palavras-chave:** Sucessão. Legalidade. Jurisprudência. Teoria dos precedentes.

**Abstract:** For five years, in Brazil, jurisprudence made believe that people married under the separation of property regime has no right to receive heritage. One only – and mistaken – precedent from the Brazilian Superior Tribunal of Justice (STJ) affected all the inferior jurisdictions, resulting in the loss of rights for dozens of widows and widowers. The work seeks to investigate the causes of this phenomenon and relate it with the actual state of civil and theory of law, so that we can build a system of effective justice.

**Keywords:** Succession. Legality. Jurisprudence. Precedents theory.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** A intermitência: o tempo em que o cônjuge casado em regime de separação convencional não tinha direito à herança – **3** As viúvas e os viúvos do Resp – **4** Um balanço sobre argumentos e razões do REsp nº 992.749-MS – **5** O erro de categoria – **6** O problema final: o papel do juiz – **7** Conclusão

*O bater das asas de uma borboleta no Brasil  
provoca um tornado no Texas?*

(Edward Lorenz)

## 1 Introdução

Durou pouco mais de cinco anos o tempo em que o cônjuge casado no regime de separação de bens não tinha direito à herança. Começou em 2009 em virtude do resultado do julgado no REsp nº 992.749-MS, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ),<sup>1</sup> o qual foi confirmado pelo julgado do REsp nº 1.111.095-RJ da Quarta Turma,<sup>2</sup> tudo a dar ares de pacificação de um novo entendimento.

Em 2014, chegou ao Tribunal novo recurso, o REsp nº 1.346.324-SP, que sequer analisava a matéria, mas no qual houve ensejo de se retomar a discussão, dado que o voto da Relatora Min. Nancy Andrighi baseava-se precisamente naquele entendimento que ela articulava no REsp nº 992.749-MS. Entretanto, foi somente no REsp nº 1.472.945-RJ em que uma viúva que fora casada em separação convencional de bens teria, finalmente, o seu direito à herança novamente reconhecido.

Claro que seria precipitado dizer que esses novos julgados de 2014, ambos da Terceira Turma, seriam os “certos” e que, portanto, os subsequentes deveriam acompanhá-lo. Está óbvio que a mera existência de um precedente não deveria ser tomada como razão suficiente para se assumir que ele expressa corretamente o direito que deveria ser aplicado, mas sim o conteúdo de sua fundamentação em confronto com a lei e mesmo com a doutrina. No perfil estritamente jurisprudencial da questão, entretanto, o posicionamento favorável ao direito de herança do cônjuge casado em separação convencional de bens voltou a ser afirmado em

<sup>1</sup> STJ, 3ª T., REsp nº 992.749-MS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julg. 1º.02.2009.

<sup>2</sup> STJ, 4ª T., REsp nº 1.111.095-RJ, Relator Juiz Federal Convocado Carlos Fernandes Mathias, julg. 1º.10.2009.

novo julgado da Terceira Turma, naquele mesmo ano, no REsp nº 1.430.763, o que poderia ser indicativo de uma reversão do entendimento sobre a questão.<sup>3</sup>

A princípio, isso não se confirmou. No julgamento do AgRg na MC 23.242-RS, da Quarta Turma, negou-se novamente o direito de uma viúva à herança de seu falecido com que fora casada em separação convencional de bens, tendo por base, mais uma vez, estritamente os precedentes dos REsp nº 992.749-MS e 1.111.095-RJ, e afirmando que a negativa de direito à herança do cônjuge casado nesse regime é entendimento pacificado no Tribunal – a despeito dos outros três precedentes em sentido contrário, todos da Terceira Turma, que o antecederam.<sup>4</sup>

O AgRg na MC 23.242-RS também não foi a última palavra do STJ sobre o assunto. Ao longo do ano de 2015, outros julgados posteriores tornaram a afirmar o direito à herança no regime de separação convencional de bens.<sup>5</sup> Em especial, o REsp nº 1.472.945-RJ, já mencionado, foi alvo de Embargos de Divergência muito oportunos, porque convinha a análise da questão pela Corte Especial. Entretanto, o EREsp foi rejeitado em decisão monocrática do Min. Antonio Carlos Ferreira, que não reconheceu haver divergência no Tribunal quanto à questão, tendo por pacificada a posição afirmativa do direito à herança. Agravada a decisão, a Corte Especial a manteve com base no mesmo entendimento – igualmente equivocada – dado que, como está claro, a questão mostra-se distante de qualquer pacificação.

Enquanto há fundadas razões para crer que o entendimento do Tribunal dirigi-se-á (corretamente) para o sentido afirmativo do direito à herança do cônjuge casado em separação convencional de bens, nos “andares de baixo” vigora a instabilidade, a incerteza, a insegurança, a contingencialidade, dando razões para levar muito a sério a questão filosófica um tanto fundamental que indaga: o que, afinal, torna o sistema jurídico algo mais adequado à resolução de conflitos do que um simples jogo de azar?

Para entender o problema – tomando-o como algo que infelizmente não é um caso isolado na prática brasileira, mas um fenômeno sintomático de como teóricos e aplicadores do direito têm se portado com relação à ciência jurídica e principalmente com relação à pergunta bem fundamental sobre “qual é o direito”, que por vezes tem sido ainda mais desafiadora do que a pergunta sobre “o que é direito” –, o presente trabalho presta-se a investigar as suas causas e discuti-las.

<sup>3</sup> STJ, 3ª T., REsp nº 1.430.763, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julg. 13.11.2014.

<sup>4</sup> STJ, 4ª T., AgRg na MC 23.242-RS, Relator Ministro Marco Buzzi, julg. 03.02.2015.

<sup>5</sup> STJ, 2ª S., REsp nº 1.382.170-SP, Relator Ministro Moura Ribeiro, julg. 22.04.2015; STJ, 2ª S., EREsp nº 1.472.945-RJ, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, julg. 27.05.2015; STJ, 2ª S., AgRg no EREsp nº 1.472.945-RJ, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, julg. 24.06.2015; STJ, 3ª T., AgRg no REsp nº 1.334.340-MG, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julg. 17.09.2015; STJ, 3ª T., REsp nº 1.294.404-RS, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 20.10.2015.

Acredita-se que o que é revelado pelo julgado do REsp nº 992.749-MS – o bater de asas de borboleta – e do AgRg na MC 23.232-RS – um novo bater de asas que revigorou o tornado – depende do quanto se aprofunda a reflexão sobre eles, muito embora o comprometimento metodológico possa conter a revelação de parte do que parece subjacente, mas do que dificilmente se pode ter certeza. A proposta do trabalho é, antes de tudo, falar a respeito do que os julgados revelam de forma metodologicamente comprometida, valendo-se inicialmente de uma metodologia jurídico-descritiva e, após, de raciocínios indutivo-dedutivos, para que seja possível dar vazão ao debate não só no primeiro, mas também no segundo e no terceiro nível de profundidade.

A primeira camada de aprofundamento é precisamente essa que trata da sucessão do cônjuge casado em separação convencional de bens, e que já tem sido bastante discutida. A segunda camada, entretanto, é reveladora, na verdade, de um inconformismo com a rigidez do sistema de planejamento sucessório brasileiro. Na terceira camada é que se coloca o questionamento a respeito do porquê de se ter direcionado a questão para o efeito sucessório do casamento em separação convencional de bens, em vez de se indicar precisamente o que seria o verdadeiro problema que, pelos rumos tomados pela discussão a partir das novidades jurídicas dos julgados, permaneceria oculto.

Relatadas, por alto, as idas e vindas da questão no STJ, passar-se-á a uma discussão um pouco mais detalhada sobre as razões sustentadas nos diversos precedentes que trataram do assunto desde o REsp nº 992.749-MS.

## **2 A intermitência: o tempo em que o cônjuge casado em regime de separação convencional não tinha direito à herança**

Ivan F. de S. fora casado com F. A. de S. por muitos anos, vindo da união o nascimento de dois filhos. Findou-se o relacionamento, entretanto, com a trágica morte da esposa em acidente de carro no ano de 1999. Em março de 2005, aos 51 anos, Ivan casou-se novamente com Paula R. de S., que, à época, contava com 21 anos. O regime era o da separação convencional de bens. O falecimento de Ivan deu-se com menos de um ano de casamento, no mês de outubro, e Paula pretendeu sua habilitação no inventário, ao que os filhos de Ivan resistiram.

Em caso bem diferente, casaram-se Mercedes M. S. M. e Paulo M. F. no ano de 1950, sob o mesmo regime da separação convencional de bens. Em junho de 2001, Paulo realizou testamento em que destinava a totalidade de sua herança ao sobrinho Aloysio M. T. F., vindo a falecer em maio de 2004. Em inventário, a

viúva nada opôs à destinação dos bens ao sobrinho, vindo a falecer, entretanto, em setembro daquele mesmo ano, mas deixando como herdeiros outros onze sobrinhos seus que requereram no espólio de seu finado marido a habilitação da falecida Mercedes como herdeira de Paulo e em concorrência com Aloysio.

Tais foram os quadros analisados no Superior Tribunal de Justiça nos dois precedentes julgados, em que se assentou que o regime de separação convencional de bens afasta a condição do cônjuge de herdeiro necessário. O primeiro deles diz respeito ao REsp nº 992.749-MS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi;<sup>6</sup> o segundo, ao REsp nº 1.111.095-RJ, que veio confirmar e fortalecer o primeiro, indicando-o como precedente a aplicar.<sup>7</sup>

Como foi dito, ainda em 2009, a confirmação do precedente da Terceira Turma pela Quarta de forma quase simultânea dava ares de revisão do entendimento a respeito do direito das sucessões, o que foi recebido com evidente resistência no meio doutrinário. Os protestos eram contra a quebra dos termos do texto do art. 1.829, inc. I, do Código Civil,<sup>8</sup> reivindicando-se a aplicação do sentido “exato” do dispositivo, que, por sua vez, nunca se mostrou realmente claro nos seus termos.<sup>9</sup>

Em especial, certa interpretação do dispositivo, já não com relação ao regime da separação convencional, mas sim da comunhão parcial, foi responsável por considerável aporte de controvérsias em torno de sua interpretação. Maria Berenice Dias fizera um círculo em volta do “ponto-e-vírgula” contido no texto do inciso para argumentar que ele denotava, na verdade, regulamento muito diverso do que normalmente se lhe atribuíra:

Fazendo uso da expressão “salvo se” [o legislador] exclui a concorrência quando o regime do casamento é o da comunhão universal e quando o regime é o da separação obrigatória. Ao depois, é usado o sinal de pontuação ponto-e-vírgula, que tem por finalidade estabelecer um seccionamento entre duas idéias. Assim, imperioso reconhecer que a

<sup>6</sup> STJ, 3ª T., REsp nº 992.749-MS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julg. 1º.02.2009.

<sup>7</sup> STJ, 4ª T., REsp nº 1.111.095-RJ, Relator Juiz Federal Convocado Carlos Fernandes Mathias, julg. 1º.10.2009.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Giselda Hironaka avalia que o dispositivo: “Tem dado azo à doutrina e às decisões judiciais, nestes anos de vigência da lei nova, a díspares posicionamentos, situação altamente constrangedora da segurança jurídica e responsável pela diversidade de aplicação de resultados, o que não pode ser considerado, de modo algum, como circunstância que não mereça, urgentemente, de ser revista pelo legislador nacional” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 365).

parte final da norma regula o direito concorrente quando o regime é o da comunhão parcial. Aqui abre a lei duas hipóteses, a depender da existência ou não de bens particulares. De forma clara diz o texto: no regime da comunhão parcial, há a concorrência “se” o autor da herança não houver deixado bens particulares. *A contrario sensu*, se deixou bens exclusivos, o cônjuge não concorrerá com os descendentes.<sup>10</sup>

Tal interpretação, que se coloca como gramatical, restaria fortalecida por uma *mens legislatoris*, dado que, como resgata a autora, Miguel Reale acenara para esse entendimento em artigo de opinião publicado no jornal *O Estado de São Paulo* em 2003.<sup>11</sup> Segue a autora:

Segundo justifica Miguel Reale, o cônjuge foi elevado à categoria de herdeiro concorrente porque, com o advento da Lei do Divórcio, o regime da comunhão de bens passou a ser parcial, e havia o risco de o cônjuge sobrevivente, sobretudo quando desprovido de recursos, nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo a herança por inteiro aos descendentes e aos ascendentes.<sup>12</sup>

Em verdade, a asserção de Miguel Reale não interfere tanto no regime da comunhão parcial de bens, objeto da investida de Maria Berenice Dias. A intenção de Reale era que sua articulação influenciasse precisamente a compreensão do regime da separação convencional de bens, tendo sido por isso mesmo resgatado pela Min. Nancy Andrighi em seu voto do REsp nº 992.749-MS, em que citou igualmente a tese do “ponto-e-vírgula”, ampliando-a para sustentar que o direito sucessório do cônjuge recai de qualquer forma e sempre sobre os mesmos bens em que há meação.

Vigora, sobretudo, a tese de Miguel Reale segundo a qual a “separação obrigatória” seria gênero do qual a “separação legal” e a “separação convencional” seriam espécies, já que em ambos os casos os cônjuges “estão obrigados” a aceitar a incomunicabilidade de seus bens, estabelecendo que entendimento diverso significaria o “esvaziamento” do regime da separação convencional.

<sup>10</sup> DIAS, Maria Berenice. *Ponto e vírgula*. Disponível em: <www.mbdias.com.br>. Acesso em: 31.01.2015. Há já precedente do STJ rejeitando tal posicionamento também quanto ao regime da comunhão parcial de bens no REsp 1.368.123-SP, 3ª T., Relator Ministro Sidnei Beneti, julg. 22.04.2015. Nesse julgado, não obstante, a Min. Nancy Andrighi manteve seu posicionamento dissidente favorável ao entendimento da doutrinadora.

<sup>11</sup> REALE, Miguel. O cônjuge no novo Código Civil. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 12 abr. 2003.

<sup>12</sup> Cf. DIAS, Maria Berenice. *Ponto e vírgula*, op. cit.

O precedente foi mencionado no julgado do REsp nº 1.111.095-RJ, dando-lhe o mesmo desfecho, no caso, para afastar o direito dos sobrinhos de Mercedes M. S.

Chegou também a ser mencionado mais tarde no REsp nº 689.703-AM em que, no entanto, a matéria discutida não dependia realmente daquele entendimento.<sup>13</sup>

Já no REsp nº 1.346.324-SP, em que se traduziu a primeira amostra de reversão do entendimento, a matéria discutida era, na verdade, o dever de a viúva casada em separação convencional de bens trazer à colação doação recebida do marido anteriormente à vigência da lei que elevava o cônjuge à condição de herdeiro. A Ministra Nancy Andriahi, que foi novamente a relatora, manifestou-se no sentido de que não haveria o dever de colação porque, na linha do que fora assentado no REsp nº 992.749-MS, o cônjuge casado nesse regime não é herdeiro, e somente herdeiros têm dever de colação em contratos de doação.<sup>14</sup>

Foi nessa ocasião que o Min. João Otávio de Noronha insurgiu-se contra aquele entendimento, assegurando que, na esteira do art. 1.845 do Código Civil, o cônjuge, independentemente do regime de bens, é, sim, herdeiro necessário. A isso em nada alteraria o decidido no REsp nº 992.749-MS, antes de tudo porque o regime de bens, embora interfira na concorrência com descendentes, em nada interfere na concorrência com ascendentes e menos ainda na possibilidade de ser o cônjuge o único herdeiro na falta destes ou daqueles. Mas pontuou também a sua discordância com o posicionamento assentado no REsp nº 992.749-MS, mencionando as críticas doutrinárias em face do que foi ali decidido, com destaque para as importantes considerações de Zeno Veloso.<sup>15</sup> Afirmou que não há um gênero “separação obrigatória” para o qual a “separação legal” e a “separação convencional” são espécies; para o gênero “separação de bens” é que existem as espécies “separação obrigatória” e “separação convencional”, as quais não se confundem entre si e, em tudo, foi acompanhado pelo Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Com o REsp nº 1.346.324-SP, então, atenuaram-se os efeitos do REsp nº 992.749-MS, gerando ao menos uma controvérsia jurisprudencial em que já se anunciava haver entendimento pacificado.

<sup>13</sup> STJ, 4ª T., REsp nº 689.703-AM, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julg. 20.04.2010.

<sup>14</sup> Isso muito embora afirmasse também que, já tendo sido decidido naquele processo que a viúva herdaria, a questão fazia-se preclusa e não poderia voltar a ser analisada. A decisão de mérito daquele julgado, então, teria se baseado em um argumento abstrato de coerência, dispensando a necessidade de coerência em concreto. No caso, se fosse correta a tese de que aquela viúva não tinha direito à herança, posto que naquele caso, em razão da preclusão da matéria ela herdaria, seria, então, necessário que a ela se aplicasse a completude do regime que incide sobre o cônjuge herdeiro. Cf. STJ, 3ª T., REsp nº 1.346.324-SP, Ministra Relatora Nancy Andriahi, julg. 19.08.2014.

<sup>15</sup> VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

No julgado do REsp nº 1.472.945-RJ, de relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, o entendimento foi novamente afirmado na Terceira Turma, para finalmente reconhecer a condição de herdeira a uma viúva que fora casada sob o regime de separação convencional.<sup>16</sup> Esse foi o Recurso Especial que gerou os Embargos de Divergência rejeitados em decisão monocrática ao argumento de que não havia controvérsia jurisprudencial a ser analisada, o qual foi reafirmado pela Corte Especial em Agravo Regimental.

O AgRg na MC 23.242-RS, como dito, foi a recaída. Curioso quanto a esse julgado é que nele a concorrência não se dá entre o viúvo e algum descendente, como é a hipótese restrita do art. 1.829, inc. I, do Código Civil, mas de concorrência do cônjuge com a irmã da falecida.

Vale lembrar que a ordem de sucessão hereditária defere-se primeiro aos descendentes em concorrência com o cônjuge. A essa hipótese estrita de concorrência do cônjuge com os descendentes é que se refere o inc. I, do art. 1.829, cuja interpretação é alvo de toda a controvérsia jurisprudencial aqui exposta. Nesse inciso, em que se trata da concorrência *com descendentes*, é que são encontrados regulamentos especiais relativos à divisão de bens conforme o regime de casamento. É nesse inciso que se encontra o “ponto-e-vírgula” tão fundamental na tese de Maria Berenice Dias e é a esse inciso que se refere Miguel Reale em seu posicionamento acatado pela Min. Nancy Andrighi, ou seja, toda a controvérsia está, ou estava, na verdade, em torno da herança do cônjuge casado em separação convencional de bens *em concorrência com os descendentes do autor da herança*. No inc. II, que não é, ou não era, objeto da controvérsia, é que se tem a previsão da concorrência entre o cônjuge e os ascendentes e, neste caso, não há quaisquer observações sobre diferenças de distribuição de quinhões a partir dos regimes de bens do casamento. No inc. III, há previsão de sucessão exclusiva do cônjuge na ausência de descendentes ou ascendentes, igualmente sem quaisquer observações sobre alguma diferenciação quanto ao regime de bens, conforme reafirmado no art. 1.838 do Código Civil, igualmente sem observações relativas ao regime de bens. Somente no inc. IV é que se prevê a sucessão pelos colaterais, a qual se defere somente na ausência de descendentes, ascendentes e cônjuge, nos termos do art. 1.839.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> STJ, 3ª T., REsp nº 1.472.954-RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 23.10.2014.

<sup>17</sup> Desde 1907, com a Lei Feliciano Pena – Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907, – o cônjuge precede os colaterais na ordem de vocação hereditária. A referida “lei”, seguida parcialmente pelo Código Civil de 1916, alterou o Título XCIV, do Livro IV das Ordenações Filipinas, que estipulava a preferência dos colaterais até o 10º (décimo) grau sobre o cônjuge, além de limitar o parentesco transversal até o sexto grau. Diz o artigo 1º da referida: “Art. 1º Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão ab intestato ao conjuge sobrevivente, si ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos collateraes até ao sexto grão por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Distrito Federal,

A isso se referia o Min. João Octávio de Noronha em sua insurgência contida no REsp nº 1.346.324-SP, realçando os termos do art. 1.845 do Código Civil: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

O que se estabeleceu no AgRg da MC 23.242-RS é entendimento que extrapola em muito o próprio precedente em que se baseia. No caso, o agravo foi interposto pelo viúvo contra decisão que concedia o efeito suspensivo no REsp nº 1.466.647-RS, pendente de julgamento, em favor da irmã. O *periculum in mora* foi reconhecido no sentido de que, de outra forma, o viúvo poderia dispor dos bens da herança, enquanto o recurso não fosse julgado, prejudicando o interesse recursal da agravante – a irmã. O *fumus boni juris* é que foi reconhecido exclusivamente com base nos REsp nº 992.749-MS e 1.111.095-RJ, afirmando que ali estaria pacificado que o cônjuge em separação convencional de bens não é herdeiro necessário.

Mas, a teor do relatório, não parece disso se tratar a controvérsia. Não há testamento retirando do viúvo alguma herança para ter que reivindicar a condição de herdeiro *necessário* a que tem direito, mas da qual não precisa, ao menos nesse caso. A questão diz respeito a haver ou não direito do cônjuge à herança, quando não há descendentes nem ascendentes a suceder, termos muito claros do art. 1.838 do Código Civil. A questão é que nesse julgado nega-se ao cônjuge em separação de bens a condição de herdeiro *in totum*, e tendo por base o REsp nº 992.749-MS que isso nunca afirmou.

Marcada, no entanto, a clara tendência afirmativa do direito à herança do cônjuge em separação convencional de bens, tendo em vista o que foi decidido nos julgados que se seguiram a este do AgRg na MC nº 23.242-RS, é fundamental avaliar como repercutiu essa controvérsia nas instâncias inferiores para que se possa alcançar à frente a terceira camada de aprofundamento da reflexão.

### 3 As viúvas e os viúvos do REsp

Se no STJ verificou-se um tal estado de instabilidade jurídica a partir do REsp nº 992.749-MS, qual não terá sido a confusão nas instâncias ordinárias?

Por tanta confusão instaurada a partir desse julgado é que, com notável entusiasmo, Zeno Veloso elogiou o julgado do Agravo de Instrumento nº 1.024.749-5, do Tribunal de Justiça do Paraná, de Relatoria da Desembargadora Rosana

---

si o de cujus for domiciliado nas respectivas circumscrições, ou á União, si tiver o domicilio em territorio não incorporado a qualquer dellas” (BRASIL, Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 17.02.2016).

Amara Girardi Fachin,<sup>18</sup> que foi interposto contra decisão da primeira instância da Comarca de Ponta Grossa.<sup>19</sup> A decisão agravada excluía Luciana D., viúva de Vilson L., da sucessão de seu falecido marido a pedido das filhas deste que eram fruto de casamento anterior, tudo com base no precedente do REsp nº 992.749-MS.

Pretendeu-se o tratamento conforme o que fora decidido no julgado do Tribunal Superior com base no fato de que Luciana D. também havia se casado no regime de separação convencional de bens. O casamento durou pelo menos dez anos e dele foi gerada uma filha que, tal qual a mãe, vivia sob o amparo material do falecido.

Por isso, com a falta do marido, Luciana D. instalou, na residência onde permaneceu vivendo, um pequeno salão de beleza em que passou a prestar serviços de cabeleireira. Isso motivou, igualmente, a determinação judicial contida na mesma decisão agravada de que cessasse tal atividade econômica, visto que segundo o art. 1.831 do Código Civil, ao cônjuge sobrevivente seria dado permanecer no imóvel em que vivia com o outro para fins (exclusivos) de habitação.

A Desembargadora Rosana Fachin, por outro lado, entendeu que em nada prejudicava o escopo do preceito legal o fato de que se exercia tal atividade profissional no imóvel. Além de não haver prejuízo para o fim precípua de habitação, tratava-se de legítimo exercício de atividade profissional voltada para a subsistência da família do que houvera falecido, o que considerou digno de tutela jurídica. Quanto à questão do direito de sucessão, dialogou com os argumentos apresentados pela Min. Nancy Andrighi na fundamentação do seu voto e concluiu em sentido diverso, preservando o direito da viúva à herança.

Luciana D. foi salva pela boa técnica de um juízo que, deveras, mostrou-se raro naqueles tempos. Em geral, a tendência ia claramente no sentido da negativa do direito, tal qual ocorrera na decisão agravada. Indagando-se qual a concepção filosófica sobre o direito que poderia estar na base das várias decisões que, como aquela, acompanharam cegamente o REsp nº 992.749-MS, é possível constatar que não se tratava de uma postura que desdenha da legalidade, mas que a toma, talvez, ainda que implicitamente, como uma legalidade mutante; um transe inconsciente do *Civil Law* para um *Common Law*.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> VELOSO, Zeno. Como se configura a controvérsia entre doutrina e jurisprudência na matéria de concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes? In: *II Congresso do IBDCivil*. Curitiba, 06.08.2014.

<sup>19</sup> TJPR, 12ª CC, Ag. Inst. nº 1.024.749-5, Relatora Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, julg. 29.01.2014. Tanto o precedente quanto o elogio do Prof. Zeno Veloso são, portanto, anteriores à primeira decisão que revertia o entendimento no STJ, o que só veio a acontecer em dezembro de 2014. Nos fundamentos do julgado no REsp nº 1.346.324-SP, em que houve a reversão, constata-se não só a menção a longo trecho da obra de Zeno Veloso, dentre outros, como também passagens diversas inegavelmente inspiradas no voto da Desembargadora.

<sup>20</sup> Ainda que se considerasse que tal dicotomia está fadada ao ocaso (BUSTAMANTE, Thomas. O método judicial e o precedente no *Common Law* e na tradição jurídica continental: a convergência de perspectivas

Assim foi que, ao menos por algum curto período, viúvas e viúvos que estiveram casados em separação convencional de bens deixaram de fazer jus a qualquer herança, muito embora a lei tenha preservado inalterado o seu texto.

Aconteceu dessa forma com Cristiane K., casada no regime de separação convencional de bens com o já falecido Benno K. desde julho de 1981, muito embora se tenha constatado nos autos que a vida em comum advinha de abril de 1970, na modalidade de união estável. Diante disso, ficou assegurada à Cristiane a condição de meeira exclusivamente quanto ao único bem adquirido na vigência da união estável, sendo-lhe, entretanto, negada a condição de herdeira enquanto esposa, conforme decidido no Agravo de Instrumento nº 70054712559 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em agosto de 2013.<sup>21</sup> O precedente do REsp nº 992.749-MS representou alicerce fundamental para o embasamento da decisão que mencionou igualmente o artigo de opinião de Miguel Reale, destacando a sua condição de presidente da comissão de redação do Código Civil em vigor.

O mesmo se passou com Nilson A. da S., viúvo de Ana “Anita” de A., excluído da sucessão do único bem deixado por sua falecida esposa, que era o imóvel onde residiam, sendo da mesma forma removido da condição de inventariante; tudo com base no precedente do REsp nº 992.749-MS.<sup>22</sup> No acórdão há menção de que a convenção se deu há 30 anos, de onde se conclui tratar-se de união que perdurou por longo tempo até o falecimento de ‘Anita’.

Osório L. F., viúvo de Neuza M. S. F., também foi excluído da sucessão dos bens de sua falecida esposa com quem se casara em 1975, por força do mesmo precedente do REsp nº 992.749-MS<sup>23</sup> e, como está claro, seria possível elencar dezenas e dezenas de outros nomes de viúvas e viúvos sobre quem os efeitos do

---

teóricas. In: *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012), pareceria adequado falar em um “transe inconsciente” na medida em que, não havendo consciência disso os precedentes são reproduzidos ao léu, sem a devida reflexão a respeito de sua aplicabilidade ou não, ou sobre a medida da sua aplicabilidade. O *Common Law* se funda em uma própria teoria do *stare decisis* para estabelecer a forma como os precedentes se prestam a constituir fonte de direito e quais os precedentes que se prestam a tanto, enquanto no sistema brasileiro, ao menos por enquanto, a jurisprudência tem sido aplicada por ela mesma com fundamento apenas na sua própria autoridade, em uma espécie de presunção de que se encontra no Judiciário a única instância de interpretação legítima do direito. (Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Juízes ou professores? (editorial). *Civilística.com*. Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, 2014. Disponível em: <civilistica.com>. Acesso em: 07.07.2015; TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Civilística.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014. Disponível em: <civilistica.com>. Acesso em: 07.07.2015; HYLAND, Richard. Shall we dance? *Civilística.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014. Disponível em: <civilistica.com>. Acesso em: 07.07.2015).

<sup>21</sup> TJRS, 8ª CC, Ag. Inst. n. 70054712559, Relator Desembargador Luís Felipe Brasil Santos, julg. 29.08.13.

<sup>22</sup> TJPR, 11ª CC, Ag. Inst. n. 884482-8, Relator Desembargador Gamaliel Seme Scaff, julg. 1ª.08.2012.

<sup>23</sup> TJSP, 6ª CDP, Ag. Inst. n. 2053432-46.2013.8.26.0000, Relatora Desembargadora Ana Lucia Romanhole Martucci, julg. 05.08.2014.

referido precedente foram mais do que palavras sobre as conexões lógicas dos regimes de bens do casamento e seus respectivos efeitos sucessórios.<sup>24</sup>

Esse quadro põe o intérprete do direito em posição claramente difícil. A negativa de herança ao viúvo ou viúva que permanecera casado por mais de 30 anos até que separados somente pela morte, fere qualquer sentimento de justiça e, no entanto, a teoria do direito atual não tem sido explícita em indicar o lugar onde deveriam ser deixados os sentidos de justiça que emergem no caso concreto. Adormecer sentidos dessa natureza foi por muito tempo uma exigência metodológica e, atualmente, quando se entende que é necessário estabelecer uma prática jurídica voltada à concreção da justiça, não se sabe exatamente de que justiça se fala.

Nessa linha, chega a ser cruel uma crítica ao voto da Min. Nancy Andrighi dado que, ao que tudo indica, como será sustentado adiante, a Ministra possivelmente deu vazão a um sentimento de justiça desse tipo quando deixou de reconhecer o direito sucessório da viúva que, pelo contrário, na hipótese por si julgada, não permanecera casada sequer por um ano inteiro. Tem sido quase hegemônica a leitura segundo a qual a divisão patrimonial com os descendentes do falecido pareceu à Ministra um resultado que o direito e a lei não poderiam sancionar. E, então, seguiram-se as razões articuladas para fundamentar esse entendimento, sendo possível identificar certa convicção de que (naquele caso), ao optar pelo casamento em separação convencional de bens, o *de cuius* expressava preocupação com a preservação do interesse sucessório futuro de seus filhos.

Nesse ponto, fez bem em se acompanhar por Maria Berenice Dias e especialmente Miguel Reale que expressaram a mesma preocupação. Em uma palavra, não tanto pela argumentação do REsp ou por sua fundamentação, em face do quadro concreto ali representado, o desfecho que foi dado pela Ministra não deixava de “fazer sentido”; não de acordo com as razões tipicamente jurídicas, mas de acordo com razões típicas do senso comum – que não são também para ser desprezadas.

E há, aí, motivos para sérias reflexões: deverá um Tribunal Superior, formador de preceitos jurisprudenciais para serem acompanhados por Tribunais inferiores, tomar decisões com base nas primeiras inclinações que o caso concreto desperta

<sup>24</sup> Para fins ilustrativos menciona-se: TJRJ, 11<sup>ª</sup> CC Ag. Inst. n. 00591681120128190000, Relatora Desembargadora Myriam Medeiros das Fonseca Dutra, julg. 20.03.2013; TJRJ, 13<sup>ª</sup> CC Ag. Inst. n. 00500637320138190000, Relator Desembargador Fernando Fernandy Fernandes, julg. 07.11.2013; TJDF, 6<sup>ª</sup> TC, Ag. Inst. n. 20140020028778, Relator Desembargadora Esdras Neves, julg. 02.04.2014; TJRS, 8<sup>ª</sup> CC, Ag. Inst. n.º 70055403067, Relator Desembargador Felipe Santos Brasil, julg. 15.08.2013; TJSP, 7<sup>ª</sup> CDP, Ag. Inst. 20567832720138260000, Relator Desembargador Miguel Brandi, julg. 02.04.2014.

a partir do senso comum? Ao mesmo tempo que se tem certeza que não,<sup>25</sup> é certo que a fundamentação do julgado no precedente não pretendia basear-se realmente em inclinação desse tipo, como se passa a avaliar.

#### 4 Um balanço sobre argumentos e razões do REsp nº 992.749-MS

Em um sistema de *Common Law*, usa-se da teoria do *staire decisis* para se questionar não só quais são e quais não são os precedentes que merecem ser reproduzidos na jurisprudência posterior, como, especialmente, qual a regra que se deve extrair de um precedente. Distingue-se, então, do corpo de um julgado a *ratio decidendi* do *obter dictum*. Michele Taruffo explica que a primeira consiste na “regra do direito que foi posta como direto fundamento da decisão sobre os fatos específicos do caso”,<sup>26</sup> enquanto que o *obter dictum* consiste apenas em:

afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos não constituem, todavia, parte integrante do fundamento jurídico da decisão.<sup>27</sup>

A partir disso, cumpre avaliar a estrutura do julgado do REsp nº 992.749-MS para a identificação de sua *ratio decidendi*.

<sup>25</sup> O lugar do senso comum nas abordagens científicas não é problema que possa ser facilmente resolvido por uma negação de qualquer importância. Assim não é nem mesmo com relação a ciências como a Medicina, pelo quanto impactam em decisões políticas, conforme já demonstrado por Michel Foucault em seu conceito de *biopolítica*. Tampouco seria correta uma negação sumária da relevância do senso comum em ciências como a Sociologia, quando é justamente no âmbito do senso comum que acontece a sociedade. Também não poderia ser simplesmente negada essa importância em outras ciências como a Política e o Direito, notadamente quando essas lidam com a questão do poder e da autoridade, e a autoridade que se exerce com desprezo do senso comum, dos sentidos e valores que são efetivamente compartilhados na sociedade, não condiz com os valores democráticos. Ao mesmo tempo, há de haver um lugar para as reflexões éticas mais profundas que buscam vencer preconceitos em prol da tutela da dignidade da pessoa humana, tantas e tantas vezes alcançando conclusões por tudo opostas às concepções do senso comum. O tema do lugar e do papel do senso comum em ciências como o Direito, portanto, não é tema fácil e, igualmente, não é fácil simplesmente desconsiderar uma asserção jurídica com base apenas no argumento de que ele se deixou basear no senso comum. Não que uma asserção desse tipo seja também válida, mas para saber de sua validade ou não será sempre necessária uma reflexão um tanto mais profunda sobre o Direito e seus métodos conscientes de construção.

<sup>26</sup> TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*, op. cit., p. 2.

<sup>27</sup> TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*, op. cit., p. 7.

Inicia-se o voto da Min. Nancy Andrighi, que foi acompanhado pelos Min. Sidnei Benneti e Massami Uyeda, com a definição da matéria que se apresenta como ponto controvertido:

Destina-se a lide a definir se o cônjuge sobrevivente – que fora casado com o autor da herança sob o regime da separação convencional de bens – participa ou não da sucessão como herdeiro necessário, em concorrência com os descendentes do falecido.<sup>28</sup>

Em seguida, passa a dissertar sobre as correntes doutrinárias identificadas a respeito da questão, indicando a tese segundo o Enunciado nº 270 da III Jornada de Direito Civil<sup>29</sup> (bem traduzido na fórmula didática “há herança onde não há meação e há meação onde não há herança”); a tese de Maria Helena Diniz, equivocadamente classificada como majoritária, segundo a qual a herança do cônjuge projeta-se sobre a totalidade do acervo deixado, seja entre bens nos quais há meação, seja entre bens nos quais não há meação; e, por fim, a tese do “ponto-e-vírgula” de Maria Berenice Dias já exposta.

A Ministra passa, então, a posicionar-se a respeito dessas correntes identificadas, e elege como mais acertada justamente a de Maria Berenice Dias, argumentando com base nas considerações de Miguel Reale, já não no artigo de opinião do jornal *O Estado de São Paulo*, e, sim, na posição esposada na obra *Estudos preliminares do Código Civil*.<sup>30</sup>

Nessa linha de considerações, a *ratio decidendi* que a Ministra indica como motivador fundamental de sua decisão é o entendimento de que a “separação obrigatória” a que se refere no inc. I, do art. 1.829 do Código Civil, é gênero do qual a “separação legal” e a “separação convencional” são espécies, porque entendimento contrário significaria o esvaziamento do regime de separação convencional. A decisão estaria fundada, portanto, em “razão de direito”. O fato qualificado e suficiente para a análise do caso seria o regime de separação convencional em que se casaram a viúva e o autor da herança, e a controvérsia estava restrita à compreensão dos efeitos sucessórios atribuídos pela lei a esse regime.

<sup>28</sup> STJ, 3ª T., REsp nº 992.749-MS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julg. 1º.02.2009.

<sup>29</sup> *Ipsis*: “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 (*sic*), o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.”

<sup>30</sup> REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 61-64 *apud* voto da Ministra Relatora Ministra Nancy Andrighi no REsp nº 992.749-MS, *op. cit.*

Nesse sentido é que se formou o precedente e passou a ser acompanhado nas decisões de segundo grau que subsumiram com facilidade as diversas situações em que estava em questão a habilitação em herança de viúvos e viúvas casados em separação convencional – e assim foi que o bater de asas de uma borboleta, um breve artigo a respeito de um sinal gramatical, provocou um tornado na vida de pessoas como Cristiane K.

Antes de se iniciar a crítica à estrutura expositiva do voto da Ministra Nancy Andrighi, vale explicar porque o tornado é uma metáfora adequada para tratar dos efeitos sobre as vidas daqueles viúvos e viúvas referidos no REsp e mencionados acima.

O movimento de constitucionalização do direito civil, que encontra progressiva adesão entre as mais diversas escolas do país, direciona toda a interpretação jurídica à realização e à promoção da cláusula geral de dignidade da pessoa humana. Nesse processo, busca-se consolidar a superação de várias dicotomias, como a dicotomia entre direito público e direito privado, a dicotomia entre norma e fato, a dicotomia entre titularidade e exercício, entre outras. Mas tudo isso é feito a partir do claro delineamento de uma derradeira dicotomia: aquela que divide relações jurídicas existenciais de relações jurídicas patrimoniais.

Por vezes, isso tem implicado uma maior aceitabilidade metodológica na flexibilização de direitos sobre bens materiais, especialmente quando se entende que essa flexibilização atende a propósitos existenciais, muitas vezes identificados conforme o caso concreto – sem dispensa de riscos constantes de que nesse processo se recaia em casuísticas.

Para Pietro Perlingieri, no entanto, a diferença contida na dicotomia está em que direitos patrimoniais “têm” uma função, enquanto direitos existenciais “são” uma função – são, aliás, a função que mediata ou imediatamente se atribui aos direitos patrimoniais.<sup>31</sup> Essa compreensão parece fundamental em qualquer investida de flexibilização de direitos patrimoniais, principalmente porque, quando isso é feito, são os interesses existenciais subjacentes o que realmente importa.<sup>32</sup> Igualmente, ao se sustentar que o cônjuge que fora casado em separação convencional não detém direito à herança do seu falecido, não se pode ter como inofensivo o esforço interpretativo, pois o esforço só será válido se forem devidamente tomados em consideração os seus efeitos práticos para a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana, no caso, das pessoas diretamente impactadas por esse entendimento.

<sup>31</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, *passim*.

<sup>32</sup> Pode ser reveladora a esse respeito a construção feita por Luiz Edson Fachin a respeito da noção de patrimônio mínimo: FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Nessa linha, o que se mostra fundamental no conteúdo da decisão da Min. Nancy Andrighi são seus efeitos, não só sobre direitos patrimoniais, mas sobre interesses existenciais promovidos ou protegidos por meio desses direitos. Isso porque há razões para pensar que a Ministra se motivava “internamente” por uma concepção particular de justiça do caso concreto. Verificava que naquele caso em especial as conexões entre estrutura e função de um direito levaria a uma distorção dos propósitos da tutela jurídica sucessória ao cônjuge sobrevivente.

Essa leitura não deixa de ser uma ousadia, dado que, deveras, a Ministra não fundamentou sua decisão nessas questões, apontando como fundamento de decisão uma controvérsia sobre a configuração de uma *fattispecie* jurídica no processo de subsunção da norma ao fato que, aliás, não faz o seu feitio. Com isso, atraiu o desfecho do julgado para as vidas de pessoas que, tomando de empréstimo as palavras de Drummond, não tinham entrado na história.

Isso pode ser largamente explicado pelo fato de que, ao contrário do que se passa na teoria do *staire decisis*, na estrutura do seu voto – como, aliás, por força de uma compreensão cada vez mais radical da malfadada Súmula nº 7, quase sempre é a estrutura dos votos dos Ministros do STJ – não traçou a sua *ratio decidendi* sobre a hipótese concreta analisada, mas sobre as imbricações lógicas que se estabelecem em torno de uma categoria jurídica abstrata.

Isso fica claro no que poderia ser classificado como *obter dictum* de suas razões expostas, mas que aqui já se tem como a verdadeira *ratio decidendi*. Depois de perpassar toda essa linha expositiva centrada na caracterização do regime de separação convencional de bens, a Ministra traça reflexões sobre a fragilidade dos laços humanos na atualidade, citando o *Amor líquido*, de Zigmunt Bauman, e afirmando, finalmente, que:

Ao volver os olhos para o processo em análise, imprescindível auscultar a situação fática vivenciada pelo casal [...]: (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 seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram, voluntariamente, casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> BAUMAN, Zigmunt. *Amor líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

Quão relevantes não foram as nuances do caso concreto descritas nos itens “i” e “ii” para que a Ministra chegasse à conclusão de seu voto, negando, naquele caso, o direito à herança daquela viúva? E quão distantes não são essas circunstâncias daquelas atinentes aos casos de Cristine L. K., Nilson A. da S. e Osório L. F. e também de Luciana D., poupada por pouco dos efeitos do tornado iniciado a partir do julgado?

Além do julgado da Des. Rosana Fachin, outros podem ser mencionados em que o direito à herança de viúvas e viúvos que se habilitavam em inventário foi preservado, mesmo nesse período de “vigência” do precedente do REsp nº 992.749-MS. Tal qual no julgado da Desembargadora, não só foram enfrentados os argumentos expostos como *ratio decidendi* do REsp nº 992.749-MS, como também foi realçado o distanciamento da hipótese fática que se analisava daquela discutida no precedente.<sup>34</sup>

Parece-nos, enfim, que essa consideração traçada pela Ministra a respeito da hipótese fática analisada no julgado não era um *obter dictum*, mas a verdadeira *ratio decidendi*, a razão fundamental, conforme o direito vigente ou não, que embasou a decisão.

A própria tese do “ponto-e-vírgula” de Maria Berenice Dias só faz fortalecer essa suspeita.

O artigo se intitula precisamente “ponto-e-vírgula”, porque a doutrinadora quer fundamentar no sinal gramatical o entendimento por si sustentado (que diz respeito, deve-se lembrar, não à separação convencional, mas à comunhão parcial). A *ratio* de sua argumentação, portanto, estaria em uma interpretação gramatical da lei. Entretanto, como que em *obter dictum*, a doutrinadora não deixa de concluir à frente:

Quando o regime é o da comunhão parcial e não existem bens particulares, significa que todo o acervo hereditário foi adquirido depois do casamento, ocorrendo a presunção da mútua colaboração, o que torna razoável que o cônjuge, além da meação, concorra com os filhos na herança. No entanto, quando há bens amealhados antes do casamento, nada justifica que participe o cônjuge desse acervo. Tal não se coaduna com a natureza do regime da comunhão parcial, sendo descabido que venha o cônjuge sobrevivente a herdar parte do patrimônio individual, quando da morte do par.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> A título de exemplo, mencionam-se: TJRJ, 17ª CC, Apel. Civ. nº 00070127820108190206, Relator Desembargador Elton Martinez Carvalho Leme, julg. 05.02.2014; TJMG, 1ª CC, Ag. Inst. 10701130091625001, Relator Desembargador Geraldo Augusto, julg. 03.12.2013; TJMG, 1ª CC, Ag. Inst. 10024123382079001, Relatora Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade, julg. 14.01.2014.

<sup>35</sup> DIAS, Maria Berenice. *Ponto e vírgula*, op. cit.

E arremata: “Urge que se deixe de ler o que não está escrito, sob pena de se chegar a conclusões distorcidas e consagrar injustiças”.<sup>36</sup>

Vale dizer: não é (só) porque entenda ser esse o sentido gramatical do texto legal, segundo sustenta, mas porque entender gramaticalmente dessa forma “faria sentido”. Ainda assim, remanescem razões para crer que não é nem mesmo por qualquer interpretação gramatical que a autora sustenta essa posição. Tanto que, mesmo antes de chegar a essa inflexão sobre o “ponto-e-vírgula” do inc. I, do art. 1.829, já demonstrava sem rodeios o seu desconforto com o direito inafastável de herança do cônjuge, dizendo:

Sou a única que, teimosamente, continua sustentando que, havendo bens particulares, o cônjuge sobrevivente não tem direito sobre eles. O direito de concorrência incide exclusivamente sobre os bens amealhados durante o casamento.<sup>37</sup>

O entendimento sustentado no texto originalmente publicado em 2006, à época, não se fundava no “ponto-e-vírgula” e até desprezava interpretações literais do dispositivo.<sup>38</sup> Os argumentos, por outro lado, eram de ordem bem mais substancial:

Confesso que não sei como os dedicados advogados, para assegurar um teto à prole, vão continuar aconselhando seus clientes a deixarem com quem vai ficar a guarda dos filhos (geralmente a mãe) o imóvel do casal, às vezes o único bem amealhado durante a convivência. Às vezes, inclusive, adquirido por herança. Porém, na hipótese de vir a ex-mulher a casar e posteriormente falecer, parte do referido bem ficará, a título de direito de concorrência, com o novo marido. Jamais voltará aos filhos, nem quando da morte do viúvo sobrevivente. Tal bem irá aos herdeiros dele. Assim, formar-se-á um condomínio entre os filhos e o viúvo (e posteriormente seus sucessores) sobre, por exemplo, o imóvel que pertenceu à família do ex-marido.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> DIAS, Maria Berenice. *Ponto e vírgula, op. cit.*

<sup>37</sup> DIAS, Maria Berenice. *O inc. I do art. 1.829 do CC: algumas interrogações*. Disponível em: <<http://bereniciedias.com.br>>. Acesso em: 07.07.2015, originalmente publicado em: FREITAS, Douglas Phillips (Org.). *Curso de direito das sucessões*. Blumenau: Nova Letra, 2006.

<sup>38</sup> DIAS, Maria Berenice. *O inc. I do art. 1.829 do CC: algumas interrogações, op. cit.*: “Claro que a posição majoritária levou em conta a interpretação dos mais renomados professores de Língua Portuguesa que se debruçaram sobre o mal elaborado texto e analisaram minuciosamente os seus ‘salvo se’, ‘ou se’, vírgulas e ponto-e-vírgulas. E, diante dos argumentos de ordem semântica e sintática dos gramáticos, os juristas não conseguiram chegar a outra interpretação que não a literal. A doutrina, então, passou a afirmar que, diante do texto da lei, não há outra saída.”

<sup>39</sup> DIAS, Maria Berenice. *O inc. I do art. 1.829 do CC: algumas interrogações, op. cit.* Para esse problema especificamente, a solução parece até fácil: com o divórcio, transfere-se a titularidade do bem para a

## Segue a autora:

Também não sei qual será o conselho que dará o advogado a alguém que tem filhos e patrimônio e resolve casar. Quem não tiver o cuidado de procurar um profissional cauteloso que elabore um intrincado pacto antenupcial e um minucioso testamento certamente deixará os filhos em situação bastante surpreendente. Com a morte do genitor, perderão uma parte do patrimônio que ele havia amealhado mesmo antes do casamento.<sup>40</sup>

De fato, a partir do direito sucessório em vigor, a distribuição de bens na herança pode encontrar resultados bem aleatórios, e aspectos que deveriam ser tomados, talvez, por triviais, acabam se tornando determinantes na distribuição. Entretanto, da mesma forma, as objeções apresentadas por Maria Berenice Dias naquele momento não só não dizem respeito a qualquer sinal de pontuação contido no inciso do art. 1.829, como também em nada se relacionam ao regime de bens do casamento, ou mesmo a tratar-se de casamento ou união estável. O que parece fundamental, pelo contrário, é a existência ou não de prole anterior à união, bem como a existência ou não de patrimônio anterior, confrontada à rigidez atual do direito de sucessões que obstaculiza bastante o planejamento sucessório.

Com tudo isso, se há uma crítica a se dirigir à articulação de Maria Berenice Dias em torno do ponto-e-vírgula, e se, na mesma linha, há uma crítica a se dirigir ao voto da Min. Nancy Andrighi no REsp nº 992.749-MS é a de não terem dedicado, em sua exposição, ao inconformismo real que parece tê-las motivado, desviando o tema para o paralelismo com as categorias do direito de família que em nada se relacionam realmente ao problema que se apresentava.

## 5 O erro de categoria

Se a objeção ao regime sucessório atual expressado por Miguel Reale, por Maria Berenice Dias, pela Min. Nancy Andrighi e por tantos quantos os acompanham é realmente essa que se indicou como razão subjacente do julgado, então se trata de contraponto que pode merecer atenção.

---

prole, e mantém-se o usufruto com o genitor que detém a guarda. Outrossim, não se olvida que o questionamento proposto pela autora merece atenção, até porque, no momento do divórcio, as partes nem sempre antecipam essa eventualidade.

<sup>40</sup> DIAS, Maria Berenice. *O inc. I do art. 1.829 do CC: algumas interrogações*, *op. cit.*

O problema fundamental é de ordem prática. Parte, primeiro, da constatação de que, a depender de elementos triviais, o direito das sucessões pode gerar distribuições patrimoniais completamente aleatórias, como bem demonstra, por todos, Giselda Hironaka em *Morrer e suceder*.<sup>41</sup> Uma atitude realmente valorativa com relação ao sistema do direito sucessório deveria significar que, para cada relação que em vida o autor da herança tivesse, correspondessem valorações tais que tivessem nexos com o resultado da distribuição patrimonial. Assim é, por exemplo, com o princípio da igualdade entre os filhos. Assim deveria ser com relação as mais diversas hipóteses de concorrência entre filhos e cônjuge, entre cônjuge e ascendentes, e, inclusive, entre quaisquer desses e companheiros (sendo sabido que as distinções do regime sucessório do cônjuge e do companheiro já têm sido, também, largamente questionadas).<sup>42</sup>

Dizer que o casamento é um elemento trivial para os fins do direito de sucessões sem dúvida é desvalorizá-lo indevidamente. Entretanto, é certo que o casamento por vezes já se mostra um tanto desvalorizado na sociedade. Talvez o papel do direito fosse resgatá-lo dessa banalização e afirmá-lo normativamente, entrincheirar-se na resistência à fragilização crescente dos laços humanos descrita por Zigmunt Bauman e citada pela Min. Nancy em seu voto.

Talvez. Será uma postura política ou hermenêutica a se discutir. Mas é certo que, no direito civil, já é dada a opção de planejamento da distribuição patrimonial para o caso de divórcio, seja pela escolha do regime de bens, seja pela faculdade de formular pacto antenupcial. Nesse sentido, a objeção principal parece ser a respeito da ausência de alternativas quando o que se pretende é a preservação do eventual interesse futuro dos demais herdeiros em face do cônjuge com quem se está casando. Cabe discutir se a disponibilidade de uma alternativa nesse sentido não se mostra importante no sistema de sucessões e, para sabê-lo, é preciso enxergar a vida.

Maria Berenice Dias apresentou algumas circunstâncias hipotéticas em que tal alternativa poderia mostrar-se conveniente. Muitas outras podem ser pensadas e verificadas. No direito, é comum ter-se contato com as demandas que emergem no Judiciário. A responsabilidade civil, por exemplo, tem sido uma verdadeira locomotiva de renovação (embora se encontre ainda em larga confusão), dados os intrincados problemas que tem apresentado à doutrina para estudo. Mas há demandas que podem ficar latentes quando não há abertura para a sua insurgência, e essa pode ser uma delas.

<sup>41</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, op. cit.

<sup>42</sup> VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*, op. cit. Em sentido diverso, DINIZ, Maria Helena (Coord.). *Sucessão do cônjuge, do companheiro e outras histórias*. São Paulo: Saraiva, 2014.

Não se trata, aqui, de defender que, de fato, o sistema de sucessões precisa dessa reformulação. Seria também legítimo que permanecesse como está, protegendo o interesse sucessório do cônjuge em qualquer modalidade – exceto na da (verdadeira) separação obrigatória (o que, aliás, também tem sido questionado, ainda mais diante da emergência dos direitos da pessoa idosa). Mas se for essa a disposição do ordenamento, é preciso que seja uma disposição consciente e afirmativa de que é realmente isso, e de que é realmente esse o sistema projetado para o direito sucessório brasileiro; de que não é um resultado impensado e inconsciente – um mero efeito colateral do sistema.

O ponto que se quer indicar – o que revela o precedente do REsp nº 992.749-MS – é que existe não uma lacuna, mas uma questão que ainda não foi refletida no sistema das sucessões no que toca ao direito sucessório do cônjuge e que está a merecer reflexão. E, na verdade, é justamente a jurisprudência o *locus* em que essas questões a refletir revelam-se.

Mas, então, não se pode deixar, também, de fazer um segundo e um terceiro ponto.

O segundo ponto diz respeito ao fato de que essa questão está sendo entendida como posta pela intermitência jurisprudencial causada pelo REsp nº 992.749-MS como controvérsia subjacente, pois o julgado não tratava disso. Nem o texto mencionado de Maria Berenice Dias o fazia, senão o texto da fase anterior à revisão do sentido do “ponto-e-vírgula” do dispositivo. O texto de Miguel Reale também não refere diretamente ao problema, mas apenas dá pistas de que, com a inclusão do cônjuge no rol de herdeiros por ocasião da Lei do Divórcio, perdeu-se a possibilidade antes havida de contrair matrimônio sem que isso interferisse no eventual interesse sucessório futuro dos descendentes e mesmo dos ascendentes. Como anteriormente ao cônjuge era dada somente a meação, os regimes em que não houvesse meação em nada alterariam os quinhões hereditários. Por isso é que Reale defendeu que a separação convencional fosse entendida como espécie do gênero separação obrigatória com base em uma interpretação, segundo ele, histórica.

O segundo ponto que se quer fazer, portanto, diz respeito à confusão dessa demanda por possibilidades de planejamento sucessório com a interpretação de um regime jurídico de bens no casamento. A questão se tornou esta, não aquela que realmente precisa ser refletida. O julgado promoveu um debate sobre a espécie ou gênero da separação convencional de bens. Tem-se debatido, em geral, questões abstratas, sobre conexões lógicas, enquadramento de *fattispecies* e categorias jurídicas, sem que no processo se enxergue a vida. Porque não foi essa a questão explicitamente posta pelo julgado. De forma que o aspecto do direito sucessório que pareceria merecer realmente uma problematização foi mantido oculto.

O terceiro ponto refere-se também a isso. Para ser melhor entendido, é válida uma breve análise do quadro fático contido não só no precedente do REsp nº 992.749-MS, mas também no primeiro julgado que o acompanhou, no REsp nº 1.111.095-RJ.

No REsp nº 992.749-MS, como já se sabe, tratava-se de casamento que teria se dado (conforme alegação admitida) já em momento em que o *de cujus* sofria de doença incapacitante, em que a esposa era 30 anos mais jovem e contava com apenas 21 anos, sendo que o casamento não chegou a durar mais do que 10 meses. Não é dizer que esse quadro fático justifica o desfecho, mas é dizer que sem dúvida há nele elementos a explorar que poderiam, no mínimo, ser tomadas como atenuantes de alguma injustiça.

No REsp nº 1.111.095-RJ, por sua vez, não era a viúva que pretendia a sua habilitação em inventário. Pelo contrário, falecido o seu marido, ela nada opôs a que os bens dele fossem inteiramente destinados ao sobrinho. Depois, falecendo também ela, os seus sobrinhos é que requereram habilitação no inventário do marido. Note-se: é possível – e até provável – que houvesse um entendimento em vida entre eles a respeito dessa destinação de bens e, mais uma vez, o resultado desse julgado não se afigura tão grave se comparado à sua fundamentação em dizer que se baseia nos próprios efeitos que a lei atribui ao regime da separação convencional de bens. Ao fazê-lo, atrai-se esse mesmo resultado para uma quantidade de outros casos que são completamente diferentes desse.

A generalidade e abstração das categorias jurídicas legais têm também, em si, uma função. Elas atraem uma mesma solução para casos que foram considerados não idênticos, mas semelhantes o suficiente para receberem um mesmo tratamento. Trata-se de estrutura formada para a aplicação do princípio de justiça segundo Aristóteles: “os iguais devem ser tratados igualmente, e os desiguais desigualmente na medida da sua desigualdade”. Segundo Claus Wilhelm-Canaris, é esse princípio o que confere sistematicidade ao ordenamento,<sup>43</sup> o que não deixa também de significar que um pensamento sistemático consiste na avaliação e verificação das situações que devem receber tratamento igual, e das situações que devem receber tratamento diferente na ordem jurídica.

Assim, uma categoria jurídica genérica e abstrata reúne sob seu manto uma série de situações concretas para as quais se direciona uma solução jurídica comum. Ao se estabelecer, com base em casos bem particulares como esse do REsp nº 992.749-MS e também do REsp nº 1.111.095-RJ, que a solução para eles dada se aplica a *todas* as demais hipóteses em que o casamento tenha se

<sup>43</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 26.

dado no regime de separação convencional, o que ocorre é precisamente o que ocorreu: o tornado.

O tornado é a vinculação daquela solução à circunstância fática errada, atraindo tratamento igual para casos que deveriam ser tratados diferentemente, e mantendo o tratamento diferente para casos que poderiam merecer tratamento igual. Trata-se do que aqui se optou por chamar *erro de categoria*, mas que muito se aproxima do que Schopenhauer denominou “salto indutivo” em sua provocativa obra *Como vencer um debate sem precisar ter razão*.<sup>44</sup>

O erro de categoria é o resultado de um impreciso processo de dedução a partir de um processo de indução. Para compreendê-lo, pode-se lembrar da anedota de lógica em que se conta que um homem viajando pela Arábia, ao ver uma ovelha negra, pode concluir que “as ovelhas na Arábia são negras”, enquanto que um observador mais cauteloso concluiria que “pelo menos uma ovelha da Arábia é negra” e, por último, um lógico não concluiria mais que “pelo menos uma ovelha na Arábia tem pelo menos um lado negro”. O inconformismo com o resultado da distribuição de quinhões hereditários em casos específicos serviu para que se tomasse uma conclusão geral sobre “todas as ovelhas da Arábia”. Eventualmente, pode-se até estar certo – pode-se concluir com alguma segurança que “pelo menos uma ovelha da Arábia é negra”, dado que as chances de erro são ínfimas –, mas, no caso em que essa premissa é fruto da indução a partir da observação de uma só ovelha, estar correto é uma questão de sorte.

Nesse ponto, é preciso confessar que pode ser uma ousadia construir toda a tese do presente trabalho na concepção de que a *ratio decidendi* do REsp nº 992.749-MS se encontrava nas nuances do quadro concreto, o que está, inclusive, de acordo com a teoria do *stare decisis*, muito embora suas razões próprias tenham indicado para outras motivações. Ainda que assim não seja, e não se faça justiça aos argumentos da Ministra Nancy Andrighi que se dedicaram bastante, também, a desvendar os sentidos da categoria abstrata da união em separação convencional de bens em si, mantém-se a objeção ao julgado justamente pela necessidade de se olhar a vida, e o fato, na interpretação do direito.

<sup>44</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1987. p. 142: “Se fazemos alguma indução e o adversário admite os casos particulares em que esta se baseia, não devemos perguntar-lhe se admite também a verdade geral que deriva desses casos, mas devemos induzi-la desde logo como se estivesse estabelecida e aceita, pois às vezes ele poderá crer que a admitiu, e o mesmo pode acontecer aos ouvintes, já que recordarão as muitas perguntas feitas sobre os casos singulares, que não podem deixar de levar à conclusão”. E acrescenta em nota de rodapé: “É evidente que nem sempre o debatedor fará isso por desonestidade, mas às vezes por lhe parecer realmente que o adversário deu a conclusão por aceita”.

É como se o método jurídico estivesse todo construído de maneira a colocar obstáculos nos caminhos da reflexão de um problema social, e como se os problemas em si não pudessem ser refletidos, senão a partir de um desvio desses obstáculos. As questões sociais não podem ser tratadas diretamente, ou quando tratadas atraem o desprestígio da reflexão. Há sempre necessidade de se falar em termos de lógica e abstração, o que favorece a configuração de um sistema jurídico que já por tantas vezes tem sido comparado a *O Castelo*, de Kafka, porquanto se mostra indiferente e inacessível às demandas sociais mais corriqueiras.

Acredita-se, deveras, que havia no julgado pontos a serem discutidos para o reconhecimento ou não do direito sucessório da viúva que o pleiteava, mas que nenhum desses pontos tinha a ver realmente com o regime jurídico abstrato da separação convencional de bens no casamento, justamente porque se tem em vista, na observação tardia dos efeitos do julgado, a pessoa de Cristiane K.

## 6 O problema final: o papel do juiz

Como ensina Michele Taruffo, em uma teoria dos precedentes, o papel do “segundo juiz” que enxerga na decisão a base de um precedente a aplicar se mostra ainda mais importante do que o papel do “primeiro juiz” que de fato julgou o precedente.<sup>45</sup>

A crítica fundamental que se fez foi com relação à abrangência do julgado do REsp nº 992.749-MS para hipóteses que nada tinham a ver com ele, envolvendo sem filtro quaisquer casos de herança do cônjuge que fora casado em separação convencional de bens. Isso, em parte, dá-se pela estrutura do voto da Min. Nancy Andrighi, que definiu logo de início que a controvérsia dizia respeito pontualmente a essa questão, e em parte porque se trata de uma decisão de instância superior. Mas se dá, principalmente, pelo espírito acríptico com que juízes de primeira e segunda instâncias reproduziram a decisão, algumas vezes em hipóteses que sequer eram de separação convencional, ou em hipóteses em que sequer havia concorrência do cônjuge com descendentes, ou mesmo com ascendentes ou até mesmo com colaterais.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*, op. cit.

<sup>46</sup> No Proc. nº 2006.71.00.030078-6/RS, 3ª Vara Federal de Porto Alegre, TRF-4, publ. 31.10.2011, foi exarada decisão nos seguintes termos: “Vistos, etc. Considerando que até a presente data não houve a habilitação da sucessão de Octacílio G. R., converta-se em renda da União a importância depositada na conta nº 110556158 (fl. 231). Por oportuno, esclareço que a viúva Leontina de O. R., independentemente da habilitação ou não dos sucessores, não possui direito a participar da sucessão por força do estatuído no artigo 1.829, inciso I, do Código Civil [...]. Com efeito, como se verifica na certidão de casamento trazida aos autos (fl. 242), o matrimônio ocorreu pelo regime da separação de bens, de maneira convencional,

Resta claro que o problema que se tem é conjuntural, e não pode a crítica a tais dimensões de catástrofe jurídica recair apenas sobre as asas da borboleta. É preciso saber que os ventos uniram-se no caminho para que tudo se transformasse em um tornado.

Pode-se deixar, nesse ponto, somente uma provocação, mas cabe ousar e ir um pouco adiante, tomando por partida as críticas que já têm sido feitas pelo jusfilósofo Lenio Luiz Streck a respeito das inconveniências da reprodução de um “senso comum teórico” (expressão inicialmente cunhada por Luis Alberto Warat)<sup>47</sup> na educação jurídica e, especialmente, do senso comum teórico que se tem reproduzido.<sup>48</sup>

Tem-se criticado uma prática jurídica formalista, mas a crítica generalizou-se de tal forma que já se mostra um tanto ultrapassada. O formalismo já não condiz com a prática do direito atualmente, tampouco com o seu ensino.<sup>49</sup> A rejeição ao modelo formalista é fenômeno facilmente constatável. Todavia, não se fez, ainda, acompanhar por nenhum novo modelo apto a substituí-lo.<sup>50</sup>

Então, talvez o problema não seja tanto o fato de que se reproduz na educação jurídica o senso comum teórico. O problema pode ser que seja *este* senso comum teórico que se tem atualmente: basicamente nenhum, senão a rejeição de um modelo, o formalista, sem apresentação de qualquer outro para ser reproduzido em seu lugar.<sup>51</sup>

não remanescendo para o cônjuge supérstite, nesta hipótese, direito à concorrência sucessória (RE nº 992.749-MS) [...]” (suprimidos os sobrenomes das pessoas citadas).

<sup>47</sup> WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Sequência*, v. 3, n. 05, 1982. Disponível em: <periodicos.ufsc.br>. Acesso em: 07.07.2015. Pelas claras semelhanças entre a construção do “senso comum teórico” de Warat com a noção de *habitus* de Pierre Bourdieu, pode ser válida também a leitura de BOURDIEU, Pierre. *Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo científico*. São Paulo: Unesp, 2003. E ainda, nunca é demais recomendar: BOURDIEU, Pierre. *A força do direito: elementos para uma sociologia crítica do campo jurídico*. In: *O poder simbólico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

<sup>48</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e ensino jurídico em *terrae brasilis*. In: *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 46, n. 0. Curitiba: 2007; STRECK, Lenio Luiz. O panprincipiologismo e o sorriso do lagarto. *Direito UNIFACS – debate virtual*. n. 144. Salvador: 2012. Para uma crítica ao sistema de concursos públicos e sua ineficiência na seleção de ocupantes de cargos públicos movidos, não por alguma demanda por inclusão em um sistema de privilégios, mas por vocação para as funções a exercer, além da sugestão de caminhos a serem tomados para uma seleção que, mantendo-se isonômica quanto às suas formas, se preste a não comprometer por isso seus devidos objetivos, veja-se relatório de pesquisa promovida pela FGV-Rio: FONTAINHA, Fernanda de Castro; GERALDO, Pedro Heitor Barros; VERONESE, Alexandre; ALVES, Camilla Souza; FIGUEIREDO, Beatriz Helena; WALDBURGER, Joana. *Processos seletivos para contratação de servidores públicos: Brasil, o país dos concursos?*. Rio de Janeiro: Direito Rio, 2014.

<sup>49</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro. *Civillistica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, 2013. Disponível em: <civillistica.com>. Acesso em: 07.07.2015.

<sup>50</sup> Em sentido semelhante, embora sensivelmente mais otimista: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Juízes ou professores? (editorial). *Civillistica.com*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, 2014. Disponível em: <civillistica.com>. Acesso em: 07.07.2015.

<sup>51</sup> Sintomática a essa respeito é a discussão havida entre o jusfilósofo Lenio Streck e um Juiz do Trabalho entusiasticamente ovacionado por seus pares, segundo notícia publicada em portal jurídico: RODAS,

A jurisprudência como fato afirma-se em virtude do poder. Dado ao juiz o papel de fazer cumprir a lei, na tentativa de construir um “governo de leis e não de homens”, característica da concepção formalista de Estado de Direito, a superação ainda não conseguiu passar de um “governo de homens e não de leis”, e os homens e mulheres dessa lógica têm sido os juízes. A emergência da jurisprudência como fonte cada vez mais privilegiada de direito, acima da própria lei, é a subordinação dos cidadãos a um poder – o Judiciário – que conseguiu prevalecer sobre o outro – o Legislativo – com que se contava para ser seu freio e contrapeso. Diante disso, restam comprometidos os mecanismos de controle dos cidadãos sobre o poder político em geral, fragilizando-se a democracia.

A tentativa de reverter esses processos pode ser claramente verificada em duas frentes de atuação da teoria e da filosofia do direito atual.

Primeiro, pelo restabelecimento da “dignidade da legislação”<sup>52</sup> por via da reflexão a respeito da legalidade, dos fundamentos da legalidade ou do seu papel no sistema jurídico-democrático. A legalidade já não pode ser aplicada somente na lógica positivista que a embasa na ameaça de sanção. É preciso que fique claro, na educação jurídica e na seleção dos profissionais que serão postos na condição de julgar, o papel da legalidade no sistema para que ela seja novamente reivindicada.

A segunda frente atua no sentido da construção de uma “teoria do precedente judicial”;<sup>53</sup> construção do caminho pelo qual os propósitos de um direito que se pretende justo efetivar-se-ão realmente de forma compreensível e apreensível, sem sujeição a concepções particularistas do juiz a quem tenha sido dado julgar determinada causa.

Mais do que uma possibilidade, o caminho de uma teoria dos precedentes é já questão institucionalizada na realidade brasileira, dada a aprovação do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) em vigor. Sem dúvida, os incisos V e VI do art. 489 demonstram sensibilidade dos envolvidos na elaboração do projeto com as questões aqui discutidas. Mas cabe indicar que não deixarão de remanescer os riscos ligados à possibilidade de “erro de categoria” em qualquer interpretação e, nesse caso, que solução poderá ser dada para o restabelecimento da “normalidade” jurídica do direito e da vida das pessoas?

Sérgio. *Fundamentação de decisões no novo CPC gera confronto entre advogado e juiz*. Disponível em: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 07.07.2015.

<sup>52</sup> Título da obra já muito prestigiada de Jeremy Waldron: WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>53</sup> BUSTAMANTE, Thomas. O método judicial e o precedente no *Common Law* e na tradição jurídica continental: a convergência de perspectivas teóricas. In: *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*, *op. cit.* Ver, igualmente, o número 2, do ano 3 (2014) da revista eletrônica *Civilistica.com*, em que se tem uma conjunção de textos especialmente voltados ao estudo e reflexão sobre o tema.

Pense-se que, diante do equívoco que se sustenta ter ocorrido no julgado do REsp nº 992.749-MS, não seria uma solução satisfatória que Luciana D., a viúva do julgado do TJPR, relatado pela Des. Rosana Amara Girardi Fachin, tivesse tratamento equiparado ao de Cristiane K. É Cristiane K. quem deveria ter sido tratada como Luciana D. E, neste ponto, parece importante pontuar que a aplicação do Novo CPC precisa se dar com as devidas relativizações dos novos instrumentos para que não haja contentamento com soluções meramente formais, ou para que, ao invés de colocar com prevenção a tornados, acabe por se transformar em potencializador de tornados.

Especialmente, para que a prática jurídica brasileira futura mostre-se à altura das ambições do projeto de processo civil desenhado pelo Novo CPC, é indispensável a preservação da dinamicidade do direito; da abertura e da mobilidade do sistema para assimilação das transformações sociais. Isso só é possível, realmente, pela admissão de *locus* institucionais em que seja legítimo levantar questionamentos contra o senso comum teórico; o que pode significar a necessidade de se manter abertos os canais para questionamento das teses já assentadas nas futuras resoluções de demandas repetitivas.

O diálogo sobre os conteúdos jurídicos deve operar com precaução sobre os sentidos anunciados. Isso seria a pós-modernidade (em sentido otimista).<sup>54</sup> Aquele que enuncia o direito deve levar em conta a possibilidade de estar errado quanto ao seu enunciado, e para isso é necessário o método. Tem-se hoje generalizada a concepção de que o direito deveria ser justo. Portanto, o método de estudo do direito deve centrar-se precipuamente nos propósitos de justiça sem dispensar a enigmática variável pela qual cada um pode a qualquer momento sustentar um entendimento equivocado do que é justiça.

## 7 Conclusão

Retoma-se, por fim, a questão proposta ao princípio deste trabalho: o que revelam os julgados que tratam da condição de herdeiro do cônjuge casado em regime de separação convencional de bens? E o que se revela é que não é disso que tratam os julgados. Ao menos não aquele tomado como precedente e que foi reproduzido na jurisprudência posterior, no caso, o REsp nº 992.749-MS.

Sustentou-se que a questão que motivava o desfecho dado àquele caso, daquele recurso especial, eram as nuances do caso concreto confrontadas com a rigidez do direito brasileiro das sucessões que obstaculizam bastante qualquer planejamento sucessório.

<sup>54</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. *Estudos avançados*, v.2, n. 2, p. 46-71, 1988. Disponível em: <scielo.br>. Acesso em: 07.07.2015.

A partir disso, indicou-se a necessidade de se debater esse problema, mas sem que se deixasse de questionar, em seguida, o porquê de não ter sido esse o problema indicado explicitamente desde o princípio.

Talvez porque não fosse esse o problema e porque a análise sobre a qual se construiu este trabalho se mostre, ao final, equivocada. Mas, então, valerá como contribuição científica. Ainda assim, acredita-se que tudo o mais que se questionou a partir dessa análise permaneça válido à construção do sistema jurídico, tanto no que diz respeito ao direito sucessório em si, quanto no que diz respeito à teoria geral do direito.

Se se vêm mostrando superadas as fronteiras entre um sistema de *Civil Law* e um sistema de *Common Law*, é preciso inserir na prática jurídica os instrumentos metodológicos necessários à compreensão da jurisprudência como fonte de direito em formas tais que sejam condizentes com a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e democrática.

A conclusão fundamental que se quer indicar, sobretudo, é que uma tal abertura certamente necessária à indução no sistema jurídico deve contar com as devidas cautelas lógicas, para que não sejam deduzidas informações excessivas. A vida precisa ser vista e é realmente necessária a abertura para captar os casos concretos que se apresentam ao direito e que podem ainda não ter sido pensados, mas é preciso haver cautela com os códigos prévios sobre os quais o direito tem sido construído. Remeter as questões novas sempre às categorias abstratas pré-constituídas pode ser equivocado quando talvez seja o caso de se construírem novas categorias para as novas realidades, ou mesmo de se constatar a caducidade das antigas categorias.

É fundamental que casos particulares não sejam vinculados a categorias abstratas da forma como se sustentou que aconteceu na hipótese dos julgados que acompanharam o REsp nº 992.749-MS, para que se tenha em mente qual é realmente a inovação que se afigura necessária na contínua construção e reconstrução dinâmica do sistema jurídico.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SÊCO, Thaís Fernanda Tenório; REIS, Fellipe Guerra David. O que revelam os julgados que tratam da condição de herdeiro do cônjuge em regime de separação convencional de bens: comentários ao AgRg na MC 23.242-RS ou comentários tardios ao REsp nº 992.749-MS. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 12, p. 93-120, abr./jun. 2017.

---

Recebido em: 03.03.2016

1º parecer em: 29.03.2016

2º parecer em: 15.05.2016