

NOTAS SOBRE A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA ENTRE CÔNJUGE/COMPANHEIRO E DESCENDENTES DO AUTOR DA HERANÇA

NOTES ABOUT THE SUCCESSION CONCURRENCE BETWEEN SPOUSE/COMPANION AND DESCENDANTS OF THE AUTHOR OF THE INHERITANCE

Andreia Fernandes de Almeida Rangel

Pós-Doutoranda na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), sob a orientação da Profa. Dra. Dr. h. c. Claudia Lima Marques, com período de pesquisa na Universität Gießen – Alemanha (Prêmio Pesquisadora 2022 – Centro de Estudos em Direito Europeu e Alemão – CDEA). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-Graduada em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialista em Direito do Consumidor pelo Centro de Direito do Consumo, da Universidade de Coimbra (Portugal), com bolsa do Centro de Estudos em Direito Europeu e Alemão (CDEA). Professora Adjunta do Departamento de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito (FND – UFRJ). Avaliadora de curso superior (Inep – MEC). Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-4744-3613>. *E-mail:* andreiafalcone@yahoo.com.br.

Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha

Doutorando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (UVA). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Especialista em Direito Civil/Processo Civil pela Unesa. Professor de Direito Civil da Unisuam. Bacharel em Direito pela UFRJ. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-4411-2093>. *E-mail:* augustocastellobranco@gmail.com.

Resumo: O presente trabalho tem por escopo analisar as diferentes interpretações em sede doutrinária e jurisprudencial envolvendo aspectos da concorrência sucessória entre cônjuge/companheiro e descendentes do autor da herança. O texto pretende demonstrar alguns dos temas mais controversos, decorrentes da redação, especialmente, dos arts. 1.829, I e 1.832 do Código Civil, cujas dificuldades interpretativas desafiam os estudiosos e os aplicadores do direito. A metodologia empregada foi o recurso à pesquisa bibliográfica, envolvendo doutrina nacional e investigação de julgamentos paradigmáticos acerca dos temas no Supremo Tribunal Federal e, em especial, no Superior Tribunal de Justiça. As conclusões apontam para a necessidade de um refinamento na formulação de critérios interpretativos adequados que evitem as contradições entre as diferentes vertentes doutrinárias e as oscilações verificadas nas Cortes Superiores.

Palavras-chave: Sucessão. Cônjuge. Companheiro. Descendentes.

Abstract: The present work has as scope to analyze the different interpretations in doctrinal and jurisprudential seat involving aspects of succession concurrence between spouse/companion and descendants of the author of the inheritance. The text intends to demonstrate some of the most controversial subjects, deriving from the writing, especially, of the arts. 1829, I and 1832 of the Civil Code, whose interpretative difficulties challenge scholars and law enforcers. The methodology used was the use of bibliographical research, involving national doctrine and investigation of paradigmatic judgments about the topics in the Federal Supreme Court and, in particular, the Superior Court of Justice. The conclusions point to the need for a refinement in the formulation of adequate interpretative criteria that avoid the contradictions between the different doctrinal aspects and the oscillations verified in the Superior Courts.

Keywords: Succession. Spouse. Companion. Descendants.

Sumário: Introdução – **1** A condição especial do cônjuge quanto à participação no plano sucessório – **2** A sucessão do companheiro e a equiparação ao cônjuge – **3** A concorrência sucessória entre o cônjuge/companheiro e os descendentes do autor da herança – **4** Concorrência entre cônjuge/companheiro e descendentes: a reserva mínima de quinhão e a hipótese de filiação híbrida – Dificuldades interpretativas – Considerações finais – Referências

Introdução

O ordenamento brasileiro regula a sucessão *ab intestatio*, estabelecendo uma ordem de participação no acervo sucessório, pautada em uma presunção de afetos com o falecido. Ao mesmo tempo, garante a certos familiares do autor da herança uma participação mínima sobre a herança. São estes últimos os chamados herdeiros necessários, previstos no art. 1.845 do Código Civil (a saber, os descendentes, ascendentes, cônjuge e companheiro),¹ aos quais é assegurada ao menos a metade dos bens componentes do acervo sucessório.²

A proposta do presente estudo é analisar as controvérsias e debates que envolvem a concorrência sucessória entre os descendentes e o cônjuge/companheiro do *de cuius*. Tal análise pressupõe uma investigação preliminar dos requisitos exigidos por lei para a participação sucessória do consorte, bem como da equiparação do tratamento dado ao cônjuge e ao companheiro para fins sucessórios. A seguir, será debatida a concorrência com os descendentes do extinto, condicionada pelo legislador ao regime de bens que regulava o relacionamento afetivo entre este e o cônjuge/companheiro supérstite.

¹ Muito embora o companheiro não tenha sido previsto expressamente pelo dispositivo em comento, o que suscitou inúmeros debates quanto à sua condição ou não de herdeiro necessário, a equiparação de seu tratamento ao do consorte pelo Supremo Tribunal Federal – e de há muito defendida pela doutrina – pacificou a questão, permitindo considerá-lo como tal.

² Código Civil brasileiro, art. 1.789: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

Para tal finalidade, será realizada uma investigação bibliográfica da doutrina pátria, bem como do posicionamento jurisprudencial acerca das inúmeras controvérsias surgidas da redação do art. 1.829, I, do Código Civil,³ adotando como recorte o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

1 A condição especial do cônjuge quanto à participação no plano sucessório

O Código Civil, inovando em relação ao tratamento dispensado por seu antecessor, erigiu o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e ascendentes do autor da herança. Contudo, diversamente do que ocorre com estes, sua participação no processo sucessório depende da observância de certos requisitos – o que decorre do fato de que o matrimônio não estabelece vínculo de parentesco entre os esposos –,⁴ daí ser designado herdeiro necessário *especial*.

Cabe destacar que a inclusão do cônjuge supérstite na supramencionada classe de herdeiros extinguiu o polêmico direito ao usufruto viual,⁵ instituto introduzido no ordenamento jurídico pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), previsto no art. 1.611 do Código Civil de 1916 e que assegurava, enquanto durasse a viuvez, o usufruto da quarta parte dos bens do *de cuius*, se houvesse filhos e metade se não os tivessem.⁶

A concorrência sucessória prevista no atual Código Civil traz, em seu bojo, a proteção jurídica desejada pelo usufruto viual, uma vez que ao cônjuge ou companheiro sobrevivente será assegurado seu quinhão hereditário juntamente com os primeiros colocados na ordem da vocação hereditária.

Ao adotar tal posicionamento, o legislador agiu com finalidade claramente protetiva, visando assegurar certa segurança patrimonial para o sobrevivente de uma união, especialmente quando esta não tenha gerado patrimônio comum, sobre o

³ Código Civil brasileiro, art. 1.829: “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais”.

⁴ Nada impede que pessoas com determinado grau de parentesco contraíam matrimônio, como sói ser o caso dos colaterais de quarto grau (primos) ou a admitir a hipótese (ainda algo controversa) do enlace entre colaterais de terceiro grau (tios e sobrinhos). Nestas hipóteses, não é o casamento que produz o vínculo de parentesco, sendo este preexistente.

⁵ Usufruto do viúvo ou da viúva.

⁶ MADALENO, Rolf. *O novo direito sucessório brasileiro*. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=42>. Acesso em: 28 ago. 2019.

qual venha a incidir meação.⁷ A postura legislativa, contudo, não escapou a críticas de parte da doutrina, para quem a imposição da proteção ao consorte não somente impõe ao casamento a ocorrência de efeitos patrimoniais, como ainda implicaria ingerência indevida na autonomia privada do casal.⁸

Contudo, para ter acesso à herança, o cônjuge sobrevivente deve se enquadrar em alguma das situações previstas no art. 1.830, do Código Civil,⁹ a saber: não estar separado judicialmente, ou, sendo a separação de fato, esta não exceder o período de dois anos ou, caso exceda, tal fato não tenha se dado por sua culpa.

A *ratio* do dispositivo é complexa e sujeita a críticas. Sob seu ângulo mais evidente, busca assegurar que aquele que pretende se beneficiar da herança estivesse com a sociedade conjugal em vigor (o que faria presumir a afeição do falecido) ao tempo de sua morte. O artigo em comento veda o ingresso do cônjuge na sucessão, caso se encontrasse separado judicialmente do *de cujus* ao tempo da abertura desta, o que faria presumir o desaparecimento da *affectio maritalis*, de modo a não mais justificar o ingresso na sucessão. O tema é polêmico, em virtude da controvérsia acerca da continuidade ou não da separação judicial no ordenamento brasileiro após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, que não mais exigiu a separação como condição prévia ao divórcio (o chamado divórcio *escalonado*). Parcela significativa da doutrina pátria advoga o desaparecimento da separação judicial, dada a ausência de interesse processual de agir, vez que sua única finalidade – servir como condição prévia ao processo de divórcio – desapareceu com a mencionada emenda, restando hoje tão somente a via do divórcio. Apesar disso, tem predominado nos tribunais a separação judicial como uma possibilidade aberta ao casal, a respeitar sua autonomia no tocante ao desfecho do relacionamento.¹⁰

Terceira situação descrita pelo artigo ocorre na hipótese de mera separação de fato. Nesse caso, o legislador trabalhou com um lapso temporal de dois anos, dentro dos quais os cônjuges poderiam retomar a sociedade conjugal. Não por

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 6. p. 311.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 6. p. 312-313.

⁹ Código Civil Brasileiro, art. 1.830: “Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

¹⁰ Apenas a título ilustrativo, a separação conservaria ainda utilidade, permitindo uma maior facilidade para um eventual reestabelecimento da sociedade conjugal, em especial quando os cônjuges possuem idade avançada. Se é certo que a pessoa divorciada pode casar novamente com aquele de quem se divorciara, é não menos certo que, se o novo consórcio conjugal ocorrer quando um dos consortes já tenha mais de setenta anos, incidirá o regime da separação obrigatória de bens pela aplicação do contido no (odioso e discriminatório) art. 1.641, II, do Código Civil.

acaso, este era o período de tempo exigido para que o casal pudesse ajuizar o divórcio direto, supostamente de modo a permitir uma maior reflexão e amadurecimento da decisão, evitando arroubos e impulsos. Sendo certo que após a multicitude EC nº 66/2010, tal prazo foi suprimido do ordenamento – sendo assegurada a pretensão ao divórcio a qualquer tempo –, novamente há de questionar se tal fato teria afetado o disposto no dispositivo em comento. Novamente a doutrina controverte, havendo autores de inegável prestígio que sustentam que a simples separação de fato – não importa há quanto tempo – alijaria do consorte sobrevivente a participação na herança.¹¹ Não parece, contudo, a melhor solução, parecendo-nos perfeitamente aplicável o biênio legal, agora não mais associado a um (de fato inexistente) “prazo de quarentena”, mas como um critério apriorístico, a ser afastado quando, diante da situação concreta, se logre demonstrar a inexistência de *affectio*.

No caso de a separação de fato ter excedido o prazo de dois anos, o legislador presumiu o desaparecimento da *affectio*, não mais havendo direito ao ingresso na sucessão, ressalvada a demonstração de ausência de culpa de sua parte pelo desatar do relacionamento. Novamente, a redação legal suscita críticas,¹² vez que de muito se sustenta o banimento da discussão a respeito de culpa na dissolução das relações erótico-afetivas, dado que não caberia ao Estado indagar as razões que conduziram ao ocaso do relacionamento, mas tão somente reconhecer a vontade dos cônjuges, e tutelar as consequências (nos campos patrimonial e existencial) do fim do enlace. Perquirir culpa aqui traria a discussão para o campo sucessório, reacendendo antigas feridas que o casal não desejara debater em vida perante um tribunal.¹³ Em que pese a discussão sobre a permanência ou não da

¹¹ “Para o cônjuge preservar a qualidade de herdeiro, é preciso que a sociedade conjugal tenha persistido até o falecimento do outro. Indispensável reconhecer que a *separação de fato* subtrai do viúvo a condição de herdeiro. Admitir a possibilidade de o cônjuge herdar quando o casal já estava separado de fato, é perpetuar os efeitos do casamento para depois do seu fim. Não há mais como assegurar, pelo longo período de dois anos. Tal afronta princípio ético dos mais elementares, além de gerar o enriquecimento sem causa, pois herdaria o patrimônio amealhado depois da separação” (DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 138). No mesmo sentido, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 6. p. 317-319.

¹² “Também fora de propósito deferir a herança ao cônjuge sobrevivente, independente do prazo de separação, pelo só fato de não ter sido o responsável pelo rompimento da vida em comum. Esses absurdos consagrados na lei (CC, art. 1830) perderam significado a partir do momento em que a jurisprudência passou a considerar rompido o casamento quando cessa a convivência e a EC 66/2010 ao acabar com a separação pôs um ponto final na culpa. Não mais persistindo os deveres do casamento e nem o regime de bens, tal subtrai a possibilidade de o sobrevivente ser reconhecido como herdeiro” (DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 138).

¹³ Nesse sentido, “[...] ao exigir a demonstração de culpa de alguém que já faleceu, estar-se-ia exigindo prova da *culpa mortuária* ou *culpa funerária*: ‘vai ser preciso demonstrar que o culpado pela separação de fato do casal foi o cônjuge falecido, morto e sepultado [...] Já se pode imaginar a paralisação de inventários por um longo tempo, por anos a fio, provavelmente eternizando angústias, se uma questão altamente controvertida como essa for introduzida para discussão e prova’, de acordo com o alerta de Zeno Veloso.

discussão de culpa em seara familista ser estranha ao propósito deste estudo,¹⁴ parece que a norma aqui deva ser interpretada não mais no sentido original de reprovar a conduta de um dos consortes (haja vista que o legislador não exigiu a “culpa” do cônjuge falecido, mas somente que o sobrevivente não tenha sido o causador do desenlace), mas como estabelecimento de mais um parâmetro de aferição da permanência ou não de vínculo afetivo entre o cônjuge falecido e o sobrevivente, o qual não mais se presumiria – cabendo ser provado pelo interessado em participar da sucessão – tanto maior fosse o tempo de afastamento. Não bastaria, contudo, a demonstração de não ter sido o sobrevivente causador do desenlace, mas também (o que pode se mostrar de difícil comprovação no caso concreto) a permanência de sentimento afetivo por parte do falecido.

Em sede jurisprudencial, a questão igualmente não é pacífica. A própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça oscila, ora acolhendo a tese de que a cessação da convivência, independentemente do lapso de duração, afastaria a participação do(a) viúvo(a) na sucessão,¹⁵ ora admitindo-a após o prazo legal de dois anos, ainda que em caráter excepcional e atribuindo o ônus probatório ao cônjuge sobrevivente, e não aos demais sucessores.¹⁶

O disposto no art. 1.830 não é o único filtro pelo qual deve ser analisada a pretensão do cônjuge em participar da sucessão, caso esta se dê em concorrência com descendentes do autor da herança. Neste caso, ela estará sujeita ao regime de bens com o qual fora casado com o *de cuius*, conforme adiante se verá. Antes, contudo, se faz necessário tecer algumas considerações sobre o tratamento dispensado ao companheiro e sua equiparação ao cônjuge para fins sucessórios.

Pior ainda: tentar provar a culpa de quem já morreu atenta contra o devido processo legal, por conta da absoluta impossibilidade de exercício do direito de defesa, afrontando garantia constitucional (CF, art. 5º, LV)” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 6. p. 318).

¹⁴ Diversos argumentos podem ser arrolados quanto à continuidade da culpa na separação, que vão desde a fixação do *quantum* de alimentos devidos ao cônjuge (art. 1.704, Cód. Civil) até a possibilidade de reparação civil pela infringência de deveres matrimoniais (art. 1.566, Cód. Civil). Em que pese antipática (e mesmo odiosa em certos casos), sua alegação por parte de um dos consortes de impedi-la seria subtrair um espaço de autonomia, em nome de uma suposta garantia de civilidade, duvidosa, na medida em que existem inúmeros outros interesses em disputa, como a divisão dos bens, ou guarda da prole. Em sentido oposto, DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 305.

¹⁵ Neste sentido, cf. STJ. Ac. Unân. 4ª T. REsp nº 1.065.209/SP. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 8.6.2010. *DJe*, 16 jun. 2010.

¹⁶ Ac. Unân. 4ª T. REsp nº 1.513.252/SP. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 3.11.2015. *DJe*, 12 nov. 2015.

2 A sucessão do companheiro e a equiparação ao cônjuge

O Código Civil brasileiro regulou a sucessão do(a) companheiro(a) em um único dispositivo, o malfadado art. 1.790,¹⁷ assistematicamente incluído entre as disposições gerais sucessórias, que estabelecia tratamento diferenciado (e frequentemente desfavorável) em relação ao cônjuge. A redação do texto limitava a participação sucessória aos bens amealhados na vigência da união, colocava o companheiro em concorrência com os parentes colaterais do finado, bem como punha em dúvidas sua própria condição de herdeiro necessário. As disparidades eram inúmeras, não tardando a receber críticas da doutrina quanto à sua incompatibilidade com os valores constitucionais.¹⁸

De fato, injustificável um tratamento diferenciado que trouxesse distintas consequências para os arranjos familiares, estabelecendo tratamento discriminatório, em descompasso com o projeto constitucional, de reconhecer nas distintas entidades familiares igual respeitabilidade e merecimento de tutela, na medida em que cada uma expressa o ambiente adequado para o desenvolvimento e projeção da personalidade de seus membros componentes, e a realização de seus projetos pessoais.

Sensível ao fato, o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre o tema. No RE nº 878.694/MG, o tribunal decidiu, por maioria, pela incompatibilidade do disposto no art. 1.790 e a Constituição Federal. Na ocasião, o relator, Min. Luís Roberto Barroso, entendeu que o dispositivo apresentava um *discrímén* e hierarquização entre os diferentes arranjos familiares incompatíveis com os princípios da igualdade, dignidade humana, proporcionalidade, vedação da proteção insuficiente e do retrocesso social.¹⁹ O Tribunal estabeleceu tese jurídica, determinando

¹⁷ Código Civil brasileiro, art. 1.790: “Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”.

¹⁸ “As diferenças são absurdas. O tratamento diferenciado não é somente perverso, é escancaradamente inconstitucional, afrontando de forma direta os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, sem falar na desequiparação preconizada entre duas células familiares: união estável e casamento. No mesmo dispositivo em que assegura especial proteção à família, a Constituição reconhece a união estável como entidade familiar, não manifestando preferência por qualquer de suas formas. O retrocesso da lei se afasta da razoabilidade” (DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 161).

¹⁹ “1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade

que, “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”,²⁰ estendida por igual às uniões homoafetivas, conforme de extrai do RE nº 646.721/RS.²¹ Com as decisões, reconhecendo de forma incidente a inconstitucionalidade do texto do artigo em comento, a sucessão dos companheiros e a do cônjuge passam a ser reguladas por igual,²² ressalvadas as decisões transitadas em julgado anteriormente à decisão da Corte.²³

A decisão representa inegável avanço no tratamento do direito familista e sucessório. Contudo, algumas questões permanecem a responder, em especial a possibilidade, ou não, de concorrência sucessória entre o cônjuge separado de fato há menos de dois anos (ou há mais, quando logre demonstrar não ter sido o causador do desenlace) e o companheiro do autor da herança. Os limites deste trabalho impedem análise mais minuciosa desse conflito. Naturalmente, o dilema só surge a aceitar o posicionamento que entende que o art. 1.830 não tenha sido revogado pela EC nº 66/2010. Obviamente, dadas as diferenças que caracterizam as formas de constituição e desconstituição das duas entidades familiares, o dispositivo não é aplicável à união estável, não havendo que se falar em direito sucessório do companheiro que já tivesse cessado a convivência com o *de cujus*, cabendo a este, caso fosse seu desejo protegê-lo, realizar, em vida, disposição de última vontade nesse sentido.

humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso” (STF. RE nº 878.694/MG. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.5.2017. *DJe*, 6 fev. 2018).

²⁰ STF. RE nº 878.694/MG. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.5.2017. *DJe*, 6 fev. 2018.

²¹ STF. RE nº 646.721/RS. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.5.2017. *DJe*, 16 maio 2017.

²² Assim também se manifesta, ainda que preliminarmente, Giselda Hironaka, para quem “O real alcance do julgamento em questão terá sido a equiparação de direitos sucessórios (apenas dos direitos sucessórios), em toda sua extensão para as pessoas que foram casadas ou para as que viveram em união estável, e que, agora, sucedem ao cônjuge ou ao companheiro falecidos” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. In: TARTUCE, Flávio *et al.* *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 757).

²³ “Com o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil nos termos consagrados pelo Pretório Excelso, a sucessão do companheiro (hétéro ou homoafetivo) fica parametrizada pelas regras da sucessão do cônjuge (hétéro ou homoafetivo), inclusive com todos os efeitos decorrentes. Com isso, o companheiro i) deixa de concorrer com os colaterais até o quarto grau, recolhendo sozinho a totalidade da herança, na ausência de descendentes e ascendentes; ii) veio a se tornar herdeiro necessário, da mesma forma que o cônjuge (CC, art. 1.845); e iii) passou a exercer o direito real de habitação, nos mesmos moldes que o cônjuge (CC, art. 1.831), de maneira vitalícia e incondicional, não o perdendo com a constituição de uma nova entidade familiar. Isso porque, com a aludida deliberação do Supremo Tribunal Federal, todas as regras da sucessão do casamento norteiam a sucessão da união estável, em todos os seus diferentes níveis e com todas as suas consequências” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 6. p. 364-365).

3 A concorrência sucessória entre o cônjuge/companheiro e os descendentes do autor da herança

Conforme mencionado *supra*, o cônjuge (e o companheiro, com o recente posicionamento do STF) foi alçado à condição de herdeiro necessário *especial*, sendo sua participação na sucessão condicionada ao disposto no art. 1.830 do Código Civil.²⁴ Caso concorram com os descendentes do autor da herança, cônjuge e companheiro terão sua participação condicionada ao regime de bens que regulava os efeitos patrimoniais de seu relacionamento com o *de cujus*.

O legislador civilista previu expressamente como regimes de bens a comunhão parcial (arts. 1.667-1.666), comunhão universal (arts. 1.667-1.671), participação final dos aquestos (arts. 1.672-1.686) e separação convencional (arts. 1.687-1.688), estabelecendo ainda o regime da separação obrigatória (art. 1.641), de imposição sob certas circunstâncias. A lei estabeleceu como regime silente o da comunhão parcial, cabendo aos nubentes, caso desejem regular seu matrimônio por regime distinto (ou mesmo mesclando regras concernentes a mais de um regime legal), fazê-lo mediante pacto antenupcial.

Uma primeira dificuldade surge em saber se os companheiros podem ou não optar por algum desses regimes de bens, dado que o *Códex* determinou que suas relações patrimoniais seriam reguladas, naquilo que cabível, pelas regras concernentes à comunhão parcial.²⁵ A doutrina tem entendido pela admissibilidade da opção, mediante contrato de convivência.²⁶

A concorrência sucessória entre cônjuge/companheiro e os descendentes do autor da herança é regulada pelo art. 1.829, do Código Civil, dispositivo de redação truncada, e que suscita inúmeras perplexidades.²⁷ O fio condutor da interpretação deve ser o de que a regra é o ingresso do cônjuge/companheiro na sucessão, devendo ser as exceções previstas no texto legal que, por ser norma restritiva de direitos (*in casu*, do consorte em acessar o acervo hereditário), não pode comportar interpretação extensiva.

²⁴ Obviamente, dadas as diferenças que caracterizam as formas de constituição e desconstituição das duas entidades familiares, o dispositivo não é aplicável à união estável, não havendo que se falar em direito sucessório do companheiro que já tivesse cessado a convivência com o *de cujus*, cabendo a este, caso fosse seu desejo protegê-lo, realizar, em vida, disposição de última vontade nesse sentido.

²⁵ Código Civil, art. 1.725: "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 6. p. 513.

²⁷ Código Civil, 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".

Desse modo, de imediato se depreende que, quanto ao regime da participação final dos aquestos, óbice não haverá para a concorrência sucessória.²⁸ De observar-se que alguns autores sustentam que, dada a natureza híbrida ostentada por esse regime – que seria verdadeira mescla dos regimes da comunhão parcial e da separação convencional –, deveria ser dado a ele o mesmo tratamento dispensado à comunhão parcial. Não nos parece, contudo, a mais acertada solução a ser dada ao caso, uma vez que, conforme já mencionado, não é dado ao intérprete distinguir onde o legislador não o fez.²⁹ Ademais disso, existem diferenças estruturais entre a participação final dos aquestos e a comunhão parcial, a justificar o tratamento diferenciado.³⁰

O regime da comunhão universal, por sua vez, foi expressamente mencionado pelo Código, entre os que vedam a concorrência sucessória. A *ratio* da proibição é que tal regime, entre todos os existentes, é aquele que apresenta a mais ampla fusão de patrimônios, de modo que, presumidamente, o cônjuge supérstite já se encontraria suficientemente amparado pela meação, sendo excessivo estender-lhe a participação sucessória.

Se esquece o legislador, contudo, que, mesmo nesse regime, há a possibilidade de o casamento não produzir efeitos patrimoniais. O art. 1.668 elenca uma série de bens que não ingressam no patrimônio comum do casal.³¹ Assim, *e.g.*, é possível vislumbrar um matrimônio em que o único bem fora uma casa doada ao *de cuius* com cláusula expressa de incomunicabilidade. Nessa hipótese, o cônjuge sobrevivente não teria direito à meação, tampouco estaria amparado pelo direito sucessório.

²⁸ Nesse sentido, cf. OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 332-333.

²⁹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 347.

³⁰ “No regime da comunhão parcial, cujas características já foram mencionadas anteriormente, os aquestos se comunicam aos cônjuges no momento da aquisição. Já na participação final nos aquestos, vislumbra-se um regime de ganhos e não de bens, baseado na solidariedade que deve existir entre os nubentes e, diversamente do que ocorre na comunhão parcial, os aquestos adquiridos por qualquer deles (art. 1.660, inciso I, do CC), em separado e na constância da sociedade conjugal (arts. 1.672 e 1.673 do CC), não se comunicam ao outro nubente por ocasião da aquisição, pertencendo exclusivamente ao cônjuge adquirente (arts. 1.672 e 1.673, 2ª parte, do CC)” (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 346).

³¹ Código Civil, art. 1.668: “Art. 1.668. São excluídos da comunhão: I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV - as doações antenuptiais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659”.

Parte da doutrina se insurge contra situações como a acima descrita, sustentando que a vedação legal à participação sucessória somente ocorre na existência de patrimônio comum, vindo a suceder na falta deste.^{32 33}

Em que pese ser louvável o esforço de proporcionar amparo ao cônjuge em tais circunstâncias, não parece ser esta a melhor solução. Os argumentos a favor de seu ingresso na sucessão – em que pese o inegável sentimento de justiça que os inspira – não merecem prosperar, tendo em vista que parecem pautar-se na lógica que afirma que *onde há meação inexiste herança e onde existe herança inexiste meação*. Ocorre que a aplicação mecânica desta máxima pode produzir algumas inconsistências quando da análise de outros regimes de bens, como o da separação convencional e mesmo na comunhão parcial, quando haja bens particulares e comuns do *de cujus*, conforme adiante se verá. Desta forma, parece que outra forma não há de amparar o consorte nas circunstâncias mencionadas que não lhe destinando parte do patrimônio mediante disposição de última vontade (o que se revela um problema num contexto sociocultural como o nosso, em que elaborar testamento não é prática comum).

Regime diametralmente oposto ao da comunhão universal é o da separação convencional de bens, pelo qual o casal elege um casamento que não produz patrimônio comum. A participação do(a) viúvo(a) na sucessão concorrendo com os descendentes é incerta, causando divergência doutrinária.

Parte da doutrina sustenta que, na ausência de vedação expressa da lei (que somente mencionou a separação obrigatória de bens, conforme adiante se verá), não caberia excluir o supérstite.³⁴ Ademais disso, sustenta-se que os efeitos do

³² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 6. p. 324.

³³ “Como se vê, a controvérsia é latente, os pareceres são diferentes, as interpretações divergem, não se podendo garantir que uma posição ou a outra haverá de ser a vencedora, no futuro. Mas eu tenho minha própria opinião, e devo manifestá-la: penso que da lógica e da coerência do sistema, considerando o todo orgânico da legislação sobre direito hereditário, inspirado no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, numa interpretação progressista, teleológica, e, sobretudo, com base no ideal da justiça e da equidade, deve ser admitida a concorrência da viúva e do viúvo, que foi casado sob o regime da comunhão universal, com os descendentes, se a herança apresenta bens particulares e quanto a estes, como ocorre se o regime de bens do casamento foi o da comunhão parcial” (VELOSO, Zeno. *Sucessão do cônjuge*. In: TARTUCE, Flávio et al. *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 685).

³⁴ Nesse sentido: “Pensamos, do mesmo modo como também se posiciona substancial parte da doutrina e da jurisprudência, que haverá concorrência sucessória entre o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional, com os descendentes do falecido, independentemente da situação fática, mesmo porque *a uma*, de maneira expressa, o legislador só exclui da concorrência sucessória o cônjuge que fora casado pelo regime da separação legal ou obrigatória e não pela separação volitiva (inciso I do art. 1.829 do CC), nas linhas do antiquíssimo brocardo ‘o que o legislador não excluiu, não cabe ao intérprete excluir’” (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 329-331).

pacto antenupcial estariam limitados ao casamento dos esposos, não se podendo estender ao plano sucessório.³⁵

Essa interpretação, contudo, esbarrou em forte resistência de outro setor doutrinário, conferindo uma interpretação elástica que compreende na vedação legal tanto a separação convencional quanto a obrigatória, entendendo que a opção manifestada na pactuação do regime da separação convencional deveria ser estendida ao campo sucessório.^{36 37 38 39}

A melhor razão parece estar com os defensores da primeira corrente. De fato, a norma do art. 1.829, I, Cód. Civil é restritiva de direitos (*in casu*, o direito do cônjuge/companheiro à herança), não devendo receber uma interpretação que amplie o alcance, sob pena de subverter a melhor técnica hermenêutica. Ademais disso, não parece adequado o argumento que afirma que os efeitos do pacto antenupcial devam ser estendidos à sucessão, uma vez que seu objeto é demasiado

³⁵ Assim: “A duas, porquanto o pacto antenupcial é negócio jurídico *inter vivos*, com efeitos limitados a disciplinar os efeitos patrimoniais decorrentes do casamento dos pactuantes, não sendo cabível, desse modo, eficácia ulterior à morte de qualquer dos nubentes, ocasião em que o vínculo matrimonial é rompido (arts. 1.653 e ss. E art. 1.571, §1º, do CC)” (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 331).

³⁶ “De fato, não merece a mesma compreensão a inclusão do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário nos casos em que o regime de bens eleito é o da separação total, inclusive considerando todos os pressupostos de que é dotado o regime. No caso, existem interesses e, conseqüentemente, a autodeterminação de ambos os consortes em não comunicar o seu patrimônio, o que foi ignorado pelo legislador neste artigo específico” (COSTALUNGA, Karime. O cônjuge sobrevivente e seu direito à herança: uma interpretação da disciplina orientada pela Constituição e pelo código civil. *In*: MARTINS-COSTA, Judith *et al.* *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 589).

³⁷ Destaca-se, aqui, o pensamento do próprio Miguel Reale, para quem: “Se o cônjuge casado no regime da separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança, estaríamos ferindo substancialmente o disposto no art. 1.687, sem o qual desapareceria todo o regime da separação de bens, em razão do conflito inadmissível entre esse artigo e o art. 1.829, I, fato que jamais poderia ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática. Entre uma interpretação que esvazia o art. 1.687 no momento crucial da morte de um dos cônjuges e uma outra que interpreta de maneira complementar os dois citados artigos, não se pode deixar de dar preferência à segunda solução, a qual, ademais, atende à interpretação sistemática, essencial à exegese jurídica. Se, no entanto, apesar da argumentação por mim aqui desenvolvida, ainda persistir a dúvida sobre o inc. I do art. 1.829, o remédio será emendá-lo, eliminando o adjetivo ‘obrigatória’. Com essa supressão o cônjuge sobrevivente não teria a qualidade de herdeiro, ‘se casado com o falecido no regime da comunhão universal, ou no de separação de bens’” (REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 63).

³⁸ Neste sentido: “Com todo o acatamento, não pode haver efeito jurídico diverso para quem se casa com pacto de separação total de bens, diante dos que se casam em tal regime por força de lei, porque a norma não fez tal distinção. Não faz sentido possibilitar aos cônjuges a livre escolha do regime de bens, formalizada no pacto antenupcial, para depois lhes negar os efeitos práticos do regime licitamente escolhido” (RIBEIRO, Paulo Dias de Moura. Polêmicas na sucessão de cônjuge: separação convencional de bens. *In*: TARTUCE, Flávio *et al.* *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 723).

³⁹ “Não temos dúvida de que, no âmbito do direito civil contemporâneo, inclusive do Direito das Sucessões, há de prevalecer a *intervenção mínima do Estado*, garantindo o exercício das liberdades. Máxime em situações como esta, nas quais *inexiste interesse público*. Esta é, seguramente, a melhor forma de respeitar a tábua axiológica constitucional, garantidora da dignidade humana, da liberdade e da igualdade” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 6. p. 328).

claro: regular as relações patrimoniais *no casamento*, não pretendendo regular situações ocorridas após o fim deste. Igualmente não merece prosperar o argumento de afronta à autonomia privada e ausência de interesse do Estado em regular a matéria. *Primeiro*, porque a norma que se comenta é de ordem pública. Se assim não fosse, bastaria ao autor da herança pactuar por testamento em sentido diverso para afastá-la por completo (até mesmo para alijar os descendentes ou o cônjuge), fato que, obviamente não encontra respaldo em doutrina ou jurisprudência. *Segundo*, porque o interesse público é evidente em estabelecer um nível mínimo de proteção às pessoas protegidas pelo dispositivo, todas elas (descendentes e cônjuge/companheiro) reconhecidas como herdeiros necessários. *Terceiro*, porque, a prevalecer a tese da extensão ao campo sucessório da incomunicabilidade estabelecida na separação convencional, por coerência a participação do cônjuge/companheiro deveria ser igualmente vedada caso concorresse com ascendentes do *de cujus*, conclusão que, evidentemente, não goza de amparo em doutrina ou jurisprudência. Ora, sendo assim, o argumento nada mais faz do que deixar implícita uma preferência – do intérprete, não do legislador – pelo interesse dos descendentes, o que não soa como a melhor conclusão.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem refletido o debate. A destacar, inicialmente, o voto proferido pela Min. Nancy Andrighi, em sede de Recurso Especial nº 992.749/MS, para o qual a expressão *separação obrigatória* seria gênero, a compreender as espécies legal e convencional.⁴⁰ O voto da relatora abraça a tese de que a autonomia manifestada na elaboração do pacto antenupcial deve ser estendida ao plano sucessório.⁴¹ Posteriormente, o posicionamento da

⁴⁰ STJ, 3ª T. REsp nº 992.749/MS. Rel. Min. Nancy Andrighi, 1.12.2009. P. *DJe*, 5 fev. 2010. “No tocante à separação de bens, muito embora a doutrina predominante, por meio das três correntes especificadas, posicione-se no sentido de que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação convencional de bens ostenta a condição de herdeiro concorrente, há entendimento em sentido contrário, que tem à testa o saudoso Prof. MIGUEL REALE (in Estudos Preliminares do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 61/64), que assevera serem ‘duas são as hipóteses de separação obrigatória: uma delas é a prevista no parágrafo único do art. 1.641, abrangendo vários casos; a outra resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens. A obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão ‘separação obrigatória’ aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1.641’. Dessa forma, a separação obrigatória a que se refere o art. 1.829, I, do CC/02, é gênero do que são espécies a separação convencional e a legal. Com base nisso, conclui que em hipótese alguma, seja na separação legal, seja na separação convencional, o cônjuge será herdeiro necessário do autor da herança”.

⁴¹ STJ, 3ª T. REsp nº 992.749/MS. Rel. Min. Nancy Andrighi, 1.12.2009. P. *DJe*, 5 fev. 2010. “Assim, quando os nubentes silenciam a respeito de qual regime de bens irão adotar, a lei presume que será o da comunhão parcial, pelo qual se comunicam os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, consideradas as exceções legais previstas no art. 1.659 do CC/02. Se em vida os cônjuges assumiram, por vontade própria, o regime da comunhão parcial de bens, na morte de um deles, deve essa vontade permanecer respeitada, sob pena de ocorrer, por ocasião do óbito, o retorno ao antigo regime legal: o da comunhão universal, em que todo acervo patrimonial, adquirido na constância ou anteriormente ao casamento, é considerado para efeitos de meação. A permanecer a interpretação conferida pela

ministra evoluiria para desconsiderar a qualidade de herdeiro necessário do cônjuge casado pelo mencionado regime.⁴² De notar-se, contudo, que o fundamento do *decisum* (que acolheu a questionável tese de ampliação dos efeitos do pacto antenupcial para além da extinção do matrimônio) é uma interpretação voltada ao regime da comunhão parcial de bens em que o *de cuius* deixe bens particulares, que limitaria a concorrência sucessória aos bens *comuns*, cabendo aos descendentes acesso exclusivo aos bens particulares. Esta é, como se verá, apenas uma das múltiplas possibilidades interpretativas a respeito do tema. Ademais disso, não parece haver qualquer base para desconsiderar a qualidade de herdeiro necessário do consorte conforme o regime de bens que regule seu matrimônio e, ainda que tal argumento fosse acolhido, por si só não conduziria à conclusão do afastamento automático deste em relação à participação na sucessão.

A decisão gerou importante precedente, contudo o tema não tardou a ser debatido novamente na Corte,⁴³ destacando-se duas decisões, mais recentes, em sentido oposto: os REsp nºs 1.346.324/SP e 1.472.945/RJ.

doutrina majoritária de que o cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial herda em concorrência com os descendentes, inclusive no tocante aos bens particulares, teremos no Direito das Sucessões, na verdade, a transmutação do regime escolhido em vida – comunhão parcial de bens – nos moldes do Direito Patrimonial de Família, para o da comunhão universal, somente possível de ser celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Não se pode ter após a morte o que não se queria em vida. A adoção do entendimento de que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens concorre com os descendentes do falecido a todo o acervo hereditário, viola, além do mais, a essência do próprio regime estipulado. Por tudo isso, a melhor interpretação é aquela que prima pela valorização da vontade das partes na escolha do regime de bens, mantendo-a intacta, assim na vida como na morte dos cônjuges. Desse modo, preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, haja ou não bens particulares, partilháveis, estes, unicamente entre os descendentes. A separação de bens, que pode ser convencional ou legal, a separação de bens, que pode ser convencional ou legal, em ambas as hipóteses é obrigatória, porquanto na primeira, os nubentes se obrigam por meio de pacto antenupcial – contrato solene – lavrado por escritura pública, enquanto na segunda, a obrigação é imposta por meio de previsão legal”.

⁴² STJ, 3ª T. REsp nº 1.346.324/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, 19.8.2014. P. *DJe*, 2 dez. 2014: “Partindo da premissa de que o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens não é herdeiro necessário, seja no regime do CC/16, seja no atual regime do CC/02, não há obrigatoriedade de trazer a colação o bem recebido por ocasião da doação previamente efetivada, estando ausente, por conseguinte qualquer violação dos arts. 544; 2.002 e 2.005, parágrafo único, do CC/02”.

⁴³ “No entanto, atendendo aos reclamos na maioria doutrinária e, ao menos nos Tribunais analisados, jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça passou por cima dos precedentes do final de 2009. Mais uma vez o entendimento de que a vontade manifestada em vida deve valer para após a morte foi afirmado no REsp nº 1377084/MG, em 08.10.2013, para então ser definitivamente superado. O *overruling* do precedente se deu primeiramente com os REsp’s nºs 1346324/SP e 1430763/SP, de 19.08.2014, em que o voto da Min. Nancy Andrighi a respeito da separação convencional foi vencido pelo do Min. João Otávio de Noronha, que adotou a interpretação majoritária em doutrina. Pouco tempo após e também no âmbito da Terceira Turma, em 23.10.2014, o REsp nº 1472945/RJ, de relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, também afirmou a condição de herdeiro do cônjuge casado em separação convencional de bens. Por fim, para pacificar a discussão na Corte Superior, o REsp nº 1368123/SP foi julgado pela Segunda Seção em 22.04.2015, tendo por Relator o Min. Sidnei Beneti e Relator para o acórdão Min. Raul Araújo, fixando o

No primeiro, o voto da Min. Nancy Andrighi restou vencido, saindo vitoriosa a tese esboçada pelo Min. João Otávio de Noronha, pela qual o alcance da expressão *separação obrigatória* ficaria circunscrito à separação legal, excluída, portanto a convencional.⁴⁴ Além disso, foi vencida a tese que retirava do consorte casado pela separação convencional a condição de herdeiro necessário.⁴⁵

O REsp nº 1.472.945/RJ, por sua vez, reafirmou a mudança de entendimento da Corte, limitando os efeitos do pacto antenupcial ao campo do casamento, não afetando a sucessão, e reforçando o caráter de norma cogente do comando normativo que impõe o concurso hereditário.⁴⁶

entendimento de que o cônjuge herda, em concorrência com os descendentes, sobre os bens particulares, ostentando condição de herdeiro necessário” (Goulart Filho, Antonio Cezar Quevedo; Silva, Marcos Alves da. Análise jurisprudencial da sucessão do cônjuge e do companheiro: Tribunais do Sul do Brasil. In: FACHIN, Luiz Edson *et al.* *Jurisprudência civil brasileira: métodos e problemas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 143).

⁴⁴ STJ, 3ª T. REsp nº 1.346.324/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, 19.8.2014. P. *DJe*, 2 dez. 2014: “Acentuo ainda que o art. 1.829, I, do Código Civil, ao elencar os regimes de bens nos quais não há concorrência entre cônjuge supérstite e descendentes do falecido, menciona o da separação obrigatória e faz constar entre parênteses o art. 1.640, parágrafo único. Significa dizer que a separação obrigatória a que alude o dispositivo é aquela disciplinada no artigo mencionado entre parênteses. Como registrado na doutrina de Mauro Antonini, já referida, a menção ao art. 1.640 constitui equívoco a ser sanado. Tal dispositivo não trata da questão. A referência correta é ao art. 1.641, que enumera os casos em que é obrigatória a adoção do regime de separação. Nessas circunstâncias, uma única conclusão é possível: quando o art. 1.829, I, do CC diz separação obrigatória, está referindo-se apenas à separação legal prevista no art. 1.641, cujo rol não inclui a separação convencional. Parece-me elementar o raciocínio”.

⁴⁵ STJ, 3ª T. REsp nº 1.346.324/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, 19.8.2014. P. *DJe*, 2 dez. 2014: “Ora, pelas mais mezinhas regras de hermenêutica, sabe-se que, onde a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo. Referido dispositivo legal não abre nenhuma exceção à regra, ou seja, o cônjuge será sempre herdeiro necessário, independentemente do regime de bens adotado pelo casal. E a norma contida no art. 1.829, I, do mesmo codex não altera essa realidade. O que ali está definido são as situações em que o herdeiro necessário cônjuge concorre com o herdeiro necessário descendente. E aí, sim, a lei estabelece que, a depender do regime de bens adotado, tais herdeiros necessários concorrem ou não entre si aos bens da herança. E percebam: a lei não afasta a condição de herdeiro necessário do cônjuge nos casos em que não admite a concorrência; simplesmente atribui ao descendente a primazia na ordem da vocação hereditária. Sob esse aspecto, não vejo nenhuma dificuldade em interpretar referido dispositivo legal. A conclusão da eminente relatora, de não admitir a condição de herdeiro necessário ao cônjuge casado sob o regime de separação total de bens, a meu ver – e com renovada vênua –, viola, de maneira escancarada, o já mencionado art. 1.845 do Código Civil”.

⁴⁶ 3ª T. REsp nº 1.472.945/RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, 23.10.2014. P. *DJe*, 19 nov. 2014: “Com efeito, importante sublinhar que 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 destaca-se a do direito sucessório, cujo fato gerador é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço, a vida em comum. As situações, por serem distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade. Logo, não merece acolhida a tese de que o regime de bens seria extensivo após a morte, em uma espécie de ultratividade do regime patrimonial, que teria uma suposta eficácia póstuma. É que a sociedade conjugal, por força expressa do art. 1.571, I, do Código Civil, extingue-se com o falecimento de um dos cônjuges, incidindo, a partir daí, regras próprias, à luz do princípio da especialidade, previstas no Livro V do Código Civil – que abrange o Direito das Sucessões. Registre-se, por oportuno, que Mário Luiz Delgado, ao analisar o tema, salienta que a afirmação de que ‘ao atribuir direito sucessório ao cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens, teria o legislador invadido a autonomia privada e abalado um dos pilares do regime de separação, por permitir

De todos os regimes previstos em lei, indubitavelmente o que mais provoca celeuma doutrinária e jurisprudencial é justamente aquele que o legislador elegeu como regra geral no caso de ausência de pacto (e que, portanto, regulará a maioria dos casamentos e uniões estáveis): o da comunhão parcial de bens.

Preliminarmente, é preciso posicionar a discussão. Induidoso é que, na ausência de bens particulares, o cônjuge/companheiro *não concorrerá* com os descendentes, haja vista que, nesta hipótese, o casamento produziria efeitos muito próximos aos de um matrimônio regulado pela comunhão universal (no qual, repise-se, se entende que o sobrevivente já estará suficientemente amparado pela meação, sendo desnecessário estender-lhe parte da herança). De igual modo, caso o extinto somente tenha deixado bens particulares (inexistindo, portanto, patrimônio comum e direito à meação), será assegurada ao sobrevivente a participação na sucessão, em concorrência com os descendentes. Sob tais pontos, inexistem divergências.

O debate se aflora, entretanto, caso o *de cujus* tenha deixado bens comuns e particulares, digladiando-se, aqui, diversas correntes de pensamento. De notar-se que o (acalorado) debate aqui não é *se* o sobrevivente herdará – posição que lhe foi assegurada por lei – mas *qual a extensão* de sua participação.

Uma primeira corrente de pensamento sustenta que a sucessão compreenderia todos os bens, comuns e particulares, vez que não houve qualquer sorte de limitação por parte do legislador quanto à base de cálculo da herança, a qual deve ser compreendida como um todo unitário.⁴⁷

Segundo entendimento professa que a concorrência estaria limitada aos bens particulares, vez que, quanto aos comuns, se encontraria resguardado pela meação.⁴⁸

a comunicação post mortem do patrimônio', merece ser plenamente rechaçada. E assim é porque '[...] o cônjuge, mesmo casado sob tal regime, na vigência do Código anterior, já herdava a totalidade da herança, bastando que não houvesse descendentes e ascendentes. Não se trata de comunicação de patrimônio, não se podendo confundir regime de bens com direito sucessório. Com a morte extinguiu-se o regime e o que está em discussão é o direito do cônjuge a uma pequena parte da herança, que, como veremos, pode ser bastante reduzida, bastando que o de cujus tivesse vários filhos e houvesse disposto em testamento toda a metade disponível'. (Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: uma proposta de harmonização do sistema Autor: Mário Luiz Delgado Revista Autônoma de Direito Privado, Curitiba, nº 4, jul/set 2007, pág. 66 - grifou-se). A propósito, o concurso hereditário, na separação convencional, impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, porquanto disposição legal absoluta, à luz do art. 1.655 do Código Civil. Válido lembrar, ainda, que a convenção sobre herança de pessoa viva é também vedada pelo ordenamento jurídico (*pacta corvina* - art. 426 do Código Civil). Ressalte-se, aliás, que a opção dos cônjuges pelo regime de separação de bens pode se dar pelos mais diversos motivos, dentre os quais uma maior facilidade na administração do patrimônio de cada um ou prevenir a sua eventual redução em caso de divórcio, não cabendo projetar a ausência de meação na seara sucessória. Não se pode presumir, no entanto, que o pacto antenupcial nesse sentido seja fruto do desejo dos nubentes em perpetuar a intransmissibilidade entre seus patrimônios".

⁴⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 340-341.

⁴⁸ Nesse sentido, cf. o posicionamento de Gustavo Tepedino: "Em que pese o valor dos argumentos de todas as posições mencionadas, mostra-se mais consentânea com o sistema, diante da dicção do art. 1.829 do Código Civil, a atribuição ao cônjuge do direito de concorrência tão somente na hipótese de haver deixado

Terceira vertente teórica advoga que a base de cálculo incidiria sobre os bens comuns. Os fundamentos dessa corrente encontraram alguma variação. Inicialmente, seus partidários se valiam de uma interpretação gramatical, para sustentar que a menção à existência de bens particulares do *de cuius* não implicaria exceção ao direito do cônjuge em participar da concorrência sucessória, antes seria a condição de seu ingresso, de modo a evitar tratamento díspar do que, até então, se conferia à união estável.⁴⁹ Posteriormente, admitiu-se que a existência de bens particulares não configuraria impedimento à participação sucessória, contudo ela somente ocorreria quanto aos bens comuns.

Esta tese foi parcialmente acolhida pelo STJ, em sede de recurso especial,⁵⁰ inicialmente no já mencionado REsp nº 992.749/MS, de 1º.12.2009, e, posteriormente no REsp nº 1.117.563/SP.

O primeiro julgamento (já analisado *supra* no que tange à separação convencional) acolheu o entendimento de que, no regime da comunhão parcial, havendo ou não bens particulares, a participação do supérstite estaria limitada àqueles, como forma de preservar a autodeterminação do casal.⁵¹

o de cuius bens particulares, limitando-se a vocação sucessória, quanto à base de cálculo, a tais bens. Em outras palavras, se o falecido, casado pelo regime de comunhão parcial de bens, não tiver deixado bens particulares, o cônjuge supérstite se encontra em situação idêntica a do sobrevivente de regime de comunhão universal, e não irá participar, conseqüentemente, da vocação hereditária, tendo direito apenas à metade dos bens adquiridos na constância do casamento, a título de meação. Há, aqui, unicidade patrimonial absoluta” (TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, v. 17, n. 1. p. 149. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2279>. Acesso em: 16 jul. 2019).

⁴⁹ “Em um primeiro momento, o legislador ressalva duas exceções. Fazendo uso da expressão ‘salvo se’, exclui a concorrência 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 ideias [...] Quando o regime é o da comunhão parcial e não existem bens particulares, significa que todo acervo hereditário foi adquirido depois do casamento, ocorrendo a presunção de 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 deste acervo. Tal não se coaduna com a natureza do regime da comunhão parcial, sendo descabido que venha o cônjuge sobrevivente herdar parte do patrimônio individual, quando da morte do par” (Maria Berenice Dias *apud* CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 343).

⁵⁰ Para alguns doutrinadores, as modificações trazidas pelos dois julgamentos representariam uma quarta corrente de pensamento. Por todos, cf. TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, v. 17, n. 1. p. 148. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2279>. Acesso em: 16 jul. 2019.

⁵¹ Analisando o acórdão, assim se manifesta Gustavo Tepedino: “Em primeiro lugar, analisa a situação do cônjuge casado em regime de comunhão parcial de bens. Entenderam os ministros, seguindo de forma unânime a orientação da relatora, que a disciplina do direito de concorrência do cônjuge não possui o condão de desnaturar o regime de bens voluntariamente estabelecido. Desse modo, deixando ou não o falecido bens particulares, caberia ao cônjuge supérstite o direito de concorrência apenas quanto aos bens que compõem o patrimônio comum, excluída sua meação. Nos termos da decisão, tal conclusão contribuiria para preservar ‘o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns’” (TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro.

Já o REsp nº 1.117.563/SP – cujo objeto era a análise da sucessão do companheiro – sustentou que casamento e união estável não poderiam receber tratamento diferenciado da lei. Assim, como o art. 1.790 do Código Civil limitava a participação do companheiro aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável (à qual se aplicam, por força do disposto no art. 1.725, as regras concernentes à comunhão parcial de bens), o mesmo deveria acontecer no casamento regido por esse regime.⁵²

Posteriormente, o mesmo Tribunal viria a modificar seu entendimento, no REsp nº 1.368.123/SP. Em seu voto, o relator, Min. Sidney Benetti, analisa as principais correntes doutrinárias supradescritas, para, ao fim, aderir àquela que limita a participação sucessória aos bens particulares do autor da herança.⁵³ A tendência foi consolidada em recente julgamento do REsp nº 1.617.650 /RS, no

Pensar – Revista de Ciências Jurídicas, v. 17, n. 1. p. 148. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2279>. Acesso em: 16 jul. 2019).

⁵² “Em histórico precedente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1117563, em acórdão datado de 17.12.2009 e de relatoria da Min. Nancy Andrighi, firmou uma corrente interpretativa: o cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens herda sobre os bens comuns. O caso, em verdade, versava sobre a sucessão do companheiro, mas argumentava-se, em sede de Recurso, que o companheiro não poderia ser beneficiado em relação ao cônjuge, que herdaria sobre bens particulares (de acordo com a opinião majoritária), de modo que houve a necessidade de se posicionar quanto ao cônjuge. Com essa interpretação, argumentou a Ministra, não haveria qualquer benefício da união estável em relação ao casamento. O que estaria na base da interpretação e que o cônjuge herda sobre bens de meação é a noção de que em respeito à autonomia privada dos consortes, é necessário que seja respeitada suas vontades manifestadas em vida mesmo após a morte, sob pena de esvaziamento do regime de bens escolhido pelos nubentes” (GOULART FILHO, Antonio Cezar Quevedo; SILVA, Marcos Alves da. Análise jurisprudencial da sucessão do cônjuge e do companheiro: Tribunais do Sul do Brasil. In: FACHIN, Luiz Edson *et al.* *Jurisprudência civil brasileira: métodos e problemas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 139).

⁵³ Segunda Seção. REsp nº 1.368.123/SP. Rel. Min. Sidney Benetti, 22.4.2015. P. *DJe*, 8 jun. 2015: “21- A variedade de interpretações apresentadas é exemplo apenas parcial do complexo regramento hereditário com que o novo Código Civil brindou a sociedade nacional. Essa complexidade, vale lembrar, ainda mais recrudescer, porque também se está a lidar com Direito de Família, onde campeia, como bem se sabe, a criatividade inesgotável da vida para a criação de situações fáticas sempre singulares. Diante desse panorama não é descabido prever que a adoção de determinado critério exegético pode se revelar plenamente ajustada para realizar a justiça em determinado caso concreto e produzir, em outra situação, resultado absolutamente contrário. Bem por isso cumpre ao juiz, especialmente aquele com assento nesta Corte Superior, cuja missão é assegurar a aplicação uniforme da lei federal, interpretar a norma de modo a preservar ao máximo a lógica e a unidade do sistema, resistindo à tentação de seguir determinada linha interpretativa apenas porque, no caso concreto, ela conduz mais facilmente ao resultado justo. É preciso recordar o efeito didático e multiplicador que têm os precedentes desta Corte e estar atento ao fato de que a mesma opção hermenêutica pode, transportada para outra realidade fática, revelar-se completamente desastrosa. 22.- Passando em revista todos os argumentos antes apresentados, tem-se como mais adequado, diante do sistema inaugurado pelo regramento sucessório de 2002, afirmar que o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão parcial de bens concorre com os descendentes na sucessão do consorte falecido, apenas quanto aos bens particulares que este houver deixado, se existirem. 23.- Naturalmente que essa solução não está isenta a críticas. Certamente haverá casos concretos em que alguma das outras soluções apresentadas se mostrem mais adequadas. A contingência, no entanto, é própria do tema em pauta e talvez seja mesmo insuperável. Nesta sede de recurso especial o que importa é, repita-se, uniformizar a aplicação da lei federal indicando a interpretação que mais afeita ao sistema e que, na generalidade dos casos, produza o resultado mais aceitável”.

qual a Corte, se manifestando sobre a sucessão do companheiro (já equiparada à do cônjuge por força do já mencionado RE nº 878.694/MG), em concorrência com os descendentes, reiterou os precedentes do Tribunal para limitar a sucessão aos bens particulares.⁵⁴

Todos os regimes de bens até então mencionados são de livre pactuação pelo casal. Há, entretanto, regime determinado por lei, de forma impositiva, para aqueles que desejam se casar sob determinadas circunstâncias. Trata-se do regime da *separação legal*, cujos efeitos no plano sucessório se passam a analisar.

Inicialmente, o texto do art. 1.829, ao estabelecer a vedação de concorrência sucessória, equivocadamente remete ao art. 1.640, parágrafo único, quando em realidade se refere ao art. 1.641.⁵⁵

Muito se questiona, em sede doutrinária, a respeito da compatibilidade deste dispositivo com os valores consagrados pela Constituição de 1988.⁵⁶ O dispositivo recai sobre a) aqueles que se casam na presença de causa suspensiva,⁵⁷ b) os maiores de setenta anos; c) aqueles que, para se casar, dependam de suprimento judicial.⁵⁸ Analisando-se as hipóteses em que incide a imposição legal, vemos que elas apresentam como elemento comum a intenção de proteger os interesses patrimoniais dos próprios nubentes (art. 1.641, I, c/c 1.523, IV, CC; art. 1.641, II e III, CC) ou de terceiros (art. 1.641, I, c/c 1.523, I e III, CC; art. 1.641, II, CC), ou, em uma única hipótese, evitar a chamada *turbatio sanguinis* (art. 1.641, I, c/c 1.523, II, CC).

Manteve o Código Civil, neste particular, o caráter patrimonialista de seu antecessor. Injustificável, em um contexto constitucional que confere primazia à tutela da pessoa humana, estabelecer limites que visem priorizar o patrimônio alheio. Ampliar ou restringir os efeitos patrimoniais do casamento é tarefa que deve caber a quem deseja constituir uma entidade familiar, local por excelência da projeção da personalidade, verdadeiro projeto existencial, portanto, a prevalecer sobre interesses patrimoniais, próprios ou alheios.

⁵⁴ STJ, 3ª T. REsp nº 617.650/RS. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 11.6.2019. P. *DJe*, 1º jul. 2019.

⁵⁵ Código Civil brasileiro, art. 1.641: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III - de todos os que dependerem, para se casar, de suprimento judicial”.

⁵⁶ “Em face do direito à igualdade e à liberdade, ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se estas fossem causas naturais de incapacidade civil. Atingem e ferem de morte direito cravado na porta de entrada da Carta Política de 1988, cuja nova tábua de valores põe em linha de prioridade o princípio da dignidade humana, diretriz já preconizada pela Súmula 377 do STF, justamente editada para ordenar a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento, como se tratasse de regime de comunhão parcial de bens, e assim impedir enriquecimento indevido” (MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 869).

⁵⁷ Art. 1.523, Código Civil.

⁵⁸ Situação em que se encontram, *e.g.*, os menores entre dezesseis e dezoito anos, quando haja divergência entre seus representantes legais quanto à autorização, ou não, do casamento.

A norma se revela particularmente cruel no tocante ao casamento de pessoas idosas. Afinal, as causas suspensivas podem ser afastadas mediante demonstração de inoccorrência de prejuízo a terceiros, ou de estado gravídico (art. 1.523, parâg. único, CC), afastando a aplicação do art. 1.641, I. E ainda que não o sejam em um primeiro momento, uma vez que cesse a sua ocorrência, autorizada estará a alteração do regime de bens, por força do princípio da mutabilidade justificada (art. 1.639, §2º, CC), a permitir, por igual, que os que se casem mediante suplemento judicial (art. 1.641, III, CC) venham a alterar o regime de bens que regula suas núpcias para o que melhor lhes aprouver. Tal não se pode afirmar do casamento do maior de setenta anos, dado que, nesta hipótese, a causa de aplicação da separação obrigatória, por obriedade, jamais cessará. Para este, o legislador estabeleceu uma restrição indissolúvel em sua autonomia, pautada na intenção evidente de preservar a herança dos futuros herdeiros, o que é moralmente repugnante e juridicamente insustentável.⁵⁹

Outro aspecto impõe análise mais detida. Anteriormente ao entendimento do STF, que igualou o tratamento sucessório entre cônjuge e companheiro, se entendia que tal regime não incidiria sobre o casal em que pelo menos um tivesse mais de setenta anos, e que decidisse viver em união estável, optando por não contrair núpcias.⁶⁰ Com a paridade de tratamento recém-conquistada, não é mais cabível tal posicionamento, o que só vem a agravar o rigor da lei.

Há, ainda, mais um aspecto a considerar, no que concerne ao regime da separação legal. A Súmula nº 377 do STF determina, para o referido regime, a comunicabilidade dos aquestos.

A súmula foi editada ainda ao tempo do Código Civil de 1916, que continha dispositivo que permitia a aplicação ao casamento contraído em tais circunstâncias, no que cabível, das normas referentes à comunhão parcial.⁶¹ Doutrina e jurisprudência têm se posicionado pela aplicabilidade do referido entendimento, posição com a qual discordamos (muito embora reconhecendo sua evidente justiça), por não conter o atual código nenhum dispositivo similar, o que, em nosso

⁵⁹ Pertinente mencionar o posicionamento de Gustavo Tepedino, para quem “A opção legislativa pela separação de bens no caso de casamento de idosos não os desqualificaria, por si só, em sua autonomia, desde que fosse assegurado aos cônjuges ou companheiros o poder de estabelecer regimes patrimoniais diversos, por meio de pacto antenupcial, com liberdade para dispor de seu patrimônio livremente. Nessa hipótese, poder-se-ia cogitar de regime de separação de bens supletivo, não já obrigatório, após determinada idade” (TEPEDINO, Gustavo. *Solidariedade e autonomia na sucessão entre cônjuges e companheiros*. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 14, n. 4, 2017. Editorial. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/issue/view/17>. Acesso em: 17 jul. 2019).

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 181.

⁶¹ Código Civil de 1916, art. 259: “Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”.

entendimento, suprime sua base de validade.⁶² A aceitar – conforme o faz o entendimento dominante – a incidência da súmula, necessário se faz questionar se ela estenderia seu alcance à sucessão (que passaria a ser regulada como se verdadeira comunhão parcial fosse), ou se estaria limitada à possibilidade de meação. Tem prevalecido o entendimento de que a incidência da súmula não afeta a questão sucessória, estando limitada a assegurar a meação do sobrevivente.⁶³

Resta ainda um tema a ser enfrentado. A hipótese do matrimônio realizado mediante regime *atípico*, possibilidade assegurada pelo Código Civil. A doutrina sustenta que, em tais hipóteses, deve ser apreciada uma solução no caso concreto, verificando-se qual regime legal a ele mais se assemelha, e aplicando, por analogia, o tratamento a ele destinado.⁶⁴ Há, entretanto, vozes em doutrina que entendem pela participação sucessória, salvo se o regime pactuado for, em essência, idêntico (ou ao menos muito próximo) de algum dos legalmente previstos.⁶⁵

Esta possibilidade prevista no art. 1.639 do Código Civil concede aos nubentes a faculdade de criar normas próprias, um estatuto jurídico *sui generis* para a sociedade conjugal que será constituída, criando assim um regime de bens *atípico*, também chamado de misto.⁶⁶ Desta forma, é possível aos nubentes estabelecer previamente a transição para um outro regime de bens após determinado lapso temporal ou ainda estabelecer que determinado bem particular se comunicará após a celebração do matrimônio,⁶⁷ situações estas que tornam bem delicada a sucessão concorrente baseada no regime de bens.

Cabe destacar que o IBDFAM possui um anteprojeto de lei para reforma do direito das sucessões, trazendo como proposta de alteração legislativa a retirada da vinculação da sucessão do cônjuge supérstite ao regime de bens do casamento, positivando no art. 1.829, inc. I apenas que sucessão legítima se defere “aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o companheiro sobrevivente”.⁶⁸

⁶² No mesmo sentido, cf. Chinelato: “se o teor do art. 259 do Código Civil de 1916 não foi repetido no novo Código, parece que a Súmula já não tem razão de ser” (*apud* OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 565).

⁶³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 328. TARTUCE, Flávio. *Direito civil – Direito das sucessões*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 6. p. 193.

⁶⁴ VELOSO, Zeno. Sucessão do cônjuge. *In*: TARTUCE, Flávio *et al.* *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 705.

⁶⁵ *Apud* TARTUCE, Flávio. *Direito civil – Direito das sucessões*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 6. p. 194.

⁶⁶ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014.

⁶⁷ Cabe destacar que regramentos de temas não patrimoniais também têm sido objeto de cláusulas previstas no pacto antenupcial, entendendo pela sua possibilidade sempre que não houver violação a direitos e garantias constitucionais e à matéria de ordem pública. Desta forma, há cláusula como distribuição dos deveres domésticos e escola dos filhos.

⁶⁸ IBDFAM. *Anteprojeto de Lei para Reforma do Direito das Sucessões*. Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/upload/anteprojeto_sucessoes/anteprojeto_sucessoes.pdf. Acesso em: 25 jun. 2019.

4 Concorrência entre cônjuge/companheiro e descendentes: a reserva mínima de quinhão e a hipótese de filiação híbrida – Dificuldades interpretativas

Outro aspecto problemático da concorrência sucessória reside na garantia, ou não, de reserva mínima de quinhão para a hipótese de concorrência sucessória entre o cônjuge/companheiro e os descendentes, em caso de filiação *híbrida* (quando há descendentes comuns e exclusivos do autor da herança).

Parcela da doutrina considera que somente deve ser assegurado o quinhão mínimo ao cônjuge/companheiro caso *todos* os descendentes sejam comuns. Logo, na hipótese de filiação híbrida, inexistiria tal quota garantida.⁶⁹

Outro setor doutrinário advoga que a reserva estaria garantida na filiação híbrida, pois bastaria um descendente comum para que incorresse o dispositivo legal.⁷⁰

Ao lado dessas duas vertentes, existem diversas outras propostas doutrinárias para solucionar a questão, algumas envolvendo complexos cálculos matemáticos.⁷¹

O Superior Tribunal de Justiça, no recente (e já parcialmente analisado) REsp nº 617.650/RS, posicionou-se pela garantia de quinhão somente na hipótese de prole comum, afastando-a em caso de filiação híbrida.⁷²

⁶⁹ “Parece que, assim sendo, a quota hereditária mínima (1/4) não é cabível, fazendo-se a partilha por cabeça entre a viúva ou o viúvo e os descendentes do *de cuius*, e essa opinião tenho manifestado desde os meus primeiros escritos sobre o Código Civil brasileiro e reitero tal entendimento, que considero lógico e justo. Com relação aos descendentes do hereditando, que são também descendentes do cônjuge sobrevivente, essa reserva de quota explica-se melhor e defende-se, razoavelmente, pois esses descendentes, teoricamente, receberão, no futuro, o que a viúva ou o viúvo recebeu a mais, atualmente. No entanto, os filhos exclusivos do *de cuius* não têm essa expectativa sucessória, com relação à viúva ou viúvo do(a) hereditando(a)” (VELOSO, Zenó. Sucessão do cônjuge. In: TARTUCE, Flávio *et al.* *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 687).

⁷⁰ “Se, porém, concorrer com descendentes comuns e descendentes apenas do *de cuius*, há que se entender que se aplica a garantia mínima da quarta parte em favor do cônjuge. O legislador não foi expresso, mas parece ser esse o espírito da lei. Qualquer outra forma de divisão, existindo dois grupos de descendentes, seria ilógica e, em princípio, impossível de ser feita. Não tendo a lei feito a distinção, não cabe ao intérprete distinguir” (VENOSA, Sílvio de Sávio. *Direito civil – Direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 7. p. 114).

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 173-175. Para uma correta análise de alguns destes posicionamentos intermediários, cf. TARTUCE, Flávio. *Direito civil – Direito das sucessões*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 6. p. 197-200.

⁷² STJ, 3ª T. REsp nº 617.650/RS. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 11.6.2019. P. *DJe*, 1º jul. 2019: “O legislador fez questão de limitar a reserva apenas à concorrência entre o consorte e os herdeiros comuns, evitando reduzir o valor que seria atribuído aos herdeiros exclusivos do *de cuius*, porque o patrimônio amealhado pelo cônjuge sobrevivente, aí se integrando a sua meação e a herança (no mínimo de 1/4), em tese, virá a ser, um dia, herdado pelos filhos comuns. Por isso, acabou-se alcançando um patamar maior para o consorte sobrevivente, retirando-se parcela dos filhos comuns, que, na ordem natural das coisas, virão a recebê-la quando do falecimento do genitor que sobrevivera. Essa peculiaridade fora bem ressaltada por Luciano Camargo: ‘A razão dessa proteção ao cônjuge é resguardá-lo com maior parte do patrimônio familiar, sobretudo, nos casos em que ele se torna o chefe de família, devendo desempenhar os deveres de sustento e cuidado dos filhos comuns. E, sendo o cônjuge ascendente de todos os demais

Considerados os argumentos e o posicionamento recente da Corte, parece-nos que a melhor razão assiste aos que asseguram ao cônjuge/companheiro a reserva do quinhão somente na hipótese de concorrer com descendentes comuns. Entretanto, assim entendemos não por julgar que tese contrária implicaria tratamento discriminatório entre os descendentes, vez que a alegação de que estes poderiam ser favorecidos na futura sucessão do cônjuge sobrevivente soa-nos por demais especulativa (nada impede que um destes descendentes venha a falecer prematuramente, sem deixar descendentes próprios), ou que o patrimônio herdado pelo cônjuge/companheiro venha a ser desfalcado, ou dilapidado. Ainda que os descendentes do autor da herança venham futuramente a também participar da sucessão de seu outro genitor, se tratará de nova sucessão, dos bens deste, não merecendo a alegação de tratamento diferenciado.

O argumento decisivo em favor da corrente mais restritiva ao cônjuge é, a nosso sentir, o de que o legislador, ao garantir a quota mínima ao cônjuge/companheiro “se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer” não admitiu a hipótese de a filiação híbrida alterar este quadro. Se é verdade que o Código Civil brasileiro resulta de anteprojeto da década de setenta do século passado (o que em muito explica o anacronismo com que trata diversos institutos, em especial aqueles ligados aos interesses existenciais), quando ainda inexístiam o direito ao divórcio e não se reconheciam como entidades familiares as uniões estáveis – e, portanto, as famílias recompostas não constituíam uma realidade jurídica frequente, sendo menos provável a hipótese de uma pessoa falecer deixando prole de dois relacionamentos –, tal não altera o fato que a opção legislativa por limitar a garantia de quinhão às hipóteses de filiação exclusiva não afronta qualquer valor expresso pela Carta Maior.

Considerações finais

A variedade de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais reflete as dificuldades interpretativas proporcionadas pela truncada redação dos arts. 1.829, I, e 1.832 do Código Civil. O que se verifica, no estágio atual do debate, é uma

herdeiros, o patrimônio não deixará a família, pois, futuramente, os descendentes receberão pelo menos a parte legítima, quando da morte do ascendente comum”. (in Manual de Direito Civil - Sucessões - Ed. RT, 1ª ed. em e-book, 2014, Parte II, item 1.2.6) A interpretação restritiva do enunciado normativo do art. 1.832 do CCB garante, a um só tempo, além do respeito a mens legis, uma divisão que atende à igualdade entre os herdeiros e, ainda, preserva o interesse dos filhos exclusivos sobre o patrimônio do ascendente falecido (que não será reduzido por força da reserva do ex-consorte do seu genitor), cujo direito, aliás, não pode ser combatido com base em interpretação extensiva de uma norma a restringir direitos de terceiros”.

ausência de critérios seguros que possibilitem uma interpretação mais clara e proporcionem maior segurança jurídica em circunstâncias de grande dramaticidade para os envolvidos.

Com relação ao primeiro dispositivo, a doutrina diverge, ora tentando formular um parâmetro que exclui da herança o consorte que possui direito à meação, incluindo o que convivera ou fora casado em regime no qual esta inexistiu, ora busca estabelecer uma suposta primazia dos interesses dos descendentes sobre o cônjuge, ou vice-versa.

Nenhum destes critérios é imune a críticas. Autores e julgados que sustentam que aquele que faz jus à meação não deverá ter direito à herança negam participação sucessória em caso de regime da separação convencional (hipótese em que o cônjuge/companheiro não faria jus a nenhuma delas).

Parece haver equívoco também na tentativa de estabelecer uma prioridade de tratamento aos descendentes ou ao consorte/convivente. O legislador não o fez. Se deu prioridade aos descendentes, o fez indubitavelmente em relação aos ascendentes do autor da herança, não ao cônjuge. Com relação a este, concorrem em igualdade. Daí não ser adequado buscar uma interpretação que priorize um ou outro.

No tocante à garantia, ou não, de quinhão hereditário ao cônjuge/companheiro na concorrência com os descendentes em hipótese de filiação híbrida, novamente se verificam discordâncias, cuja repercussão transcende o debate acadêmico.

O presente trabalho teve o objetivo de analisar algumas destas teses doutrinárias, bem como o posicionamento dos tribunais superiores, em especial o Superior Tribunal de Justiça, cujos acórdãos têm registrado oscilações no trato da matéria.

Inegavelmente, a simetria de tratamento entre cônjuge e companheiro foi um relevante avanço, no sentido de correção de inúmeras injustiças outrora verificadas. Mas mesmo essa equiparação traz consigo alguns novos questionamentos, conforme se pretendeu demonstrar.

A tarefa deixada pelo legislador ao intérprete é hercúlea e desafiadora, e ainda existe um longo caminho a ser percorrido na busca por *standards* hermenêuticos adequados e que permitam não só conferir maior precisão científica à interpretação/aplicação do direito como, principalmente, permitir que este cumpra de forma eficiente seu papel de estabilizador das tensões sociais dentro de uma ordem constitucional que priorize o respeito à dignidade humana.

Referências

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: RT, 2011.

FACHIN, Luiz Edson *et al.* *Jurisprudência civil brasileira: métodos e problemas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 6.

IBDFAM. *Anteprojeto de Lei para Reforma do Direito das Sucessões*. Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/upload/anteprojeto_sucessoes/anteprojeto_sucessoes.pdf. Acesso em: 25 jun. 2019.

MADALENO, Rolf. *O novo direito sucessório brasileiro*. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=42>. Acesso em: 28 ago. 2019.

MARTINS-COSTA, Judith *et al.* *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARTUCE, Flávio *et al.* *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil – Direito das sucessões*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 6.

TEPEDINO, Gustavo. Solidariedade e autonomia na sucessão entre cônjuges e companheiros. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 14, n. 4, 2017. Editorial. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/issue/view/17>. Acesso em: 17 jul. 2019.

VENOSA, Sílvio de Sávio. *Direito civil – Direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 7.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RANGEL, Andreia Fernandes de Almeida; ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da. Notas sobre a concorrência sucessória entre cônjuge/companheiro e descendentes do autor da herança. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 2, p. 17-41, abr./jun. 2022. DOI: 10.33242/rbdc.2022.02.002.

Recebido em: 27.08.2019

Aprovado em: 07.10.2019