

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**A SUCESSÃO DO DESCENDENTE:
Um cotejo entre Portugal e Brasil**

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Pedro Linhares Della Nina

Orientador: Professor Doutor António Pedro de Azevedo Ferreira

Número do candidato: 20150296

Abril de 2019

Lisboa

Dedico o presente trabalho e toda a minha vida

à Olívia e à Ana Beatriz.

O que mais desejo é a felicidade de vocês!

AGRADECIMENTOS

À minha esposa Thay, pela paciência, pelo amor e pela compreensão. Não é fácil um cotidiano com dois bebês em casa.

Aos meus amigos da UCAM que fizeram o mestrado comigo Stefano, Kelly, Carlos, Queiroz, Pedro Ivo, Damásio e Nathalia. A jornada com vocês foi mais fácil e divertida (#duty).

À Professora Andreyra Navarro, não só pelo carinho, mas por ter idealizado todo o projeto do Mestrado em Lisboa, sempre lutando pela sua “Tropa de Elite”.

Ao meu querido Orientador, Professor António Pedro Ferreira, pelo incentivo em momentos difíceis durante o curso e por todo o auxílio que recebi.

Ao SERPROS – Fundo Multipatrocinado e a todos os funcionários. Fui acolhido com muito carinho (e muitos desafios) em um momento difícil da minha vida e, por isso, sempre serei muito grato.

Ao meu amigo Rogério Ribeiro Domingues, não só por me franquear a mesa do estagiário para revisão do trabalho, mas por todos os ensinamentos, jurídicos ou não.

À minha mãe (vovó Peka), ao meu vovô Silvano Armando Della Nina e a minha vovó Maria Yedda Leite Linhares: não sei nem como agradecer-los.

“Ladies and gentlemen, I have understood in this case that the scales of justice cannot always be evenly weighed. And I must learn, for once to live with the imbalance. There are no killers here. Only people who deserve a chance to heal. The police have accepted my first solution to the crime, the lone assassin who made his escape. I will leave the train here to conclude formalities. You are all free to go. May you find your peace with this. May we all.”

Hercule Poirot

(Retirado do Filme Assassinato no Expresso do Oriente, de 2017, dirigido por Kenneth Branagh, baseado no livro de Agatha Christie)

RESUMO

A pesquisa sobre o direito sucessório português, em cotejo com o brasileiro, é tema de pouca, ou quase nenhuma, atenção na doutrina especializada, sendo curioso que, malgrado as duas normatizações (o Código Civil Português, materializado no Decreto-Lei n.º 47.344, de 25/11/1966, que revogou o Código de Seabra; e o Código Civil Brasileiro, decorrente de um projeto de 1969, coordenado por Miguel Reale, que foi transformando, muitos anos depois, na Lei n.º 10.406, de 10/01/2002, tendo revogado o Código Beviláqua) tenham origem no direito romano, o tratamento dado à matéria seja absolutamente divergente.

O Código Civil de Portugal, que é uma obra muito mais rígida, com tratamento pontual e literal sobre diversos assuntos, garante ao cônjuge o direito de concorrer com os descendentes de forma constante, sem condicionar ao regime matrimonial do casamento que havia sido escolhido e nem criar quotas mínimas em função dos filhos existentes.

Já o Código Civil do Brasil, que é uma construção mais principiológica, sem casuísmos temáticos, concede direitos sucessórios ao cônjuge sobrevivente, que concorre com descendentes, de acordo com o regime adotado no casamento, os bens que integram o espólio e a origem dos descendentes com quem irá concorrer (se comuns, só do inventariado ou filiação híbrida), o que é extremamente criticado pela doutrina brasileira, por causar manifesta insegurança jurídica.

O ensejo da pesquisa é cotejar os dois tratamentos dados à matéria, enfrentando as diferenças existentes de forma direta e abordando as principais considerações doutrinárias/jurisprudenciais sobre o tema, a fim de concluir qual dos dois sistemas proporciona efetivamente maior garantia ao cônjuge sobrevivente que concorre com descendentes do *de cujus*.

Palavras-chave: Direito Sucessório; Herdeiros Descendentes; Concorrência com Cônjuge; Direito luso-brasileiro

ABSTRACT

The research on Portuguese succession law, in comparison with the Brazilian, is a subject of little or almost no attention in specialized doctrine, being curious that, despite the two norms (the Portuguese Civil Code – Decree-Law n.º 47.344/1966 – which repealed the Seabra Code; and the Brazilian Civil Code, resulting from a 1969 project, coordinated by Miguel Reale, which was transformed many years later into Law n.º 10.406/2002, having repealed the Beviláqua Code) originate in Roman law, the treatment given to the matter is absolutely divergent.

The Civil Code of Portugal, which is a much more rigid work, with punctual and literal treatment on several subjects, guarantees to the spouse the right to compete with the descendants in a constant way, without conditioning to the matrimonial regime of the marriage that had been chosen and nor minimum quotas on the basis of existing children.

The Civil Code of Brazil, which is a more principled construction, without thematic casuistics, grants inheritance rights to the surviving spouse who, according to the regime adopted in marriage, compete with descendants for the assets.

The purpose of the research is to compare the two treatments given to the subject, addressing the existing differences directly and addressing the main doctrinal / jurisprudential considerations on the subject, in order to conclude which of the two systems effectively provides a greater guarantee to the surviving spouse who competes with descendants of *de cujus*.

Keywords: Succession law; Heirs Descendants; Competition with Spouse; Portuguese-Brazilian law

SUMÁRIO

1) Apresentação:	11
2) Do princípio da <i>saisine</i> positivado em Portugal e no Brasil:	15
a. Das Classificações dos Atos Jurídicos e dos Negócios Jurídicos.....	19
b. Do Negócio Jurídico Unilateral Receptício Denominado Aceitação/Renúncia (Repúdio) da Herança.....	33
3) Sucessão Legitimária <i>versus</i> Sucessão Necessária:	40
a. Do Tratamento Jurídico Brasileiro	40
b. Do Regramento Português	42
4) Dos Regimes Patrimoniais de Casamento Existentes:	48
a. Dos Regimes de Casamento Existentes	48
b. Da Especialidade do Regime Imperativo da Separação de Bens.....	56
c. Da Necessidade da Evolução Conceitual para Permitir a Alteração do Regime de Bens em Portugal	62
d. Da União Estável / União de Facto	65
e. Do Poliamor	69
5) A proteção linear do Código Civil Português e a vocação hereditária do cônjuge em função do regime de casamento do Código Civil Brasileiro:.....	72
a. Do Atributo de Herdeiro do Cônjuge que Concorre com Descendentes.....	72
b. Do Quinhão Hereditário do Cônjuge em Concorrência com os Descendentes.....	83
c. Da ressalva obrigatória: no Brasil há igualdade de direitos entre cônjuge e companheiro	87
6) Do problema atual decorrente do descendente concebido <i>post mortem</i> :.....	89
a. Da introdução à nova questão sucessória	89
b. Das técnicas de PMA – tópicos elementares	93
c. Do <i>status</i> do concebido <i>post mortem</i>	99
d. Qual a melhor solução sucessória para o descendente de 1º grau concebido <i>post mortem</i> ?	105
7) Conclusão:	110
Referências Bibliográficas:	112
Legislação:	119
Jurisprudência:	120

LISTA DE FIGURAS

Fig. 1 – Fato, Ato e Negócio Jurídico.....	21
Fig. 2 – Classificação do Negócio Jurídico	25
Fig. 3 – Demonstração da Representação.....	27
Fig. 4 – Classificação do Negócio Jurídico pela Vantagem	29
Fig. 5 – Diferenças entre Brasil e Portugal no Direito das Sucessões.....	46
Fig. 6 – União Estável x União de Facto	66
Fig. 6 – Origem Médica.....	101

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Cotejo CC/PT e CC/BR (I).....	12
Quadro 2 – Cotejo CC/PT e CC/BR (II).....	13
Quadro 3 – Cotejo CC/PT e CC/BR (III)	17
Quadro 4 – Cotejo CC/PT e CC/BR (IV)	30
Quadro 5 – Cotejo CC/PT e CC/BR (V)	32
Quadro 6 – Cotejo CC/PT e CC/BR (VII).....	34
Quadro 7 – Cotejo CC/PT e CC/BR (VIII)	35
Quadro 8 – Cotejo CC/PT e CC/BR (IX)	35
Quadro 9 – Cotejo CC/PT e CC/BR (X)	38
Quadro 10 – Disposição do Direito Sucessório no CC/PT.....	43
Quadro 11 – Quota Legítima no CC/PT	43
Quadro 12 – Cotejo CC/PT e CC/BR (XI)	50
Quadro 13 – Regimes de Casamento no CC/PT e no CC/BR.....	51
Quadro 14 – Cotejo CC/PT e CC/BR (XII).....	51
Quadro 15 – Cotejo CC/PT e CC/BR (XIII)	52
Quadro 16 – Cotejo CC/PT e CC/BR (XIV)	53
Quadro 17 – Cotejo CC/PT e CC/BR (XV)	56
Quadro 18 – Cotejo CC/PT e CC/BR (XVI)	57
Quadro 19 – Cotejo CC/PT e CC/BR – Normas Revogadas.....	72
Quadro 20 – Cotejo CC/PT e CC/BR (XVII).....	73
Quadro 21 – Interpretações sobre o art. 1.829, I, do CC/BR	82
Quadro 22 – Cotejo CC/PT e CC/BR (XVIII)	84
Quadro 23 – Cotejo CC/PT e CC/BR (XIX)	100
Quadro 24 – Norma Portuguesa e o CC/BR (I).....	101
Quadro 25 – Norma Portuguesa e o CC/BR (II)	104
Quadro 26 – Origem Constitucional do dever de Família no Brasil e em Portugal	105
Quadro 27 – Cotejo CC/PT e CC/BR (XX)	107

.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ART. – Artigo

CC – Código Civil

CC/BR – Código Civil brasileiro

CC/PT – Código Civil Português

CF – Conforme

CFM – Conselho Federal de Medicina

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

D.O.U. – Diário Oficial da União

EX – Exemplo

FIG. - Figura

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ/BR – Superior Tribunal de Justiça do Brasil

STJ/PR – Supremo Tribunal de Justiça de Portugal

1) Apresentação:

Tanto o Código Civil Português, materializado no Decreto-Lei n.º 47.344, de 25/11/1966¹, que revogou o Código de Seabra, quanto o Código Civil Brasileiro, que decorreu de um projeto de 1969, coordenado por Miguel Reale, e que foi transformado, muitos anos depois, na Lei n.º 10.406, de 10/01/2002, têm como origem o direito romano, mas foi o direito medieval/feudal, assentado no direito costumeiro parisiense², que proporcionou o mais relevante princípio do direito sucessório: o *droit de saisine*³.

Trabalha-se, assim, com uma ficção, uma presunção extremamente relevante, pois, com a abertura da sucessão (a ocorrência da morte do “*de cujus successionem agitur*”⁴), a herança (ativos e passivos do inventariado) será automaticamente transferida aos herdeiros, sendo que cada um terá que aceitar a sua qualidade de herdeiro individualmente ou, quiçá, renunciar, em pleno exercício de direito potestativo.

No que se refere aos regimes sucessórios, há confluência da estrutura lógica-sucessória dos dois diplomas, pois reconhecem a sucessão testamentária como regra, respeitados os quinhões mínimos em favor de determinados herdeiros legais, sendo que a sucessão legítima teria função residual, com parentes preestabelecidos sendo agraciados na ausência de disposição testamentária, como se apura dos seguintes artigos:

¹ O Código Civil Português, de 1966, teve significativas alterações na situação jurídica do cônjuge sobrevivente, após a reforma operada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro de 1977.

² SILVA, Rodrigo Alves da – **Princípio da Saisine nas Sucessões**. Revista Jus Navigandi [Em linha]. Teresina, ano 17, n.º 3443 (Dez.2012). [Consult. 16 Jan. 2019]. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/23156>.

³ No direito luso-brasileiro, o direito a saisina foi introduzido pelo Alvará de 09/11/1754, seguido do Assento de 16/02/1756.

⁴ A expressão latina é *de cujus successionem agitur* ou, em vernáculo e em tradução livre, de cuja sucessão se trata.

Código Português	Código Brasileiro
ARTIGO 2131.º (Abertura da sucessão legítima) Se o falecido não tiver disposto válida e eficazmente, no todo ou em parte, dos bens de que podia dispor para depois da morte, são chamados à sucessão desses bens os seus herdeiros legítimos.	Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo. Art. 1.966. O remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos, quando o testador só em parte dispuser da quota hereditária disponível.

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

O herdeiro legítimo, seja no Brasil ou em Portugal, é aquele que decorre do comando expresso da lei, pois, independentemente da vontade do falecido, concorrerá na sucessão. É de se frisar que o direito brasileiro e o português possuem comandos protetivos a certos herdeiros legítimos, que serão objeto de capítulo próprio, cujo assunto pode ser assim sintetizado: no direito brasileiro, há a garantia de 50% do espólio aos herdeiros necessários (arts. 1.789 e 1.845); no português, existe a previsão da sucessão legitimária, positivada nos arts. 2.156º ao 2.165º, que reserva 1/3 a 2/3 para alguns sucessores.

Acerca da sucessão testamentária, vê-se que haverá **herdeiros testamentários**, que receberão quinhões universais (quota da coletividade do espólio, que pode ser parcial [15%, 50%, etc...] ou total [100%]), enquanto que os **legatários** terão direito a bens singularmente considerados do monte⁵. O art. 2.030º, do CC/PT, é claro na distinção, não existindo equivalente na norma brasileira:

ARTIGO 2030.º
(Espécie de sucessores)

1. Os sucessores são herdeiros ou legatários.
2. Diz-se herdeiro o que sucede na totalidade ou numa quota do património do falecido e legatário o que sucede em bens ou valores determinados.
3. É havido como herdeiro o que sucede no remanescente dos bens do falecido, não havendo especificação destes.
4. O usufrutuário, ainda que o seu direito incida sobre a totalidade do património, é havido como legatário.
5. A qualificação dada pelo testador aos seus sucessores não lhes confere o título de herdeiro ou legatário em contravenção do disposto nos números anteriores.

⁵ Sucessão a título singular, deve-se destacar, não se refere à transferência de um único bem, mas sim de bens individualmente considerados em uma coletividade. Portanto, se o testador faz disposição legando um carro e um barco, estar-se-á diante de uma sucessão singular (legado). Todavia, se o testador deixar 22% do espólio, o beneficiário será denominado herdeiro testamentário.

A necessidade de distinguir o herdeiro testamentário do legatário se dá não só para fins de conceituação, mas sim para efeito de redução da cláusula testamentária. Ora, quando há violação da legítima do herdeiro necessário (no Brasil) ou do legitimário (em Portugal), ante a disposição testamentária que venha a exceder a parte disponível, é possível reduzir a cláusula testamentária, sem fazer com que o ato de última vontade, como um todo, perca a validade ou caduque (cfr. art. 2.317º, do CC/PT; arts. 1.973 a 1.975, do CC/BR, com a denominação de rompimento do testamento), que primeiramente deve incidir no quinhão universal (herdeiro testamentário) e, somente após, no quinhão singular (legatário), como se conclui dos seguintes artigos:

Quadro 2 – Cotejo CC/PT e CC/BR (II)

Código Português	Código Brasileiro
ARTIGO 2171.º (Ordem da redução) A redução abrange em primeiro lugar as disposições testamentárias a título de herança, em segundo lugar os legados, e por último as liberalidades que hajam sido feitas em vida do autor da sucessão.	Art. 1.967. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes. § 1º Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor. § 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente.

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Sobre a ordem de vocação dos herdeiros legítimos, tanto o Código Civil Brasileiro como o português têm róis similares, protegendo os mesmos parentes consanguíneos, isto é, os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e os colaterais até o 4º (quarto) grau, ante o positivado no art. 2.133º, do CC/PT, e nos arts. 1.829 e 1.839, ambos do CC/BR.

Assim, a análise da vocação hereditária legítima do cônjuge ao herdar em concorrência com o descendente do *de cujus*, é algo de extrema relevância, principalmente ao cotejar a norma de Portugal, que apresenta uma proteção linear, sem variáveis, com a do Brasil que, em um artigo confuso, determina que o atributo de herdeiro do cônjuge dependerá do regime de casamento existente e, em alguns casos, da origem dos bens que compõem do espólio.

E, se não bastasse as dificuldades naturais da concorrência em si, há diversas outras mazelas, que serão abordadas no presente trabalho, que interferem diretamente na problemática sucessória do cônjuge com o descendente, seja pelas questões patrimoniais inerentes, seja pelas técnicas decorrentes do avanço exponencial tecnológico da nossa sociedade.

2) Do princípio da *saisine* positivado em Portugal e no Brasil:

A morte é um relevante fato jurídico, produzindo diversos efeitos em campos mais variados. Seguindo a clássica distinção, a morte poderá ser **natural** (decorrente do fim da vida efetivo do indivíduo), **presumida** (ante a presunção relativa ocasionada por fatos extraordinários, tais como um desaparecimento ou um desastre sem a localização de corpos [acidente de avião por exemplo]), ou pode ser **civil** (quando o ordenamento jurídico dá tratamento de morto a quem está vivo, como se depreende das hipóteses de exclusão de herança por força da indignidade e deserdação).

Em qualquer das hipóteses, o ponto do presente capítulo é abordar as consequências patrimoniais decorrentes da transferência patrimonial quando da abertura da sucessão do *de cujus* aos seus herdeiros.

Como já dito, o Código Civil Português e o Código Civil Brasileiro têm como origem o direito romano, mas foi o direito medieval/feudal, assentado no direito costumeiro parisiense⁶, que proporcionou o mais relevante princípio do direito sucessório: o *droit de saisine*⁷.

Caio Mario da Silva Pereira, enfrentando a origem histórica do instituto, é categórico ao asseverar que:

*“Não foi, porém, uma peculiaridade do antigo direito francês. Sua origem germânica é proclamada, ou ao menos admitida, pois que fórmula idêntica era ali enunciada com a mesma finalidade: Der Tote erbt den Lebenden.”*⁸

⁶ SILVA, Rodrigo Alves da – **Princípio da Saisine nas Sucessões**. Revista Jus Navigandi [Em linha]. Teresina, ano 17, n.º 3443 (Dez.2012). [Consult. 12 Jan. 2019]. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/23156>.

⁷ No direito luso-brasileiro, o direito a saisina foi introduzido pelo Alvará de 09/11/1754, seguido do Assento de 16/02/1756.

⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva – **Instituições de Direito Civil Volume VI – Direito das Sucessões**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976, pag. 22.

Curiosamente a expressão utilizada por Caio Mario (*der tote erbt den Lebenden*), como explica Flávio Tartuce⁹, é confusa e curiosa, sem que o exato sentido fosse claro ou lógico. A melhor tradução nunca é a de isolamento de cada palavra, especialmente na língua tedesca, mas o resultado da interpretação é, no mínimo, inusitado:

Der Tote (**o morto**) erbt (**herda**) den Lebenden (**do vivo**).

Vê-se o equívoco: é o vivo o herdeiro do finado e não o contrário.

Silvio Rodrigues¹⁰, por sua vez, citando Planiol e Demolombe, atesta que *Saisine* quer dizer posse, enquanto que *Saisine héréditaire* significa que os parentes de uma pessoa falecida tinham o direito de tomar posse de seus bens sem qualquer formalidade, sendo que o *thema* foi transformado no brocardo “*le mort saisit le vif*”, consignado no art. 724, do Código Civil Francês, que é a primeira grande posituação sobre o *thema*¹¹.

⁹ TARTUCE, Flávio – “**Der tote erbt den lebenden**” e o estrangeirismo indesejável. Revista JusBrasil [Em linha]. [Consult. 19 Jan de 2019]. Disponível em <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822473/der-tote-erbt-den-lebenden-e-o-estrangeirismo-indesejavel>

¹⁰ RODRIGUES, Silvio – **Direito Civil Volume VI – Direito das Sucessões**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2000, pag. 14.

¹¹ Em verdade, após a reforma de 2001, proveniente da Lei n. 1.135, de 03/12/2001, todo o capítulo sobre abertura da sucessão e da Saisina no Código Civil Francês ficou esclarecedor, *verbis*:

Article 720

Les successions s'ouvrent par la mort, au dernier domicile du défunt.

Article 721

Les successions sont dévolues selon la loi lorsque le défunt n'a pas disposé de ses biens par des libéralités.

Elles peuvent être dévolues par les libéralités du défunt dans la mesure compatible avec la réserve héréditaire.

Article 722

Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi.

Ultrapassada a questão histórica, há um dado relevante no princípio da Saisina: trabalha-se, assim, com uma ficção, uma presunção extremamente relevante, pois, com a abertura da sucessão (a ocorrência da morte do *de cujus*), a herança (ativos e passivos do inventariado) será automaticamente transferida aos herdeiros, sendo que cada um terá que aceitar a sua qualidade de herdeiro individualmente ou, quiçá, renunciar, em pleno exercício de direito potestativo. Seguem as disposições normativas:

Quadro 3 – Cotejo CC/PT e CC/BR (III)

Código Português	Código Brasileiro
Artigo 2024.º (Noção) Diz-se sucessão o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam.	Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.
Artigo 2050.º (Efeitos) 1. O domínio e posse dos bens da herança adquirem-se pela aceitação, independentemente da sua apreensão material. 2. Os efeitos da aceitação retrotraem-se ao momento da abertura da sucessão.	Art. 1.804. Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão. Parágrafo único. A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança.

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Vê-se que o CC/Brasileiro opta por um enfoque direto, asseverando que, aberta a sucessão, a herança será transmitida **desde logo** aos beneficiários, de forma provisória, até que manifestem o seu aceite (tácito ou expresso, como determina o art. 1.805, do CC/BR), quando haverá a definitividade da transferência da propriedade e da posse do acervo hereditário.

Article 724

Les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt.

Les légataires et donataires universels sont saisis dans les conditions prévues au titre II du présent livre.

A leur défaut, la succession est acquise à l'Etat, qui doit se faire envoyer en possession.

Article 724-1

Les dispositions du présent titre, notamment celles qui concernent l'option, l'indivision et le partage, s'appliquent en tant que de raison aux légataires et donataires universels ou à titre universel, quand il n'y est pas dérogé par une règle particulière.

O CC/Português, por sua vez, possui aparente conflito de regras, já que o art. 1.317º, b¹², dispõe que a transferência da propriedade se dará com a abertura da sucessão (igual ao direito brasileiro), sendo que, somente após o implemento do evento futuro e incerto, isto é, depois da aceitação manifestada pelo herdeiro (que também pode ser expressa ou tácita, à luz do art. 2.056º, do CC/PT), os efeitos retroagirão ao momento da morte (art. 2.050º, item 2), indicando que a transferência só ocorreria após a aceitação.

Em verdade, os artigos do Código Civil de Portugal se complementam, já que, aceita a herança pelo beneficiário, haverá a retroação *ex tunc* dos efeitos da propriedade, como já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça¹³, no julgamento do Recurso de Revista n.º 1148/1996 (n.º 97B757), relatado pelo Ministro Mario Cancela:

¹² Segue a íntegra do comando legal:

Artigo 1317.º
(Momento da aquisição)

O momento da aquisição do direito de propriedade é:

- a) No caso de contrato, o designado nos artigos 408.º e 409.º;
- b) No caso de sucessão por morte, o da abertura da sucessão;
- c) No caso de usucapião, o do início da posse;
- d) Nos casos de ocupação e acessão, o da verificação dos factos respectivos.

¹³ Convém aqui a observação a algum eventual leitor brasileiro que Supremo Tribunal de Justiça trata, exclusivamente, na jurisdição ordinária, ao contrário do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Cabe ao Tribunal Constitucional de Portugal, através da competência fixada pela Revisão Constitucional de 1982, alguma função jurisdicional, sendo mais um órgão de soberania de Portugal, com viés político. J. J. Gomes Canotilho, aos discorrer sobre as dimensões da jurisdição constitucional, diferencia a responsabilidade de dizer o direito do Tribunal Constitucional da atribuição de regulador político do mencionado órgão, asseverando, sobre a natureza jurídica do tribunal em questão, que:

“O Tribunal Constitucional é um órgão de jurisdição. É, nos termos constitucionais, um tribunal. Isso não significa que a jurisdição constitucional exercida pelo Tribunal Constitucional esteja desprovida de especificidades metódicas em relação à actividade jurisdicional desenvolvida por outros tribunais. Em primeiro lugar, o Tribunal trabalha com um parâmetro de controlo – os princípios e regras constitucionais – com fortes cambiantes políticas. Esta ‘dimensão política’ do direito constitucional acabará, de forma mais ou menos explícita, por tornar o Tribunal Constitucional num regulador político. Num processo contínuo de concretização e desenvolvimento das normas constitucionais, o Tribunal decide questões políticas de grande relevância político-constitucional (ex: sentenças sobre a delimitação dos sectores da propriedade dos meios de produção, sentenças sobre o ensino da religião e moral católicas nos estabelecimentos de ensino público, sentenças sobre o pagamento de propinas universitárias, sentenças sobre a propriedade das farmácias). Bem ou mal (algumas das sentenças referidas merecem-nos as mais sérias reservas), o Tribunal Constitucional converte-se em partes institucionalizada de conformação do processo político através de actos em forma de actos jurisdicionais.”

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. (15ª reimpressão) Coimbra: Almedina, 2003, pag. 1.305.

Sumário

"I - Embora o momento da aquisição da propriedade seja, nos casos de sucessão por morte, o da abertura da sucessão, os herdeiros ou legatários, antes da aceitação da herança, não têm nenhum direito sobre os bens.

II - A aceitação é um acto jurídico unilateral e receptício, podendo ser tácita.

III - O direito de preferência que cabe ao proprietário do prédio onerado com a servidão legal de passagem apenas pode ser exercido por quem já o for no momento da venda e não o que só o adquira mais tarde por efeito da aceitação da herança."

Voto

"[...]

E o artigo 2050 dispõe no seu n. 1 que "o domínio e posse dos bens se adquirem pela aceitação independentemente da sua apreensão material".

Segundo o artigo 1317, alínea b) "o momento da aquisição da propriedade e, nos casos da sucessão por morte, o da abertura da sucessão" e esta, segundo o artigo 2031, abre-se no momento da morte do autor da sucessão.

Embora o momento de aquisição do direito de propriedade seja, nos casos de sucessão por morte, o da abertura da sucessão, antes da aceitação os herdeiros ou legatários não têm nenhum direito sobre os bens, enquanto os não aceitarem. No momento da morte o "de cujus" perde os seus direitos mas estes só são transmitidos quando se dá a aceitação ou quando são incorporados no património do Estado, no caso de herança vaga.

Quando a aceitação não for contemporânea da abertura da sucessão há a garantia jurídica de que os bens ficam presos ao fim de uma certa pessoa mas a determinar-se no futuro.

Entre a abertura da sucessão e a declaração de aceitação dessa, no entanto, ser tutelado o interesse da conservação dos bens. Daí que, enquanto se não sabe se aceita ou não, o artigo 2047 n. 1 faculte ao chamado providenciar acerca da administração dos bens se do retardamento puderem resultar prejuízos." ¹⁴

Mesmo com conceitos diferenciados, já que a lei brasileira é mais objetiva, enquanto que a norma lusitana, com a devida vênia, é mais rígida, detalhista e redundante (até por não adotar conceitos principiológicos, como na norma brasileira, optando pela literalidade casuística), é inegável a vigência do direito de saisina em ambos os códigos.

a. Das Classificações dos Atos Jurídicos e dos Negócios Jurídicos

Todavia, antes de adentrar no *thema*, é de se rememorar as noções conceituais clássicas dos atos jurídicos e dos negócios jurídicos, essenciais para compreender a relevância do que se deseja expor.

¹⁴ SUPREMO Tribunal de Justiça – Acórdão com o número 1148/1996, de 10 de Abril de 1997. Relator Mario Cancela.

Os fatos, em verdade, são a base motivadora de eventos que podem ser jurídicos, isto é, com relevância ao direito, ou não, quer dizer, irrelevantes juridicamente. Paulo Nader, com propriedade, assevera que:

*“Em sua gênese, os direitos subjetivos estão ligados a acontecimentos do mundo fático. Na base de cada direito individualizado, está o fato, não qualquer um, mas o que apresenta relevância do ponto de vista social e que por isto é referido no Direito objetivo. Não há direito subjetivo que não se origine de um fato jurídico. Os acontecimentos, indistintamente, considerados, que geram direitos subjetivos são chamados, em sentido amplo, de fatos jurídicos ou fatos jurídicos. Estes podem ser definidos como acontecimentos, oriundos da determinação humana ou de fatos naturais, que geram, modificam, conservam ou extinguem relações jurídicas.”*¹⁵

Manuel A. Domingues de Andrade, adentrando na definição de fato, reconhece que *“vem a ser todo o facto da vida real juridicamente indiferente, isto é, a que a ordem jurídica não liga quaisquer consequências [...] São, portanto, factos juridicamente irrelevantes, factos destituídos de eficácia jurídica, factos neutrais, sob o ponto de vista do direito – factos ajurídicos, em suma”*¹⁶.

Fabio Ulhoa Coelho, com o seu viés empresarial no Direito Civil, auxilia no que seria fato jurídico, eis que:

*“O fato descrito em norma jurídica como pressuposto da consequência por ela imputada é chamado de fato jurídico. Matar alguém, praticar negócio jurídico com dolo, o possuidor de boa-fé introduzir benfeitorias úteis na coisa e a violação culposa de direitos são exemplos de fatos jurídicos. Note-se que nem todos os fatos têm relevância para o direito. Os eventos são inócuos, sob o ponto de vista jurídico, quando não desencadeiam nenhuma consequência. Se alguém caminha pela praia numa bela manhã de sol, isto é um fato que, em princípio, nada tem de jurídico.”*¹⁷

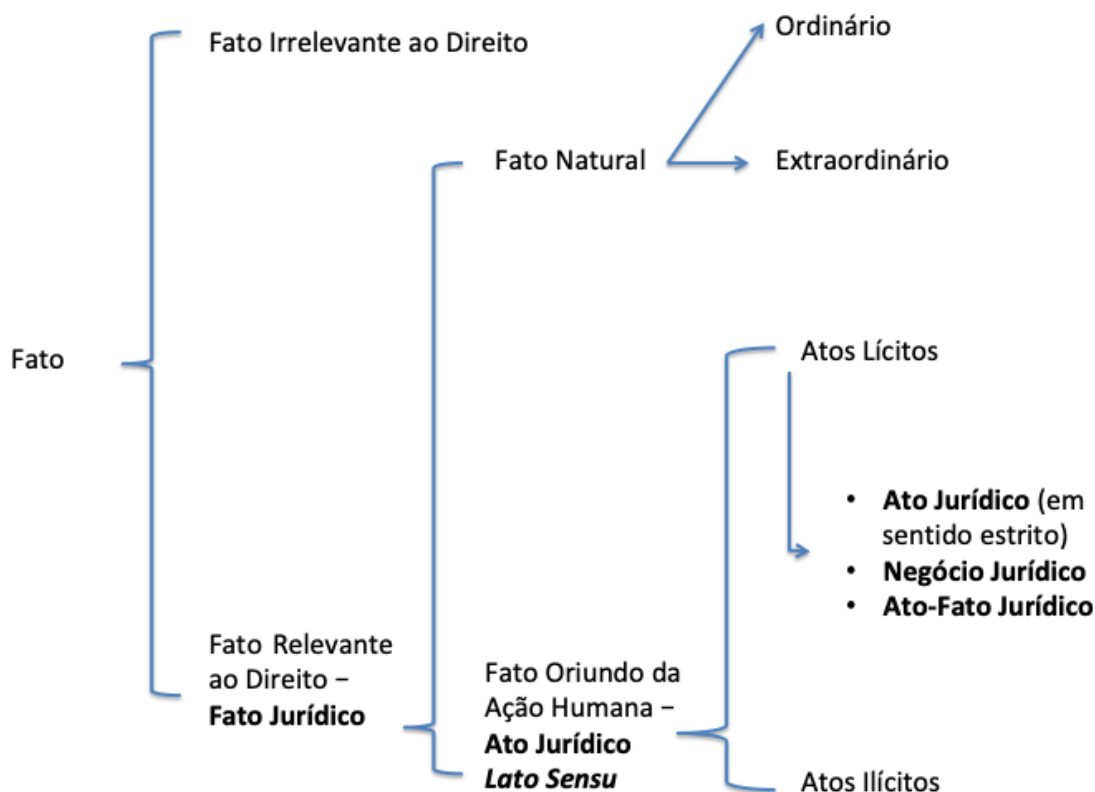
Assim, sem maiores delongas, é perfeitamente possível classificar o fato da seguinte forma:

¹⁵ NADER, Paulo – **Curso de Direito Civil Vol. 1.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pag. 363.

¹⁶ DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A. – **Teoria Geral da Relação Jurídica – vol. 1.** 1ª ed. Coimbra: Almedina, 1983, pag. 27.

¹⁷ COELHO, Fabio Ulhoa – **Curso de Direito Civil Parte Geral – Vol. 1.** 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pag. 286.

Fig. 1 – Fato, Ato e Negócio Jurídico



Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Por óbvio, os fatos naturais (aqueles de origem não humana) têm relevo ao direito, seja na passagem de um dia (lapso necessário a que o agente adquira a maioridade ou, quiçá, o último dia de um prazo judicial), seja em eventos não previsíveis (tempestade e/ou nevasca que causa atraso em voo, maxidesvalorização cambial¹⁸, entre outros exemplos).

¹⁸ No Brasil há diversos precedentes interessantes sobre a consequência jurídica de diversas desvalorizações cambiais que houve na história recente. Como destaque, segue julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre venda de helicópteros, *verbis*:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATO E ADITIVO PARA FORNECIMENTO DE SEIS HELICÓPTEROS PARA A POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. PREÇO AJUSTADO EM MOEDA NACIONAL (REAL). VENCEDORA CONTRATANTE QUE NECESSITAVA IMPORTAR AS AERONAVES PAGANDO EM MOEDA ESTRANGEIRA (DÓLAR). DESVALORIZAÇÃO DO CÂMBIO OCORRIDA EM JANEIRO DE 1999. TEORIA DA IMPREVISÃO. ÁLEA EXTRAORDINÁRIA CONFIGURADA. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. ART. 65, II, 'D', DA LEI No 8.666/93. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO DA EMPRESA PARTICULAR PROVIDO.

1. Em consonância com o estabelecido no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que garante a manutenção das condições efetivas da proposta de contrato celebrado com a Administração, a Lei de Licitações prevê a possibilidade de revisão contratual com o fito de preservação da equação econômica da avença, podendo essa correção,

Os fatos que são originários de ação humana são denominados atos jurídicos, sendo subdivididos em ilícitos e lícitos. Vale o registro, importante principalmente ao estudante de graduação, que, no Direito Civil, ato ilícito não é aquele tipificado no código penal, mas sim todo e qualquer descumprimento à norma e ao pactuado. Assim, um descumprimento contratual é um ilícito, da mesma forma que é apropriar-se de bem móvel que tenha proprietário (definido ou não¹⁹).

Mais uma vez, Fabio Ulhoa Coelho presta os necessários esclarecimentos:

“Os fatos podem ser condutas humanas, ou não. O caminhar de namorados pela praia e chover são eventos verificados na realidade, mas só o primeiro é ação de seres humanos. De modo algo similar, os fatos jurídicos também podem ser condutas de sujeitos de direito, ou não. Celebrar contrato (isto é, emitir declarações de vontade convergentes) é fato jurídico que representa necessariamente uma ação de pessoas. Completar 18 anos, ao contrário, é fato jurídico que impede de qualquer conduta imputável a um sujeito de

dentre outras premissas, advir da teoria da imprevisão, a teor do disposto no art. 65, II, d, da Lei no 8.666/93.

2. De outro lado, os contratos que tenham por objeto a prestação de serviço firmados em real e executados no exterior, eventualmente submetidos a variação cambial significativa e inesperada, são passíveis de repactuação, conforme previsão do art. 65, inciso II, d, da Lei 8.666/1993, caso constatada a oneração excessiva, com o rompimento da equação econômico-financeira firmada.

3. No caso concreto, a empresa autora, ora recorrente, requer indenização pecuniária, mediante a revisão de contrato administrativo para o fornecimento de helicópteros (por ela entregues) destinados ao serviço de remoção de vítimas de acidentes, resgates e operações especiais do Departamento da Polícia Rodoviária Federal, com preço originariamente fixado em moeda nacional (real), ante a alegada quebra da equação econômico-financeira, decorrente da forte desvalorização da moeda brasileira frente ao dólar, fenômeno ocorrido em janeiro de 1999, como consequência da mudança de política cambial então implementada pelo Banco Central.

4. Uma vez demonstrado que as aeronaves necessitavam ser adquiridas pela licitante vencedora no exterior, com o desembolso em dólar realizado logo após a mencionada e drástica alteração da política cambial (passando-se do sistema de bandas para o de livre flutuação do dólar), fato esse que, à época, não poderia ser previsto e que acabou por onerar sobremaneira a empresa recorrente, configurada resulta a álea econômica extraordinária e extracontratual de que trata o art. 65, II, d, da Lei no 8.666/93, legitimando a indenização por ela pleiteada.

5. Como já decidido por esta Primeira Turma do STJ no RMS 15.154/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 19/11/2002, "O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes".

6. Recurso especial conhecido e provido. “

(Recurso Especial n.º 1.433.434, da 1ª Turma do STJ, relatado pelo Ministro Sérgio Kukina, julgado em 20/02/2018 e com acórdão publicado em 21/03/2018).

¹⁹ Há um lamentável brocardo no Brasil, no sentido de que “achado não é roubado”, o que é uma excrescência jurídica. Há tipo penal previsto no art. 169, do Código Penal Brasileiro, sendo que o descobridor deve entregar a coisa à autoridade policial, à luz do art. 746, do Código de Processo Civil/BR.

*direito. Basta o planeta Terra percorrer sua trajetória em torno do sol dezoito vezes depois do nascimento de alguém para que essa pessoa passe a ser considerada capaz pelo direito. Esse fato jurídico caracteriza-se sem que qualquer sujeito – incluindo o aniversariante – tenha de fazer ou deixar de fazer qualquer coisa.”*²⁰

No que concerne ao presente capítulo, insta demonstrar que os atos jurídicos, ou melhor, os fatos jurídicos causados pela ação humana lícita podem ser registrados como ato jurídico e negócio jurídico. Poder-se-ia utilizar toda a tese para efetuar a distinção entre os institutos, mas, para fins objetivos (e por característica do autor), convém diferenciá-los acerca de seus efeitos.

O ato jurídico tem, por força da norma, efeitos cogentes obrigatórios. Logo, ao realizar o ato, se há a previsão da consequência, sem qualquer ingerência ou modulação pelo agente, trata-se de um ato jurídico. Em oposição, se é possível controlar os efeitos da ação, verifica-se um negócio jurídico²¹.

Assim, a renúncia à propriedade ou o reconhecimento de um filho são atos jurídicos em sentido estrito, eis que os efeitos estão claramente previstos na norma (no primeiro caso, o bem se tornará *res nullius*; enquanto que no segundo, não há como reconhecer a paternidade e impedir a utilização do nome ou se excluir de pagar alimentos). Paulo Nader assim se pronuncia:

²⁰ COELHO, Fabio Ulhoa – **Curso de Direito Civil Parte Geral – Vol. 1.** 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pag. 287.

²¹ Há, ainda, a figura do ato-fato jurídico que, em suma, analisa a consequência do ato, não o agente que o realizou. Ainda que não haja ensejo para maiores debates, convém destacar a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

“Essas ações são denominadas pela doutrina atos-fatos jurídicos, expressão divulgada no Brasil por Pontes de Miranda. No ato-fato jurídico ressalta-se a consequência do ato, o fato resultante, sem se levar em consideração a vontade de praticá-lo. Assim, por exemplo, não se considera nula a compra de um doce ou sorvete feita por criança de sete ou oito anos de idade, malgrado não tenha ela capacidade para emitir a vontade qualificada que se exige nos contratos de compra e venda. Em se tratando de ato dotado de ampla aceitação social, deve ser enquadrado na noção de ato-fato jurídico.”
GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil. Brasileiro vol. 1 – Parte Geral.** 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, pag. 305

*“Enquanto os efeitos dos atos jurídicos stricto sensu são os definidos no ordenamento (ex lege), os relativos aos negócios jurídicos são os estabelecidos pelas partes envolvidas (ex volante), dentro dos limites admitidos pela ordem jurídica.”*²²

Sobre os negócios jurídicos²³, cujos efeitos jurídicos podem ser mitigados e controlados, sempre haverá a suscitação de vontade, com ao menos um declarante

²² NADER, Paulo – **Curso de Direito Civil Vol. 1**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pag. 371.

²³ É de se observar, ainda que na presente nota de rodapé, que a autonomia da vontade e o viés privatista do negócio jurídico representam verdadeiros pilares estruturais do direito clássico e, especialmente, do estadunidense, tanto é que estão esculpidas na simples e objetiva Constituição Americana de 1.789, exatamente no art. 1º, Seção 10, item 1, que cria a vedação impositiva de se desequilibrar obrigações contratuais, *verbis*:

Article. I. - The Legislative Branch

(...)

Section 10 - Powers prohibited of States

No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility.

(...)

A partir dos anos 70, a noção de publicização²³ do direito contratual ganha força nos Estados Unidos, com a queda da liberdade contratual e da autonomia da vontade, seguido do declínio do dogma da vontade das partes, mitigando a “*sanctity of contract*”. O que se vê é a afetação do Direito dos Contratos, a partir de imposições da ordem pública, do poder de polícia, da defesa dos bons costumes, das imposições “protetivas” (Direito do Trabalho, a legislação antitruste, entre outras), sempre almejando manter a estrutura normativa e o bom andamento do *Welfare State*.

Os contratos, à luz desse entendimento que busca reduzir o alcance da interpretação clássica, apresentam-se menos como uma livre construção da vontade humana, devendo respeitar e contribuir com a atividade dos agentes econômicos à arquitetura geral da economia definida pelo Estado contemporâneo, dando novos pesos e valores à noção de dirigismo Contratual.

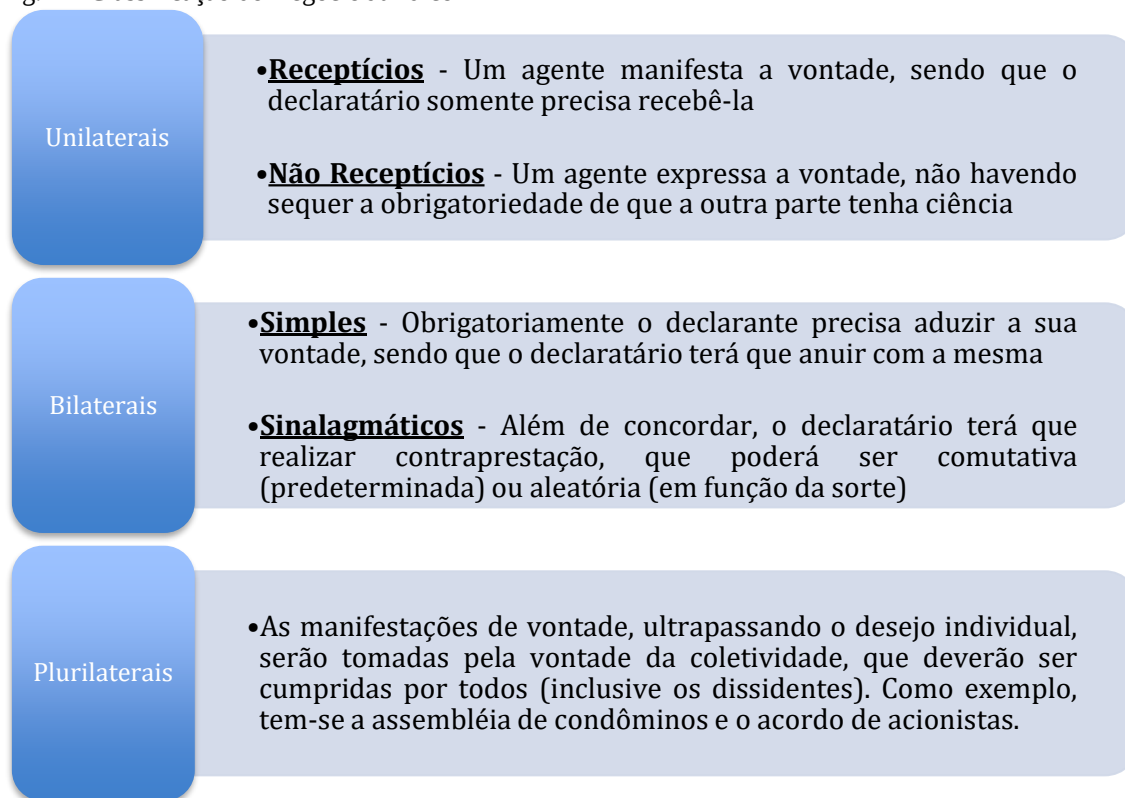
Esse é o cerne do trabalho de Grant Gilmore que, em seu jocoso “*Death of Contract*”, não quis criar uma ode ao descumprimento das obrigações ou alardear para o desuso das figuras contratuais, tampouco estimular os desfazimentos de pacto pré-constituídos. Ao revés, o autor quis celebrar a vida do contrato, com a mudança dos paradigmas tradicionais e a superação da visão clássica, que só serviam de antolhos, causando a cegueira da excessiva valoração da literalidade da letra fria do pacto.

O Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, cuja genialidade é sentida na corte constitucional brasileira, é brilhante ao resumir o *thema* em dois parágrafos:

“Esse discurso, no entanto, em todas as suas versões, mas especialmente naquela produzida pelos norte-americanos, em sua origem desde quando se passa a falar na morte do contrato (Gilmore) é, na verdade, um discurso a favor da vida do contrato, na medida em que propõe a superação daquela teoria. O mesmo se pode dizer em relação à queda da liberdade Contratual, clamando por um a nova teoria dos contratos, como já queria Atiyah no final dos anos 70. Em todas essas exposições, mostra-se justamente o poder de sobrevivência do contrato, que continua embasando o sistema econômico na medida em que se transforma: declínio do dogma da vontade das partes, de um lado, ascensão dos “contratos fato”, como veremos adiante. Mas, sempre

expressando o seu querer²⁴ motivador do pacto. Logo, convém apresentar a principal classificação dos negócios jurídicos, relativa ao número de manifestações de vontade expressadas:

Fig. 2 – Classificação do Negócio Jurídico



Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Pois bem, é fato que a manifestação de vontade pode ser aduzida pela parte, pessoalmente, ou pode ser, por vezes, suscitada através de um representante (**legal**, nos

e acima de tudo, avenças (= vínculos jurídicos) que proporcionam a fluência das relações de mercado.

À "morte do contrato" corresponde o fim da teoria clássica, que, na dicção de Guido Alpa, cede ante a necessidade da análise dos interesses concretos que o acordo entre as partes expressa, análise conduzida não segundo o método formal, mas mediante o exame dos interesses substanciais - ao que corresponde a objetivação e despersonalização do contrato."

(GRAU, Eros Roberto – **Um Novo Paradigma dos Contratos?**. Público [Em linha]. [Consult. 28 Jan. 2019]. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67510>)

²⁴ Aquele que manifesta a sua vontade é denominado **declarante**; em contrapartida, aquele que a recebe, é tido como **declaratório**.

moldes do art. 37²⁵; **orgânico**, à luz do art. 38²⁶ 27; ou **voluntário**, ante o teor do art. 39²⁸ 29). Assim, graficamente, tem-se um negócio jurídico de A (representado), devidamente

²⁵ **ARTIGO 37º (Representação legal)**

A representação legal está sujeita à lei reguladora da relação jurídica de que nasce o poder representativo.

²⁶ **ARTIGO 38º (Representação orgânica)**

A representação da pessoa colectiva por intermédio dos seus órgãos é regulada pela respectiva lei pessoal.

²⁷ É curioso que a legislação portuguesa, como se depreende dos artigos 38 e 39, optou por distinguir a representação voluntária, decorrente de negócio jurídico prévio, celebrado entre representante e representado, da representação orgânica, que é aquela que define que haverá um órgão com atribuição de representar uma pessoa colectiva. No Brasil, infelizmente, não há a referida distinção, sendo que a normatização trata todos os fenómenos de igual forma. Pontes de Miranda, já em 1973, criticava a opção legislativa da não distinção, assinalando que a **representação** (voluntária ou legal) seria distinta da **presentação**, figura similar à representação orgânica lusitana. Segue o ensinamento do nobre doutrinador alagoano:

“Órgão e Apresentação – Conforme temos sempre frisado, chamando atenção para as graves confusões que aparecem em leis e em livros, indiferentes à terminologia indispensável à expressão das leis e às exposições do direito, onde há órgão não há representação, nem procuração, nem mandato, nem qualquer outra outorga de poderes. o órgão é parte do ser, como acontece às entidades jurídicas, ao próprio homem e as animais. Coração é órgão, fígado é órgão, olhos são órgãos; o Presidente da República é órgão; o Governador de Estado-membro e o Prefeito são órgãos. Quando uma entidade social, que se constitui, diz qual pessoa que por ela figura nos negócios jurídicos e nas atividades com a Justiça, aponta-a como o seu órgão, que pode presentá-la (isto é, estar presente para dar presença à entidade de que é órgão) e, conforme a lei ou os estatutos, outorgar poderes a outrem, que então representa a entidade.”

(PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – **Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo I**. Rio de Janeiro: Forense, 1973, pags. 318/319).

²⁸ **ARTIGO 39º (Representação voluntária)**

1. A representação voluntária é regulada, quanto à existência, extensão, modificação, efeitos e extinção dos poderes representativos, pela lei do Estado em que os poderes são exercidos.
2. Porém, se o representante exercer os poderes representativos em país diferente daquele que o representado indicou e o facto for conhecido do terceiro com quem contrate, é aplicável a lei do país da residência habitual do representado.
3. Se o representante exercer profissionalmente a representação e o facto for conhecido do terceiro contratante, é aplicável a lei do domicílio profissional.
4. Quando a representação se refira à disposição ou administração de bens imóveis, é aplicável a lei do país da situação desses bens.

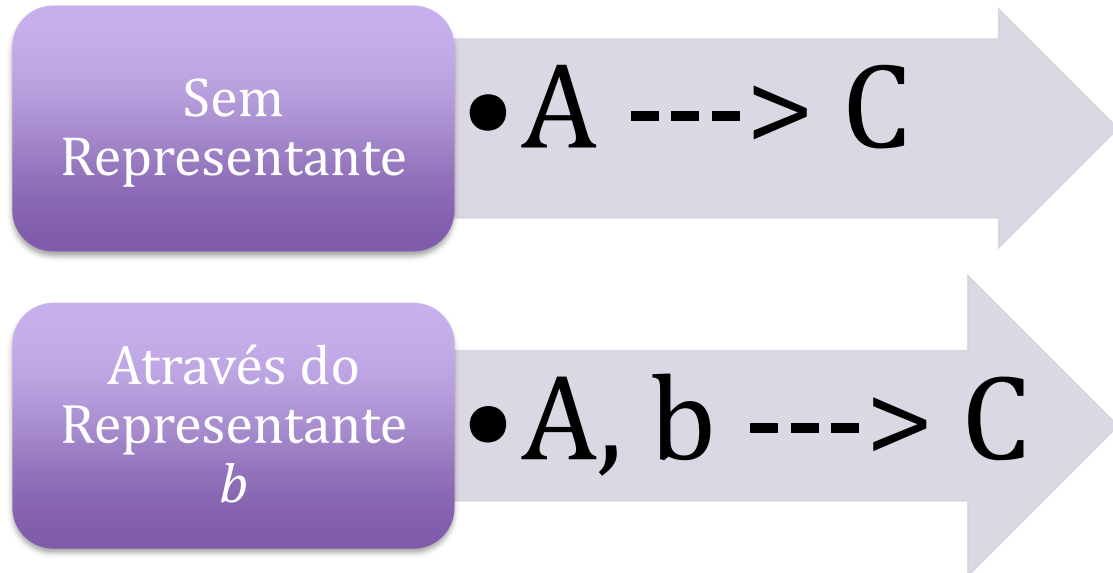
²⁹ A representação voluntária, por sua vez, é deflagrada ao mundo dos fatos através da procuração, como expresso no artigo 262, *verbis*:

Representação voluntária
ARTIGO 262º (Procuração)

1. Diz-se procuração o acto pelo qual alguém atribui a outrem, voluntariamente, poderes representativos.
2. Salvo disposição legal em contrário, a procuração revestirá a forma exigida para o negócio que o procurador deva realizar.

representado por b (representante), celebrado com C (declaratório da manifestação de vontade de A), demonstrado da seguinte forma:

Fig. 3 – Demonstração da Representação



Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

A presunção relativa existente na normatização, fundamental para a juridicidade das modalidades de representação, considera que a manifestação de vontade, necessária aos negócios jurídicos (sejam os unilaterais ou bilaterais) e aduzida, materialmente, pelo representante, demonstra o próprio desejo do representado, nos

limites dos poderes outorgados, Essa é a regra de ouro para a validade de toda e qualquer representação³⁰, estando esculpida no art. 258, do CC lusitano³¹:

ARTIGO 258º
(Efeitos da representação)

O negócio jurídico realizado pelo representante em nome do representado, nos limites dos poderes que lhe competem, produz os seus efeitos na esfera jurídica deste último.

³⁰ É evidente e inequívoco que, quando o ordenamento jurídico veda a celebração do autonegócio (ou negócio consigo mesmo), não se quer impedir que alguém contrate com si próprio, o que só seria explicado pela psicanálise, através do estudo da multipersonalidade do indivíduo (transtorno dissociativo de identidade). Não faz qualquer sentido que exista uma vedação expressa na norma, proibindo, por exemplo, que eu venda para mim mesmo, ou, por absurdo, que eu me outorgue procuração.

O que o ordenamento jurídico busca impedir, quando da proibição do negócio consigo próprio, é que o representante, em nome do representado, firme negócio com o representante, o que, genericamente, poderia gerar conflitos. Essa é a essência do artigo 261, do CC/PT, que cria hipótese de perda de validade do negócio confeccionado, ante a sanção da anulabilidade.

É fácil perceber que a vedação ao autocontrato, firmado pelo representado, através do representante, que se contrata a si própria (perdoe-me pelo pleonasma literário), é norma geral, podendo ser excepcionada, sendo esse o cerne do presente relatório. O contrato de Mandato sem Representação, previsto nos já transcritos artigos 1.180 ao 1.184, do Código Civil Português, é, exatamente, o instrumento jurídico para que o representante, na defesa dos seus próprios interesses, possa, em nome do representado, celebrar contrato consigo mesmo.

Há diversas definições do instituto na doutrina portuguesa, como se depreende dos dois exemplos a seguir transcritos, que atingem e esclarecem o ponto nodal e conceituam o mandato sem representação:

“De acordo com o disposto no art. 1180º CC, o mandatário, se agir em nome próprio, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes do acto que celebra.

O que caracteriza o mandato sem representação, é o facto de o mandatário agir em seu nome próprio.

Em vez, assim, de os actos produzirem os seus efeitos na esfera jurídica do mandante (art. 258º CC), produzem-nos na esfera do mandatário. No fundo, o alcance da actuação em nome próprio é o de fazer projectar sobre a esfera jurídica do agente, além dos efeitos característicos da situação de parte, os de natureza pessoal: é ele quem tem legitimidade para exigir e receber o cumprimento das obrigações decorrentes do contrato, é contra ele que a outra parte se deve dirigir, não só para reclamar os seus créditos como para fazer valer quaisquer acções pessoais derivadas do contrato, nomeadamente a respeitante à sua validade ou eficácia.”

ALBERTO, Octávio Manuel Gomes. Público [Em linha]. Disponível em http://octalberto.no.sapo.pt/contrato_de_mandato.htm [Consult. 3 Jan. 2019].

“Conforme o art. 1180.º do Cód. Civil, no mandato sem representação, o mandatário age em nome próprio, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes dos actos que celebra. Segundo a tese da dupla transferência, adoptada pelo legislador no âmbito do mandato para adquirir (art. 1180.º do Cód. Civil), os efeitos repercutem-se na esfera do mandatário, sendo necessário um negócio autónomo para os transmitir para o mandante. Este, por seu turno, é obrigado a fornecer ao mandatário os meios necessários à execução do mandato, entre os quais se encontra a provisão para despesas (art. 1167.º, al a), do Cód. Civil). Como os direitos adquiridos em execução do mandato são primeiramente imputados à esfera de pertinência do mandatário, o preceito do art. 1181.º do Cód. Civil impõe-lhe a obrigação de os transferir para o mandante.”

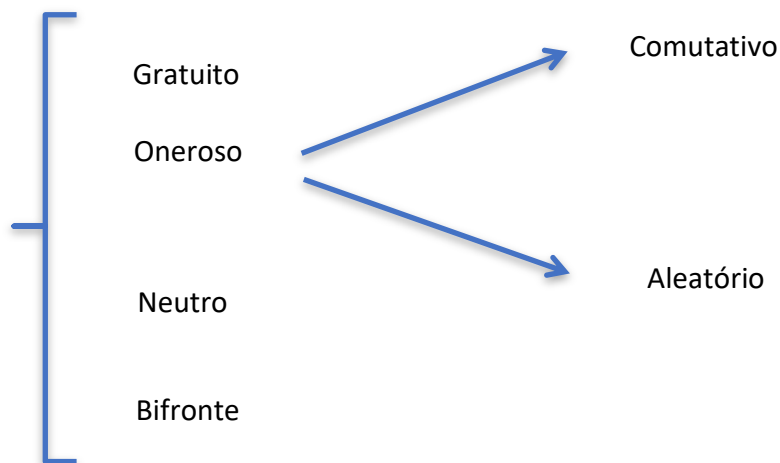
VAZ TOMÉ, Maria João Romão Carreiro – **Sobre o contrato de mandato sem representação e o trust**. Público [Em linha]. Disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=65580&ida=65532 [Consult. 3 Jan, 2019].

³¹ Há norma similar no direito brasileiro, como se apura do artigo 116, do CC/BR:

Art. 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.

Há, ainda, outra relevante classificação de negócios jurídicos acerca do cunho retributivo, isto é:

Fig. 4 – Classificação do Negócio Jurídico pela Vantagem



Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Vê-se, assim, que a despeito do número de manifestações de vontades, os negócios jurídicos também podem ser classificados a partir da existência, ou não, de contraprestação. Tem-se, dessa forma, gratuidade quando houver um agir do contratante, sem qualquer tipo de contrapartida, o que pode se verificar no negócio bilateral simples e no unilateral (receptício ou não-receptício).

Já no negócio oneroso, não se exige eventual proporção nas parcelas, mas sim é imperioso que exista o sinalagma, ou melhor, a presença de reciprocidade de condutas, com prestação de uma parte e contraprestação de outra.

Divide-se, portanto, a onerosidade em duas, criando critérios sobre a previsibilidade da contraprestação: se há certeza quanto o que será pago em retribuição, a figura é da **comutatividade**; se há variabilidade envolvida na contraprestação, existirá **aleatoriedade**³².

³² No que pertine à sorte (álea), impossível não fazer referência à famosa frase de Caio Júlio César, proferida ao atravessar o Rio Rubicão com suas legiões e que iniciou a Segunda Guerra Civil da República Romana: *alea jacta est* (a sorte está lançada).

Convém, ainda, o registro de que os negócios jurídicos podem ser neutros ou bifrontes. No primeiro caso (neutro), é irrelevante o viés contraprestacional para caracterizar o negócio, como se pode depreender, de forma exemplificativa, do casamento³³ e da instituição de cláusula de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade.

No caso do bifronte, a presença, ou não, de onerosidade deve ser dirimida e analisada no caso concreto, por ser possível que um negócio jurídico, seja ou oneroso ou gratuito, tal como o mandato e o depósito, por exemplo.

Vale, ainda, a observação sobre a não manifestação relevante ao negócio jurídico. O direito clássico, de origem romana, admite o silêncio excepcionalmente como manifestação tácita de vontade, pelo o que se conclui do famoso brocardo “*qui tacet consentire videtur, si loqui debuisset ac potuisset*”³⁴, o que foi incorporado tanto no Código Civil Português, materializado no Decreto-Lei n.º 47.344, de 25/11/1966, que revogou o Código de Seabra, quanto o Código Civil Brasileiro, que decorreu de um projeto de 1969, coordenado por Miguel Reale, e que foi transformado, muitos anos depois, na Lei n.º 10.406, de 10/01/2002. Seguem os dispositivos relevantes:

Quadro 4 – Cotejo CC/PT e CC/BR (IV)

Código Português	Código Brasileiro
ARTIGO 35º (Declaração negocial) 1. A perfeição, interpretação e integração da declaração negocial são reguladas pela lei aplicável à substância do negócio, a qual é igualmente aplicável à falta e vícios da vontade. 2. O valor de um comportamento como declaração negocial é determinado pela lei da residência habitual comum do declarante e do destinatário e, na falta desta, pela lei do lugar onde o comportamento de verificou.	Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.

³³ Faço o registro pessoal, eis que, a despeito da norma portuguesa e de, virtualmente, toda a doutrina conhecida, o casamento, em verdade, não é contrato, tampouco negócio jurídico, por lhe faltar manifesto viés negocial, essencial para caracterizar qualquer negócio jurídico.

³⁴ Pela tradução livre, já se pode presumir que o silêncio gera presunção de consentimento: **quem cala parece consentir, se devesse ou pudesse falar.**

3. O valor do silêncio como meio declaratório é igualmente determinado pela lei da residência habitual comum e, na falta desta, pela lei do lugar onde a proposta foi recebida.	
ARTIGO 217º (Declaração expressa e declaração tácita) 1. A declaração negocial pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam. 2. O carácter formal da declaração não impede que ela seja emitida tacitamente, desde que a forma tenha sido observada quanto aos factos de que a declaração se deduz.	
ARTIGO 218º (O silêncio como meio declarativo) O silêncio vale como declaração negocial, quando esse valor lhe seja atribuído por lei, uso ou convenção.	

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Fácil concluir, em qualquer dos dois códigos que o silêncio – a ausência de manifestação de vontade – pode ser interpretado excepcionalmente como declaração expressa, desde que respeitadas às circunstâncias específicas. Por óbvio, tudo é interpretável, inclusive a ausência de manifestação (o silêncio propriamente dito).

Caio Mario da Silva Pereira define a relevância do silêncio como manifestação de vontade:

*“Neste passo, cabe indagar se o silêncio pode ser compreendido como manifestação de vontade, e, pois, gerador de ato negocial. E a resposta é afirmativa. Normalmente, o silêncio é nada, e significa a abstenção de pronunciamento da pessoa em face de uma solicitação ambiente. Via de regra, o silêncio é a ausência de manifestação de vontade, e, como tal, não produz efeitos. Mas, em determinadas circunstâncias, pode significar uma atitude ou um comportamento, e, conseqüentemente, produzir efeitos jurídicos.”*³⁵

E, como se não bastasse, o saudoso professor mineiro, mas carioca de coração, falecido pouco depois do malfadado Código Civil de 2002, assim leciona sobre manifestação tácita, que é diverso do silêncio, por existir alguma ação, ainda que não peremptória:

³⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva – **Instituições de Direito Civil Volume I – Introdução ao Direito Civil; Teoria Geral de Direito Civil**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, pag. 308.

*“(…) chama-se manifestação tácita de vontade aquela que resulta de um comportamento do agente, traduzindo a exteriorização por uma dada atitude. Para o direito, tem eficácia a manifestação tácita de vontade, tanto quanto a expressa, salvo nos casos em que a lei exige por esta última formam e muitas vezes é o próprio direito positivo que traduz em emissão volitiva um mencionado comportamento. Assim é que se interpretam como aceitação da herança os atos de uma pessoa, compatíveis com a qualidade hereditária. É um caso legal de manifestação tácita de vontade. Houve aí manifestação de vontade, embora não declarada, e emissão geradora de efeitos jurídicos.”*³⁶

No direito brasileiro e no lusitano há diversos casos em que o ordenamento permite a manifestação tácita ou o silêncio eloquente para concretizar o contrato. Provavelmente o exemplo mais badalado é o da doação que, por se tratar de negócio bilateral simples (gratuito, portanto), pode ser aceito tacitamente. É fato que a norma portuguesa é mais restritiva do que a brasileira, mas ambas admitem a aceitação tácita na adoção, *verbis*:

Quadro 5 – Cotejo CC/PT e CC/BR (V)

Código Português	Código Brasileiro
ARTIGO 951º (Aceitação por parte de incapazes) 1. As pessoas que não têm capacidade para contratar não podem aceitar doações com encargos senão por intermédio dos seus representantes legais. 2. Porém, as doações puras feitas a tais pessoas produzem efeitos independentemente de aceitação em tudo o que aproveite aos donatários.	Art. 539. O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo.
ARTIGO 1890º (Aceitação e rejeição de liberalidades) 1. Se ao filho for deixada herança ou legado, ou for feita proposta de doação que necessite de ser aceite, devem os pais aceitar a liberalidade, se o puderem fazer legalmente, ou requerer ao tribunal, no prazo de trinta dias, autorização para aceitar ou rejeitar. 2. Se, decorrido aquele prazo sobre a abertura da sucessão ou sobre a proposta de doação, os pais nada tiverem providenciado, pode o filho ou qualquer dos seus parentes, o Ministério Público, o doador ou algum interessado nos bens deixados requerer ao tribunal a notificação dos pais para darem cumprimento ao disposto no número anterior, dentro do prazo que lhes for assinado. 3. Se os pais nada declararem dentro do prazo fixado, a liberalidade tem-se por aceite, salvo se o tribunal julgar mais conveniente para o menor a rejeição.	Art. 543. Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura.

³⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva – **Instituições de Direito Civil Volume I – Introdução ao Direito Civil; Teoria Geral de Direito Civil**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, pag. 308.

4. No processo em que os pais requeiram autorização judicial para aceitar a herança, quando dela necessitem, poderão requerer autorização para convencionar a respectiva partilha extrajudicial, bem como a nomeação de curador especial para nela outorgar, em representação do menor, quando com ele concorram à sucessão ou a ela concorram vários incapazes por eles representados.

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Na doação, por se tratar de negócio jurídico bilateral simples, conclui-se que é admitida a aceitação tácita, mormente naquelas puras, isto é, desprovidas de qualquer encargo e que são frutos de mero altruísmo.

b. Do Negócio Jurídico Unilateral Receptício Denominado Aceitação/Renúncia (Repúdio) da Herança

Feita a minudente classificação de ato jurídico e negócio jurídico, é de se indagar: qual a natureza jurídica da aceitação e da renúncia de herança?

Antes de adentrar na questão ora levantada, convém discorrer sobre o tratamento legislativo que os institutos recebem em Portugal e no Brasil.

Como se sabe, aberta a sucessão, o herdeiro (seja decorrente da lei, seja aquele instituído em ato de última vontade) pode aceitar a herança ou repudiá-la, sem possibilidade de retratação, reconsideração ou revogação³⁷. Trata-se de opção binária, em

³⁷Nesse ponto a norma Portuguesa merece aplausos. Os dois códigos preveem a irrevogabilidade da aceitação. Seguem os artigos:

Quadro Rodapé 1 – Cotejo CC/PT e CC/BR (VI)

Código Português	Código Brasileiro
Artigo 2061.º (Irrevogabilidade) A aceitação é irrevogável.	Art. 1.812. São irrevogáveis os atos de aceitação ou de renúncia da herança.
Artigo 2066.º (Irrevogabilidade) O repúdio é irrevogável.	

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Porém, o Código Civil Português deixa claro, no art. 2.060 e no art. 2.065, que se houver vício de vontade (com exclusão do erro), é possível atingir o plano de validade e reconhecer a anulabilidade da aceitação e da renúncia. No Brasil, em verdade, há a mesma possibilidade, inexistindo, todavia, disposição expressa.

que o beneficiário deve aceitar, sem qualquer condicionante, ou renunciar a vantagem sucessória.

As regras são, dentro do possível, similares, sendo a norma portuguesa mais detalhista (e de certo modo prolixa), enquanto que a brasileira é mais direta e objetiva. Os dispositivos relevantes da aceitação são:

Quadro 6 – Cotejo CC/PT e CC/BR (VII)

Código Português	Código Brasileiro
Artigo 2050.º (Efeitos) 1. O domínio e posse dos bens da herança adquirem-se pela aceitação, independentemente da sua apreensão material. 2. Os efeitos da aceitação retrotraem-se ao momento da abertura da sucessão.	Art. 1.804. Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão
Artigo 2052.º (Espécies de aceitação) 1. A herança pode ser aceita pura e simplesmente ou a benefício de inventário. 2. Têm-se como não escritas as cláusulas testamentárias que, directa ou indirectamente, imponham uma ou outra espécie de aceitação.	Art. 1.805. A aceitação da herança, quando expressa, faz-se por declaração escrita; quando tácita, há de resultar tão-somente de atos próprios da qualidade de herdeiro. § 1º Não exprimem aceitação de herança os atos officiosos, como o funeral do finado, os meramente conservatórios, ou os de administração e guarda provisória.
Artigo 2054.º (Aceitação sob condição, a termo ou parcial) 1. A herança não pode ser aceita sob condição nem a termo. 2. A herança também não pode ser aceita só em parte, salvo o disposto no artigo seguinte.	
Artigo 2056.º (Formas de aceitação) 1. A aceitação pode ser expressa ou tácita. 2. A aceitação é havida como expressa quando nalgum documento escrito o sucessível chamado à herança declara aceitá-la ou assume o título de herdeiro com a intenção de a adquirir. 3. Os actos de administração praticados pelo sucessível não implicam aceitação tácita da herança.	
Artigo 2057.º (Caso de aceitação tácita) 1. Não importa aceitação a alienação da herança, quando feita gratuitamente em benefício de todos aqueles a quem ela caberia se o alienante a repudiasse. 2. Entende-se, porém, que aceita a herança e a aliena aquele que declara renunciar a ela, se o faz a favor apenas de algum ou alguns dos sucessíveis que seriam chamados na sua falta.	§ 2º Não importa igualmente aceitação a cessão gratuita, pura e simples, da herança, aos demais co-herdeiros.

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Sobre o repúdio/renúncia à herança, transcreve-se, para fins demonstrativos, os artigos pertinentes:

Quadro 7 – Cotejo CC/PT e CC/BR (VIII)

Código Português	Código Brasileiro
Artigo 2062.º (Efeitos do repúdio) Os efeitos do repúdio da herança retrotraem-se ao momento da abertura da sucessão, considerando-se como não chamado o sucessível que a repudia, salvo para efeitos de representação.	Art. 1.804. Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão.
Artigo 2063.º (Forma) O repúdio está sujeito à forma exigida para a alienação da herança.	Parágrafo único. A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança.
Artigo 2064.º (Repúdio sob condição, a termo ou parcial) 1. A herança não pode ser repudiada sob condição nem a termo. 2. A herança também não pode ser repudiada só em parte, salvo o disposto no artigo 2055.º	Art. 1.806. A renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial.
Artigo 2249.º (Aceitação e repúdio do legado) É extensivo aos legados, no que lhes for aplicável, e com as necessárias adaptações, o disposto sobre a aceitação e repúdio da herança.	

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Há, ainda, igual tratamento ao que se refere aos atos de repúdio quando a intenção é fraudar credores. *In casu*, tanto Brasil quanto Portugal são severos com o herdeiro renunciante (repita-se, quando o escopo é prejudicar terceiros), tanto é que dão tratamento de inexistência ao repúdio e, no que sobrar do quinhão, mantém a disposição. As normas, na essência, são idênticas:

Quadro 8 – Cotejo CC/PT e CC/BR (IX)

Código Português	Código Brasileiro
Artigo 2067.º (Sub-rogação dos credores) 1. Os credores do repudiante podem aceitar a herança em nome dele, nos termos dos artigos 606.º e seguintes. 2. A aceitação deve efectuar-se no prazo de seis meses, a contar do conhecimento do repúdio. 3. Pagos os credores do repudiante, o remanescente da herança não aproveita a este, mas aos herdeiros imediatos.	Art. 1.813. Quando o herdeiro prejudicar os seus credores, renunciando à herança, poderão eles, com autorização do juiz, aceitá-la em nome do renunciante. § 1º A habilitação dos credores se fará no prazo de trinta dias seguintes ao conhecimento do fato. § 2º Pagas as dívidas do renunciante, prevalece a renúncia quanto ao remanescente, que será devolvido aos demais herdeiros.

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

E, antes de abordar a natureza jurídica da aceitação/renúncia, é de se destacar colossal distinção entre o direito português e o brasileiro: pelo art. 2.026º, do CC/PT, há a previsão de sucessão contratual além do testamento, por força do contrato sucessório, que está previsto no art. 1.700³⁸. O art. 2.028º, por sua vez, é expresso em permitir a renúncia à sucessão de pessoa viva³⁹ (sucessão ainda não aberta)⁴⁰:

³⁸ Segue o dispositivo em comento:

ARTIGO 1700.º
(Disposições por morte consideradas lícitas)

1. A convenção antenupcial pode conter:
 - a) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de qualquer dos esposados, feita pelo outro esposado ou por terceiro nos termos prescritos nos lugares respectivos;
 - b) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de terceiro, feita por qualquer dos esposados.
2. São também admitidas na convenção antenupcial cláusulas de reversão ou fideicomissárias relativas às liberalidades aí efectuadas, sem prejuízo das limitações a que genericamente estão sujeitas essas cláusulas.

³⁹ Há certa confusão sobre o tema por força da redação ao art. 1.683º, do Código Portugal, cujo teor merece aplausos:

Artigo 1683.º
(Aceitação de doações e sucessões. Repúdio da herança ou do legado)

1. Os cônjuges não necessitam do consentimento um do outro para aceitar doações, heranças ou legados.
2. O repúdio da herança ou legado só pode ser feito com o consentimento de ambos os cônjuges, a menos que vigore o regime da separação de bens.

A regra não tem equivalência no Brasil e tem como o propósito proibir a renúncia por parte de herdeiro casado, salvo na hipótese do regime da separação. No Código Brasil, é possível concluir de igual forma, indiretamente, se se mesclar dos artigos relevantes: o art. 80, II, que determina a natureza imobiliária do direito à sucessão; e o art. 1.647, que assevera que os atos de alienação de imóveis exigem autorização do cônjuge.

É fato – e o tópico merece um trabalho completo, não uma observação em nota de rodapé – que no Brasil já há entendimento de que seria possível ao cônjuge, em pacto, renunciar previamente ao direito sucessório. Não há qualquer registro de precedente nesse sentido, mas o assunto é interessante e, à luz da normal brasileira, merece aprofundamento.

⁴⁰ Há curioso precedente do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, ora ementado, que trata da figura da renúncia prévia à sucessão em contrato-promessa sob o enfoque da boa-fé objetiva:

1. O contrato-promessa pode ter como objecto a efectivação de um ou mais actos jurídicos unilaterais.
2. O contrato celebrado entre os cônjuges, não levado a cabo em convenção antenupcial, em que cada um renuncia à herança do outro é nulo.
3. Sendo igualmente nulo o contrato-promessa, não inserto em tal convenção, em que cada um deles promete vir a repudiar, quando o outro morrer, a herança deste.
4. Aquele que outorga com o cônjuge, em contrato-promessa, no sentido de cada um deles, reciprocamente, se obrigar a repudiar a herança do outro

Artigo 2028.º
(Sucessão contratual)

1. Há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renuncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta.
2. Os contratos sucessórios apenas são admitidos nos casos previstos na lei, sendo nulos todos os demais, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 946.º

No direito brasileiro, em contrapartida, ante o disposto no art. 426⁴¹, há limitação expressa ao pacto sucessório, sendo peremptoriamente nula qualquer disposição sobre a herança de pessoa viva (vedação expressa ao pacto corvina⁴²).

Concluído o preâmbulo, é de se rememorar a questão: qual a natureza jurídica da aceitação ou renúncia do quinhão hereditário? Seria hipótese de ato jurídico ou seria um verdadeiro negócio jurídico unilateral?

Em análise superficial, poder-se-ia pensar que as ações em comento (aceitação e repúdio) seriam atos jurídicos em sentido estrito, ante a evidente origem binária da escolha (ou se aceita, ou se renuncia). Todavia, ao evoluir na interpretação, verifica-se que, em verdade, há sim escolha a ser feita. É perfeitamente possível modular os efeitos da aceitação e da renúncia, já que é autorizado receber um quinhão, repudiando outro de natureza diversa.

O regramento Brasileiro e Português, mais uma vez, são similares, demonstrando que possuem a mesma origem histórica, *verbis*:

quando ele morrer, coloca-se em terreno ilícito, não podendo a sua sucessora legitimamente - atenta a figura do *tu quoque* – invocar o abuso do direito contra o cônjuge sobrevivente que se recusa a levar a cabo o prometido repúdio.
5. Em qualquer caso, esta recusa, sem prova de outros factos interessantes, não integra a figura do *venire contra factum proprium*.
(Recurso de Revista n.º 07B3972, do STJ, relatado pelo Ministro João Bernardo, julgado em 10/01/2008).

⁴¹ Segue a norma para referência: “*Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.*”

⁴² Não há grandes referências doutrinárias sobre a origem da vedação ao pacto corvina, sendo provável, ainda que remotamente, que o comando legal tenha origem na Parábola do Filho Pródigo, previsto no Livro de Lucas 15:11-32.

Quadro 9 – Cotejo CC/PT e CC/BR (X)

Código Português	Código Brasileiro
Artigo 2055.º (Devolução testamentária e legal) 1. Se alguém é chamado à herança, simultânea ou sucessivamente, por testamento e por lei, e a aceita ou repudia por um dos títulos, entende-se que a aceita ou repudia igualmente pelo outro; mas pode aceitá-la ou repudiá-la pelo primeiro, não obstante a ter repudiado ou aceitado pelo segundo, se ao tempo ignorava a existência do testamento. 2. O sucessível legitimário que também é chamado à herança por testamento pode repudiá-la quanto à quota disponível e aceitá-la quanto à legítima.	Art. 1.808. Não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo. § 1º O herdeiro, a quem se testarem legados, pode aceitá-los, renunciando a herança; ou, aceitando-a, repudiá-los. § 2º O herdeiro, chamado, na mesma sucessão, a mais de um quinhão hereditário, sob títulos sucessórios diversos, pode livremente deliberar quanto aos quinhões que aceita e aos que renuncia.

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Não se está diante, com a devida vênia, de renúncia ou aceitação parcial, institutos vedados pelos artigos 1.808, do CC/BR, e 2.054º, 2, do CC/PT. Há a escolha de se optar por um quinhão legítimo, refutando o testamentário, por exemplo, demonstrando que existe o controle dos efeitos da ação.

Se há – repita-se – controle dos efeitos, ainda que em mínima extensão, evidencia-se a natureza de negócio jurídico (não de ato jurídico em sentido estrito).

E, sendo negócio jurídico, parece óbvio que basta uma única declaração de vontade para que se aperfeiçoe, bastando a ciência aos demais herdeiros (por analogia ao

art. 2.049º, do CC/PT⁴³; sem equivalente no Brasil), razão pela qual deve ser classificada como unilateral receptícia^{44 45}.

⁴³ Transcreve-se para fins elucidativos:

Artigo 2049.º
(Notificação dos herdeiros)

1. Se o sucessível chamado à herança, sendo conhecido, a não aceitar nem repudiar dentro dos quinze dias seguintes, pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer interessado, mandá-lo notificar para, no prazo que lhe for fixado, declarar se a aceita ou repudia.
2. Na falta de declaração de aceitação, ou não sendo apresentado documento legal de repúdio dentro do prazo fixado, a herança tem-se por aceita.
3. Se o notificado repudiar a herança, serão notificados, sem prejuízo do disposto no artigo 2067.º, os herdeiros imediatos, e assim sucessivamente até não haver quem prefira a sucessão do Estado.

⁴⁴ Por honestidade intelectual, cabe o destaque de que o Autor, durante toda a elaboração do trabalho (e a sua vida acadêmica) entendia que a renúncia e a aceitação seriam atos jurídicos. Havendo mais de dois quinhões hereditários (legítimo e testamentário, por exemplo), haveria dois atos jurídicos distintos. Porém, com o amadurecer do trabalho, restou claro que a aceitação e a renúncia são ações únicas, instantâneas, e não dois atos distintos. O que se tem, em verdade, é uma manifestação de vontade única, que pode aceitar/renunciar quinhões em detrimento de outros, o que é um controle de efeitos (ainda que diminuto), estando-se diante de um negócio jurídico.

⁴⁵ A ideia de se aceitar renúncia como negócio jurídico não pode ser considerada como fora do padrão, com a devida vênia, posto que há anos no Brasil é admitida a renúncia translativa, isto é, evidente negócio que exprime aceitação de herança e doação a alguém (que não seria o beneficiado originário com a mera renúncia da herança).

3) Sucessão Legitimária versus Sucessão Necessária:

a. Do Tratamento Jurídico Brasileiro

Como já dito, a sucessão, seja no direito brasileiro, seja no português, pode decorrer do rol taxativo existente na lei (legítima), agraciando beneficiados predeterminados expressos na norma jurídica; ou pode derivar de ato de última vontade (testamento ou, exclusivamente em Portugal, do contrato sucessório, ante o teor dos arts. 2.026º e 2.028º, do CC/PT), havendo restrições ao *quantum* que pode ser objeto de disposição de última vontade.

No Brasil, a restrição à liberdade de testar é feita de forma absoluta, através da proteção ao herdeiro necessário, que é uma subespécie dos herdeiros legítimos e estão previstos no art. 1.845, do CC/BR⁴⁶:

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

A garantia aos herdeiros necessários, por sua vez, é feita de forma constante, já que, caso existam, independentemente de quais sejam, haverá restrição à disposição testamentária eventualmente feita, que deve ser limitada sempre a 50%, sem distinção. Há dois artigos que, repetindo-se, formam a proteção legal no Código Civil brasileiro, no percentual fixo de 50%:

Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

⁴⁶ Há relevante novidade no Brasil que foi o julgamento, em meados de 2017, do Recurso Extraordinário n.º 878.694, relatado pelo Ministro Luis Roberto Barroso, que, em resumo, declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790, do CC/BR, e determinou a plena igualdade de direitos entre cônjuge e companheiro. Assim, parece consequência lógica, ainda que não tenha restado expresso no julgado, que o art. 1.845 deve ser lido como: são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e o companheiro.

De toda sorte, o tema será aprofundado no capítulo 4º, do presente trabalho.

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

A doutrina brasileira, no que tange à proteção do quinhão hereditário ao herdeiro necessário, é uníssona, inexistindo qualquer divergência. Luciano de Camargo Penteado é esclarecedor ao lecionar que:

*“No aspecto objetivo, aos herdeiros necessários pertence metade do acervo hereditário, constituindo sua legítima (art. 1.846 do CC/2002). Assim, caso o falecido resolva elaborar testamento, ele deverá respeitar a parte da herança reservada aos herdeiros necessários, se os tiver, sob pena de nulidade parcial da disposição de última vontade que exceder a cota disponível. Neste caso, haverá, mediante a nulidade parcial e a aplicação da conservação dos negócios jurídicos, redução do testamento ao conteúdo que não viola a legítima dos herdeiros necessários.”*⁴⁷

Claudia de Almeida Nogueira define em sua obra que:

*“Herdeiros necessários ou reservatários: são os descendentes, ascendentes e o cônjuge, por disposição do art. 1.845. Estas classes possuem direito à metade dos bens deixados pelo falecido, exceto nos casos de indignidade ou deserdação. Esta metade intocável destinada aos herdeiros necessários é denominada de legítima ou reserva dos herdeiros necessários.”*⁴⁸

Mario Roberto Carvalho de Faria, em sua obra pragmática que reflete exatamente a extensão e a profundidade adquirida em anos de prática como escrivão em vara de Órfãos do Rio de Janeiro, assim leciona:

*“Os descendentes, ascendentes e o cônjuge são herdeiros necessários, também chamados reservatários, forçados ou legitimários, conforme preceitua o artigo 1.845, aos quais pertence metade da herança, que constitui a legítima (art. 1.846). Portanto, não pode o testador que tiver herdeiros descendentes, ascendentes ou cônjuge e, neste último caso, não importa o regime de bens de casamento, dispor da totalidade dos bens, devendo respeitar a legítima dos citados herdeiros.”*⁴⁹

Silvio de Salvo Venosa, com a sua objetividade peculiar, assim assevera sobre o *thema*:

⁴⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo – **Manual de Direito Civil – Sucessões**. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 161.

⁴⁸ NOGUEIRA, Claudia de Almeida – **Direito das Sucessões – Comentários à Parte Geral e à Sucessão Legítima**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 17.

⁴⁹ FARIAS, Mario Roberto Carvalho de – **Direito das Sucessões – Teoria e Prática**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 92.

*“Quando a lei estabelece uma herança necessária, está-se colocando no meio-termo. Permite sempre o testamento, mas restringe o alcance quando há qualquer herdeiro na linha descendente, ou, em sua falta, na linha ascendente. A plena liberdade de testar fica para quando os herdeiros já estão mais distantes na linha do parentesco, quando então a lei presume que diminuem os vínculos afetivos.”*⁵⁰

b. Do Regramento Português

Em Portugal há forma similar de proteção, pois o *de cujus* também sofre limitações nas suas disposições testamentárias, ante a presença de certos herdeiros que irão se beneficiar do espólio.

No Código Civil de 1867, denominado Código Seabra, o direito das sucessões (Título II, do Livro III) era estruturado – como no direito brasileiro – em sucessão testamentária (arts. 1.739º a 1.967º), sucessão legítima (arts. 1.968º a 2.008º) e nas disposições comuns à sucessão testamentária e à sucessão legítima (arts. 2.009º a 2.166º), não havendo capítulo específico acerca da sucessão legitimária, que estava incluída na parte testamentária (Secção III – Da legítima e das disposições inofficiosas – art. 1.784º a 1.790º).

No atual Código Civil de Portugal, pelo disposto no art. 2.027º⁵¹ e após a reforma sistêmica operada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, parece que a intenção do legislador é de criar não uma limitação ao poder de testar, como é no atual Código Civil Brasileiro e era no antigo Código português, mas sim um tronco sucessório distinto da sucessão legítima e da testamentária, tanto é que a própria organização do Livro V (Direito das Sucessões), do aludido Código Civil vigente, é feita da seguinte forma:

⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito das Sucessões**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 68.

⁵¹ Segue o teor do artigo:

ARTIGO 2027.º
(Espécies de sucessão legal)

A sucessão legal é legítima ou legitimária, conforme possa ou não ser afastada pela vontade do seu autor.

Quadro 10 – Disposição do Direito Sucessório no CC/PT

Título I	Das Sucessões Gerais	11 Capítulos com 107 artigos
Título II	Da Sucessão Legítima	6 Capítulos com 125 artigos
Título III	Da Sucessão Legitimária	2 Capítulos com 23 artigos
Título IV	Da Sucessão Testamentária	8 Capítulos com 156 artigos

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Assim, a norma define, de forma clara, a “**legítima**” como o quinhão mínimo que o herdeiro legítimo, obrigatoriamente, deverá haver:

ARTIGO 2156.º

(Legítima)

Entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legítimos.

Em consequência, a norma imputa quais tipos de herdeiros serão contemplados com a legítima:

ARTIGO 2157.º

(Herdeiros legítimos)

São herdeiros legítimos o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima.

E, adotando um índice flutuante de proteção, já que dependerá de quem será o legítimo e com quem concorrerá, em opção diversa do Código Seabra e do Código Civil Brasileiro, o atual CC de Portugal atribui os seguintes percentuais da legítima aos beneficiários:

Quadro 11 – Quota Legítima no CC/PT

Artigo	Quota da Legítima	Hipótese
Art. 2.158º	1/2	Cônjuge sem concorrer com ascendentes ou descendentes do inventariado
Art. 2.159º item 1	2/3	Cônjuge concorrendo com os filhos do inventariado
Art. 2.159º item 2	1/2	Só um filho do inventariado, sem cônjuge sobrevivente
	2/3	Dois ou mais filhos do inventariado, sem cônjuge sobrevivente

Art. 2.160º ⁵²	Segue a legítima do herdeiro de 1º grau	Cônjuge concorrendo com descendentes de maior ou igual ao 2º grau
	Segue a legítima do herdeiro de 1º grau	Descendentes de maior ou igual ao 2º grau
Art. 2.161º item 1	2/3	Cônjuge concorrendo com qualquer ascendente do <i>de cujus</i>
Art. 2.161º item 2	1/2	Ascendentes de 1º grau do autor da herança (podendo ser só o pai ou só a mãe), sem cônjuge sobrevivente
	1/3	Ascendentes de 2º grau ou superior do inventariado, sem cônjuge sobrevivente

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Como há similitude de expressões (quinhão da **legítima**, resguardado ao legitimário, e sucessão **legítima**), a doutrina, a fim de afastar eventuais confusões de nomenclatura, reconhece que a **legítima objetiva** é aquela quota indisponível, enquanto que o quinhão total que cada herdeiro legitimário haverá (quota indisponível mais eventual parte por força da sucessão legítima) é denominado **legítima subjetiva**. Assim, nas palavras de Cristina Araújo Dias:

“Essa porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários, denomina-se de legítima (art. 2156º). Ao falarmos em legítima podemos reportar-nos à legítima objetiva, global ou quota indisponível, sendo a referida porção de bens de que o testador não pode dispor. Mas também podemos falar da legítima para designar a legítima de cada herdeiro e aí estaremos a falar da legítima subjetiva ou quinhão legitimário do herdeiro.” ⁵³

Demonstrado o arcabouço jurídico da sucessão legítima de Portugal, João Queiroga Chaves, em seu estudo extremamente pragmático, é categórico ao diferenciar a sucessão legítima da sucessão legítima:

⁵² Na interpretação ao art. 2.160º, do CC/PT, José Alberto González (**Código Civil Anotado – Volume VI – Direito das Sucessões (artigos 2.024º a 2.334º)**, Quid Juris Sociedade Editora, p. 185) fundamenta a indeterminabilidade do percentual do herdeiro legitimário, sustentando que *“inexistindo filhos, os respectivos descendentes (que, em relação ao ‘de cujus’, são do Segundo grau – netos – ou de graus posteriores – bisnetos, trisnetos, etc.), que concorram com o cônjuge sobrevivente que não, recebem a título de representantes sucessórios (artigo 2.042º). Por isso, a respectiva legítima é a ‘que caberia ao seu ascendente’ (ou seja, ao seu **representado**).”* (grifo acrescido). Ora, com a devida vênia, o nobre autor parece esquecer que o descendente de 2º grau (ou grau posterior) não precisa, obrigatoriamente, herdar por representação (art. 2.039º), sendo possível receber por cabeça, à luz do art. 2.136º, do CC/PT, caso a classe antecedente tenha sido extinta.

⁵³ DIAS, Cristina Araújo – **Lições de Direito das Sucessões**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 185.

*“Enquanto que a sucessão legítima recai essencialmente sobre aquela porção dos bens de que o ‘de cujus’ pode dispor livremente – é a **quota disponível**, na sucessão legitimária trata-se da herança relativamente aos bens que o falecido não pode dispor – é a **quota indisponível** ou **legítima**, pois a lei impõe que ela seja obrigatoriamente deixada aos herdeiros legitimários.”*⁵⁴

Por sua vez, José Alberto Gonzáles, em seu Código Civil Anotado, define o *status* de herdeiro legitimário, nos precisos termos ora transcritos:

*“Há herdeiros que, quando encarados pela perspectiva do autor da sucessão, são forçosos: os legitimário. Salvo verificando-se alguma causa de indignidade sucessória ou de deserdação, pré-defunção ou comoriência ou não querendo eles aceitar, devem suceder necessariamente num certo quinhão, não podendo o ‘de cujus’ apartá-los, Por consequência, há também um conjunto, maior ou menor, de bens da herança – os que compõem a legítima – que não podem ser objeto de disposição pelo autor da sucessão na medida em que ele lhes está impreterivelmente destinado.”*⁵⁵

Porém, paira a dúvida: é claro, evidente e inequívoco que o escopo da sucessão legitimária é resguardar uma quota indisponível a certos herdeiros legítimos, chamados legitimários, que deverão havê-la, em um quinhão mínimo, constituindo a legítima. Isto é translúcido! Mas, seria a sucessão legitimária efetivamente um tronco autónomo do direito sucessório, distinto da legítima, como pretendeu o legislador lusitano na reforma de 1977?

Cristina Araújo Dias, em suas Lições de Direito das Sucessões, apresenta o *thema* sobre a existência, ou não, de um ramo independente sucessório, esclarecendo que, na vigência do Código de Seabra, a sucessão legitimária, exatamente como na concepção brasileira de herdeiro necessário, era uma mera garantia de quinhão em favor do herdeiro previsto em lei:

“Cabe ainda uma referência à questão da autonomia da sucessão legitimária perante as outras modalidades de sucessão. É que o Código Civil de 1867 não tinha qualquer capítulo regulador da sucessão legitimária (ao contrário do que acontecia com a sucessão legítima e a sucessão testamentária), não dando autonomia a mesma. Aliás, as regras relativas à sucessão legitimária surgiram no âmbito da sucessão testamentária, o que significa que era concebida apenas como um limite à liberdade de testar. Assim, a sucessão legitimária não seria uma espécie de sucessão legítima e da testamentária,

⁵⁴ CHAVES, João Queiroga – **Heranças e Partilhas Doações e Testamentos**. 4ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2013. p. 119.

⁵⁵ GONZÁLEZ, José Alberto – **Código Civil Anotado Volume VI - Direito das Sucessões (artigos 2024.º a 2334.º)**. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2015. p. 180.

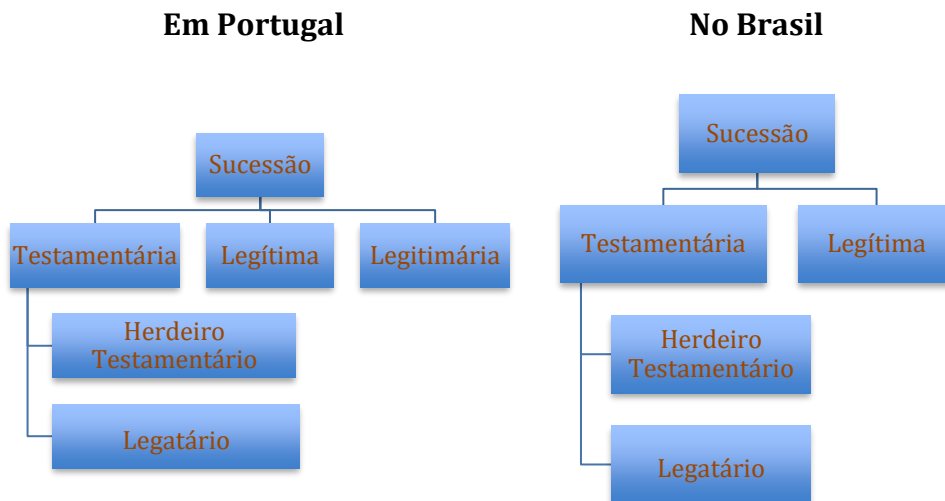
*mas simples limite à liberdade de testar e estava sujeita às regras da sucessão legítima.”*⁵⁶

E, complementa a mencionada autora, decretando que realmente há ramificação sucessória distinta na vigência do atual Código Civil Português:

*“Ora, face ao atual Código Civil não parece que a autonomia da sucessão legitimária possa ser posta em causa. Desde logo porque a sucessão legitimária é regulada autonomamente no título III do livro V do Código Civil. Depois, as classes de sucessíveis da sucessão legitimária são diferentes, ainda que parcialmente coincidentes, com as da sucessão legítima. Os sucessíveis legítimos compreendem mais categorias e classes (art. 2133º), ao passo que os herdeiros legitimários limitam-se aos do art. 2157º. Por outro lado, as regras da sucessão legitimária são imperativas, não podendo ser afastadas por vontade do autor da sucessão, ao contrário do que acontece na sucessão legítima cujas normas são de carácter dispositivo. Além disso, há normas específicas para o cálculo da legítima e determinação da medida da legítima de cada herdeiro legitimário.”*⁵⁷

Portanto, ainda que superficialmente, parece que a intenção do Código Civil português é criar um tronco autónomo, dando mais garantias e direitos aos legitimários, sendo perfeitamente possível classificar os ramos sucessórios, em cotejo com a norma brasileira, da seguinte forma:

Fig. 5 – Diferenças entre Brasil e Portugal no Direito das Sucessões



Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

⁵⁶ DIAS, Cristina Araújo – **Lições de Direito das Sucessões**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 186.

⁵⁷ DIAS, Cristina Araújo – **Lições de Direito das Sucessões**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 187.

É de se esclarecer, por amor ao debate, mas sem maiores detalhamentos, que há alguma divergência doutrinária acerca da independência da sucessão legítima em relação à legítima. Carlos Pamplona Cortes-Real, em uma análise extremamente crítica, feroz e ácida da sucessão legítima, assim encerra a sua exposição:

*“Quedamo-nos entretanto aqui. A perplexidade subsistirá aguardando melhor... superação! Mas pressente-se que se atingiu um ‘ponto nevrálgico’ da filosofia do nosso sistema sucessório e da sucessão legítima em especial. Ponto conexo com a necessidade de clarificar a inter-relação entre a posição do sucessível legítimo em vida do autor da sucessão e a dos próprios credores da herança. Poderá, realmente, dizer-se que os herdeiros legítimos têm um direito a uma quota de uma herança ficcionadamente alargada, mas que essa circunstância, conexa com um ‘retorno fictício’ dos bens doados (em vida) à massa da herança, não pode deixar de se repercutir e beneficiar indirectamente os credores hereditários? Para já os dados do problema ficam lançados...”*⁵⁸

⁵⁸ CORTE-REAL, Carlos Pamplona – **Curso de Direito das Sucessões**. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2012. p. 78.

4) Dos Regimes Patrimoniais de Casamento Existentes:

a. Dos Regimes de Casamento Existentes

Todavia, antes de ingressar no cerne da questão, é absolutamente necessário dizer que os efeitos jurídicos do casamento são divididos em dois grandes grupos⁵⁹: pessoais e patrimoniais. As consequências pessoais (respeito aos membros da família; mútua assistência; fidelidade recíproca; entre outras) são relacionadas ao campo do Direito de Família, sendo certo que, hodiernamente, ao menos no Brasil, há forte posicionamento jurisprudencial reconhecendo a existência de dano afetivo indenizável, quando houver omissão de afeto ao cônjuge e/ou prole⁶⁰, como se apura do *leading case* do Superior Tribunal de Justiça, abaixo ementado:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos

⁵⁹ No direito brasileiro, como expresso por Maria Helena Diniz, em seu Manual (**Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 441), o casamento também produz consequências sociais, pois “*devido a sua grande importância, o casamento também gera efeitos que atingem toda a sociedade, sendo o principal deles a constituição da família matrimonial*” (CF, art. 226, §§ 1º e 2º).

⁶⁰ Há, inclusive, enunciado do Instituto Brasileiro de Direito de Família sobre o *thema*:
Enunciado 8. O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado.

filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.”

(Recurso Especial n.º 1.159.242, da 3ª Turma do STJ, julgado em 24/04/2012, relatado pela Ministra Nancy Andrighi).

Sobre a questão patrimonial, convém discorrer sobre os aspectos financeiros dos casamentos celebrados no Brasil e em Portugal, enfatizando que regime de casamento é a norma que regulamenta as disposições patrimoniais dos integrantes de uma sociedade conjugal.

Como ensina Arnoldo Wald⁶¹:

“Por regime de bens entendemos a regulamentação das relações pecuniárias oriundas da associação conjugal, embora o regime não abranja todos os aspectos patrimoniais da vida conjugal.

[...]

A regulamentação patrimonial se impõe na sociedade conjugal, pois a vida em comum tem repercussões no campo material. Por mais que se queira separar os patrimônios dos cônjuges, surge a necessidade de estabelecer normas especiais para reger as suas relações jurídicas no plano econômico.”

Maria Berenice Dias⁶², por sua vez, leciona que:

“A convivência familiar enseja o entrelaçamento não só de vidas, mas também de patrimônios, tornando indispensável que, antes das núpcias, fiquem definidas as questões atinentes aos bens e responsabilidades de cada consorte. A existência de acervos individuais e a aquisição de bens comuns faz com que sejam estabelecidas questões de ordem econômica sobre o domínio e da posse do acervo patrimonial, mesmo durante o casamento [...]”

Na doutrina portuguesa, há excelente definição proveniente da obra de Jorge Augusto Pais de Amaral⁶³, *verbis*:

“Com o casamento passa a existir entre os cônjuges uma plena comunhão de vida e de interesses de natureza patrimonial que exige o estabelecimento de um

⁶¹ WALD, Arnoldo – **Curso de Direito Civil Brasileiro – O Novo Direito de Família**. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 103.

⁶² DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias** – 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 299.

⁶³ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da Família e das Sucessões** – 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 141.

regime especial. Não seria concebível que as relações patrimoniais entre os cônjuges fossem sujeitas ao regime geral das relações jurídicas reais ou obrigacionais.

O regime de bens do casamento pode ser definido como um conjunto de normas que regulam as relações de natureza patrimonial dos cônjuges entre si e as que, na vida familiar, estabelecem com terceiros.” (grifo acrescido).

Há certa similitude entre Brasil e Portugal nesse tópico, pois, em ambos os países, os regimes de casamento são estruturados para assegurar a meação do cônjuge no que se refere a todos os bens (inclusive nos particulares), somente aos bens comuns ou, por fim, a nenhum deles.

Inclusive, similar tratamento é dado à escolha do regime. Havendo silêncio no transcurso dos proclamas, será adotado e regulamentará os cônjuges o da Comunhão Parcial de Bens (Comunhão de Adquiridos em Portugal). Caso seja do interesse optar por quaisquer dos outros regimes, bastará confeccionar uma convenção antenupcial⁶⁴, em conformidade com o regramento expresso na codificação civil atual⁶⁵.

Quadro 12 – Cotejo CC/PT e CC/BR (XI)

Código Português	Código Brasileiro
ARTIGO 1717° (Regime de bens supletivo) Na falta de convenção antenupcial, ou no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia da convenção, o casamento considera-se celebrado sob o regime da comunhão de adquiridos.	Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

⁶⁴ O Código Civil Português, muito mais detalhado e específico do que o Brasileiro, dispõe sobre as convenções antenupciais em, primordialmente, em 2 (dois) momentos, quais sejam:

arts. 49° e 53° – prevê a lei que será aplicada aos nubentes; e

arts. 1.698° ao 1.716° – em uma secção específica, o legislador lusitano regulamenta as convenções, criando forma específica, impondo restrições à liberdade de dispor sobre o regime, e, ainda, consentidos sobre pactos sucessórios (sucessão contratual, prevista no art. 2.026, do CC/PT, cada vez mais em desuso)

⁶⁵ Na vigência do Código Civil de 1867, o regime supletivo de casamento era o da Comunhão Geral de Bens, também chamado de costume do Reino. No Brasil, durante o Código Civil de Beviláqua (de 1916), o regime da Comunhão Universal era também o *default*, até ser alterado pela Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/77), que modificou o art. 248, do CC/BR de 1916 (revogado pelo Código Civil de 2002).

No que pertine aos regimes de casamento no Brasil e em Portugal, seguem as escolhas possíveis nas normas:

Quadro 13 – Regimes de Casamento no CC/PT e no CC/BR

Brasil		Portugal	
Regime da Comunhão Universal	Art. 1.667	Regime da Comunhão Geral	Art. 1.732º
Regime da Comunhão Parcial	Art. 1.658	Regime da Comunhão de Adquiridos	Art. 1.721º
Regime da Separação Convencional (Voluntária)	Art.1.687	Regime da Separação	Art. 1.735º
Regime da Participação Final dos Aquestos	Art. 1.672	Sem Correspondente	

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

O regime que mais protege o cônjuge é o da Comunhão Universal/Geral, em que é considerada a meação sobre todos os bens, salvo algumas exceções de incomunicabilidade previstas em lei (art. 1.668, do CC/BR e art. 1.733º, do CC/PT), como se depreende da norma:

Quadro 14 – Cotejo CC/PT e CC/BR (XII)

Código Português	Código Brasileiro
ARTIGO 1732º (Estipulação do regime) Se o regime de bens adoptado pelos cônjuges for o da comunhão geral, o património comum é constituído por todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, que não sejam exceptuados por lei.	Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

A Comunhão Parcial de Bens (Comunhão de Adquiridos), por sua vez, é aquele regime em que se estipula que todos os bens adquiridos, presumidamente pelo esforço comum, na constância do casamento, devem pertencer a ambos, independentemente do desembolso individual feito. A normatização brasileira é clara ao definir a lógica do regime, enquanto que a portuguesa é taxativa e literal ao descrever o que integra o património amealhado:

Quadro 15 – Cotejo CC/PT e CC/BR (XIII)

Código Português	Código Brasileiro
ARTIGO 1721º (Normas aplicáveis) Se o regime de bens adoptado pelos esposados, ou aplicado supletivamente, for o da comunhão de adquiridos, observar-se-á o disposto nos artigos seguintes.	Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.
ARTIGO 1722º (Bens próprios) 1. São considerados próprios dos cônjuges: a) Os bens que cada um deles tiver ao tempo da celebração do casamento; b) Os bens que lhes advierem depois do casamento por sucessão ou doação; c) Os bens adquiridos na constância do matrimônio por virtude de direito próprio anterior. 2. Consideram-se, entre outros, adquiridos por virtude de direito próprio anterior, sem prejuízo da compensação eventualmente devida ao património comum: a) Os bens adquiridos em consequência de direitos anteriores ao casamento sobre patrimónios ilíquidos partilhados depois dele; b) Os bens adquiridos por usucapião fundada em posse que tenha o seu início antes do casamento; c) Os bens comprados antes do casamento com reserva de propriedade; d) Os bens adquiridos no exercício de direito de preferência fundado em situação já existente à data do casamento.	Art. 1.662. No regime da comunhão parcial, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior.
ARTIGO 1724º (Bens integrados na comunhão) Fazem parte da comunhão: a) O produto do trabalho dos cônjuges; b) Os bens adquiridos pelos cônjuges na constância do matrimónio, que não sejam exceptuados por lei.	

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

O regime da Separação de Bens (no Brasil também chamado de Separação Convencional ou Separação Voluntária) decorre da vontade manifestada pelos esposados, a fim de que o monte de cada um não se comunique com o do outro, isolando a esfera patrimonial de cada cônjuge, como é possível perceber dos artigos pertinentes:

Quadro 16 – Cotejo CC/PT e CC/BR (XIV)

Código Português	Código Brasileiro
ARTIGO 1735º (Domínio da separação) Se o regime de bens imposto por lei ou adoptado pelos esposados for o da separação, cada um deles conserva o domínio e fruição de todos os seus bens presentes e futuros, podendo dispor deles livremente.	Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.
	Art. 1.688. Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Dos três principais regimes ora descritos, há pouca divergência na doutrina brasileira sobre o *modus operandi*. Araken de Assis⁶⁶, com o seu pragmatismo de processualista nato, assim discorre sobre os aludidos regimes:

“43.2.1 Regime da comunhão parcial

Este regime provoca a existência de duas classes de bens; os particulares, adquiridos por motivos anteriores ou alheios ao matrimônio (art. 1.659 do CC), e os comuns, adquiridos na constância da sociedade conjugal, ou, como diz o art. 1.658 do CC, ‘bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento’, graças à estreita colaboração dos cônjuges.

[...]

43.2.1 Regime da comunhão universal

A característica frisante do regime da comunhão universal reside na fusão de patrimônios (art. 1.667 do CC). Realmente, após as bodas se instala o estado de indivisão, ‘passando cada cônjuge a ter o direito à metade ideal do patrimônio comum’ e comunicando-se o ativo e o passivo.

[...]

43.2.1 Regime da separação total

Os patrimônios dos cônjuges, neste regime, permanecem separados, e, por isso mesmo, nada mais natural que respondam eles exclusivamente com seus bens particulares pelas dívidas assumidas antes ou depois do casamento, seja qual for a origem do débito.”

Diogo Leite de Campos⁶⁷, dentro do direito lusitano, também define os três regimes de bens típicos de forma concisa e extremamente didática, *verbis*:

⁶⁶ ASSIS, Araken de – **Manual da Execução** – 18ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. pags. 319/321.

⁶⁷ CAMPOS, Diogo Leite de – **Lições de Direito da Família e das Sucessões** – 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, pags 393, 401 e 402.

“Os **regimes de comunhão** compreendem a comunhão geral de bens e a comunhão de adquiridos. Em ambos existe uma massa de bens comuns, propriedade de ambos os cônjuges, ao lado de bens próprios de cada um deles que, na comunhão geral, se reduzem muito pouco.

[...]

No **regime da comunhão geral** há, em princípio, só uma massa patrimonial: os bens comuns. São comuns todos os bens adquiridos pelos cônjuges na constância do casamento, quer a título gratuito que a título oneroso. Bem como todos os bens que tenham trazido para o casamento. A existência de bens próprios deve considerar-se excepcional, reduzindo-se quase só àqueles que forem deixados ou doados a um dos cônjuges com a cláusula de incomunicabilidade.

[...]

No **regime da separação de bens** não há bens comuns. Quando muito, bens determinados em com-propriedade.” (grifou-se)

Há, no Brasil, um regime de bens sem paralelo em Portugal, que é o da Participação Final dos Aquestos⁶⁸, ainda pouco utilizado, mesmo após 13 anos de vigência do comando, até por ter uma natureza evidentemente contábil, o que afugenta o operador do direito, e ser próprio para casais de empresários. A definição de Flávio Tartuce é elucidativa:

“Basicamente, durante o casamento há uma separação total de bens, e no caso de dissolução do casamento e da sociedade conjugal, algo ‘próximo’ de uma comunhão parcial. Cada cônjuge terá direito a uma participação daqueles bens para os quais colaborou para a aquisição, devendo provar o esforço para tanto.”

⁶⁹

O Código Civil do Brasil, em seus 15 artigos sobre o mencionado regime, esclarece, no primeiro dispositivo, que:

⁶⁸ Há muita divergência sobre a origem do Regime da Participação Final dos Aquestos, sendo certo que o Código Civil de Quebec, Canadá, de 1991, tem normatização já contemplando esse regime contábil:

Quadro Rodapé 2 – Regime da Participação Final dos Aquestos no CC de Quebec

Versão em Inglês	Versão em Francês
SECTION II PARTNERSHIP OF ACQUESTS § 1. — <i>Composition of the partnership of acquests</i> 448. The property that each of the spouses possesses when the regime comes into effect or that they subsequently acquire constitutes acquests or private property according to the rules that follow.	SECTION II DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS § 1. — <i>De ce qui compose la société d'acquêts</i> 448. Les biens que chacun des époux possède au début du régime ou qu'il acquiert par la suite constituent des acquêts ou des propres selon les règles prévues ci-après.

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

⁶⁹ TARTUCE, Flávio – **Direito Civil vol. 5 – Direito de Família**. 9ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014. p. 176.

Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

Fábio Ulhoa Coelho⁷⁰, com sua análise crítica, contumaz em sua doutrina, assim assevera sobre o regime dos aquestos, tentando explicá-lo:

“Como toda novidade, tem despertado algumas incertezas – para cuja superação infelizmente nem sempre o texto da lei ajuda como deveria. Para compreender seus contornos e disciplina, o crédito mais útil é extremá-lo dos demais regimes. A interpretação das normas legais referentes à participação final no aquestos não pode nunca igualá-la ao regime da comunhão parcial ou da separação absoluta. A meio caminho entre um e outro (poder ter sido chamado de ‘separação relativa’), a participação final nos aquestos não pode perder sua especificidade.

No regime da participação final nos aquestos, cada cônjuge mantém seu patrimônio próprio durante a constância do casamento (neste aspecto, aproxima-se do da separação absoluta) e tem, ademais, direito à meação dos bens adquiridos pelo casal a título oneroso (aqui, a aproximação dá-se com o regime da comunhão parcial) (CC, art. 1.672). No patrimônio próprio de cada cônjuge encontram-se os bens que já lhe pertenciam à época do casamento e os que ele adquirir, a qualquer título, na constância dele (art. 1.673). A administração do patrimônio particular compete exclusivamente ao cônjuge que o titula, e pelas dívidas por ele contraídas respondem apenas os seus bens, mesmo quando posteriores ao casamento (art. 1.677). Essas implicações só podem ser afastadas, quando adotado o regime da participação final nos aquestos, mediante disposição inserida de comum acordo no pacto antenupcial (art. 1.656).”

Seja em Portugal, seja no Brasil, em que pese todos os regimes de bens próprios e tipificados ora descritos (denominados regimes tipo), há a possibilidade de os nubentes montarem um regime próprio e escolherem, dentro das opções franqueadas no ordenamento jurídico, as regras patrimoniais que lhes serão aplicadas e lhes convierem, respeitando a liberdade de se confeccionar negócios jurídicos nos limites dos planos de existência e validade. Seguem os comandos legais do que se denomina **regime contratual ou misto**:

⁷⁰ COELHO, Fábio Ulhoa – **Curso de Direito Civil. Família e Sucessões** – 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 93.

Código Português	Código Brasileiro
ARTIGO 1698° (Liberdade de convenção) Os esposos podem fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos neste código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei.	Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.
ARTIGO 1699° (Restrições ao princípio da liberdade) 1. Não podem ser objecto de convenção antenupcial: a) A regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiro, salvo o disposto nos artigos seguintes; b) A alteração dos direitos ou deveres, quer paternais, quer conjugais; c) A alteração das regras sobre administração dos bens do casal; d) A estipulação da comunicabilidade dos bens enumerados no artigo 1733°. 2. Se o casamento for celebrado por quem tenha filhos, ainda que maiores ou emancipados, não poderá ser convencionado o regime da comunhão geral nem estipulada a comunicabilidade dos bens referidos no n. 1 do artigo 1722°.	

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Sobre o referido regime híbrido, que, inclusive, é objeto de enunciado do Conselho da Justiça Federal⁷¹, Pablo Stolze⁷² reconhece que a adoção do mesmo não é comum, lecionando e exemplificando, em seu manual, que:

“Admite-se, ainda, nessa linha, que os nubentes conciliem regras de regimes diversos, de maneira a adotar um estatuto patrimonial híbrido. Vale dizer, podem, por exemplo, no pacto, conjugar regras da separação convencional com dispositivos aplicáveis ao regime de participação final nos aquestos.”

b. Da Especialidade do Regime Imperativo da Separação de Bens

Porém há espécie obrigatória do Regime da Separação de Bens (no Brasil denominado Separação Legal ou Obrigatória; em Portugal tem o *nomem iuris* de Regime

⁷¹ Segue o teor do enunciado n.º 331, proveniente da IV Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, *verbis*:

331 – Art. 1.639. O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial.

⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil; Direito de Família; vol. VI** – 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 311.

Imperativo da Separação de Bens⁷³), em que os cônjuges são **obrigados** a adotá-la, independentemente de convenção antenupcial, nos taxativos casos previstos em lei, quais sejam:

Quadro 18 – Cotejo CC/PT e CC/BR (XVI)

Código Português	Código Brasileiro
ARTIGO 1720º (Regime imperativo da separação de bens) 1. Consideram-se sempre contraídos sob o regime da separação de bens: a) O casamento celebrado sem precedência do processo de publicações; b) O casamento celebrado por quem tenha completado sessenta anos de idade. 2. O disposto no número anterior não obsta a que os nubentes façam entre si doações.	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 ⁷⁴ ; II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

⁷³ É de se destacar que a redação em vigor do art. 1.720º, decorre da modificação proveniente do Decreto-Lei n.º 496/177. A redação originária da norma de 1966 é substancialmente diferente, não só por contemplar 3 (três) hipóteses, mas, principalmente, por impor a idade menor na alínea b (50 anos para mulheres e 55 para homens). Segue o texto original:

Artigo 1720.º - (Regime imperativo da separação de bens)

1. Consideram-se sempre contraídos sob o regime da separação de bens:
 - a) O casamento celebrado sem precedência do processo de publicações;
 - b) O casamento celebrado por quem tenha completado sessenta anos de idade, sendo do sexo masculino, ou cinquenta, sendo do sexo feminino;
 - c) O casamento celebrado por quem tenha filhos legítimos, ainda que maiores ou emancipados.
2. O disposto no número anterior não obsta a que os nubentes façam entre si doações, ou o futuro marido constitua um dote em benefício da mulher.

⁷⁴ Seguem as causas suspensivas previstas no Código Civil Brasileiro:

Art. 1.523. Não devem casar:

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

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

As hipóteses de incidência do aludido regime impositivo são objetivas e, se presentes, os nubentes não terão qualquer escolha aos regimes tipo, mas se sujeitarão a regulamentação patrimonial determinada pelo legislador. Nem o silêncio das partes fará com que haja a incidência do regime supletivo, (art. 1.640, do CC/BR, e art. 1.717, do CC/PT), convém asseverar.

Maria Helena Diniz⁷⁵, em seu renomado manual, fez relevante alerta no que se refere ao regime compulsório, que determina a separação patrimonial:

*“Apesar de haver liberdade dos nubentes na escolha do regime de bens que lhes aprouver, a lei, por precaução ou para puni-los, impõe, em certos casos, um regime obrigatório. Entre nós, o regime obrigatório é o da separação de bens, necessário em hipóteses excepcionais (CC, art. 1.641, I a III), quando perdem os noivos a liberdade de escolher o regime matrimonial de sua preferência. **Se apesar da proibição legal eles regularem diferentemente seus interesses econômicos, nula será tal convenção, prevalecendo a determinação legal** (CC, art. 1.655).”* (grifou-se)

Esclarecendo mais o regime legal obrigatório, Pablo Stolze⁷⁶ leciona acerca da taxatividade das hipóteses de incidência:

“Há situações em que a lei impõe o regime de separação de bens. Trata-se do denominado regime de separação legal ou separação obrigatória de bens, instituído nos termos do art. 1.641, que, por traduzir restrição à autonomia privada, não comporta interpretação extensiva, ampliativa ou analógica. “

Dentro do direito português, Diogo Leite de Campos⁷⁷ declara qual é o bem jurídico tutelado que ensejou o legislador a impor uma espécie de regime imperativo, *verbis*:

“Nos casos de regime legal imperativo, a lei determinou-se pelo receio de que algum dos nubentes tenha sido levado a contrair matrimónio por interesse económico. Ou que o cônjuge de mais idade, de mais de sessenta anos, não tenha a capacidade psíquica ou sentimental para apreciar com frieza os seus interesses económicos. E de um modo geral, que aqueles que se casaram sem precedência de processo preliminar de publicações, o tenham feito com demasiada ligeireza, ou, com demasiada pressa, sem um correcta apreciação dos seus interesses patrimoniais.”

⁷⁵ DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro; 5; Direito de Família** – 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.159/160.

⁷⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil; Direito de Família; vol. VI** – 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 324.

⁷⁷ CAMPOS, Diogo Leite de – **Lições de Direito da Família e das Sucessões** – 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 382.

O assunto, no Brasil, é por demais tormentoso, especialmente na limitação à disposição do regime pela idade (no Brasil: 70 anos; em Portugal: 60 anos), pois a doutrina diverge sobre a possibilidade de imposição de um regime, o que, em tese, contraria a liberdade de escolher que o indivíduo, com plenitude da capacidade civil⁷⁸, deveria ter. Pablo Stolze⁷⁹ sintetiza bem a posição doutrinária sobre a matéria, em trecho de sua obra que será integralmente transcrita, feitas todas as vênias pelo excessivo tamanho colacionado:

“A doutrina, de forma quase unânime, tem-se posicionado nesse sentido. FRANCISCO JOSÉ CAHALI, atualizando a obra de SILVIO RODRIGUES, pondera que a restrição apontada se mostra atentatória da liberdade individual e que a tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz decerto é descabida e injustificável. Aliás, afirma, ‘talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver’.

No entender do aludido atualizador, ‘melhor se teria se o novo Código tivesse previsto como regime legal o da separação, facultada, entretanto, a celebração de pacto para outra opção, ou ao menos a possibilidade de, mediante autorização judicial, ser livremente convencionado o regime.’

Também CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, na obra atualizada por TÂNIA DA SILVA PEREIRA, afirma que a restrição em apreço ‘não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nessas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir.’

JOÃO BATISTA VILLELA, por sua vez, sublinha que ‘a proibição, na verdade, é bem um reflexo da postura patrimonialista do Código e constitui mais um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflige na terceira idade.’

Para PAULO LUIZ NETTO LÔBO, igualmente, a ‘hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Consequentemente, é inconstitucional esse ônus.’

[...]

A questão, no entanto, foi bem enfocada por SILMARA JUNY CHINELATO nos seus comentários ao novo diploma civil. Na visão da mencionada civilista, inexistente razão científica para a restrição imposta no dispositivo em tela, pois pessoas com mais de 60 anos aportam a maturidade de conhecimento da vida pessoal, familiar e profissional, devendo, por isso, ser prestigiadas, quanto à capacidade de decidir por si mesmas. Entender que a velhice, aduz – e com ela,

⁷⁸ A discrepância lógica no Brasil é tanta que, pelo teor da Lei Complementar n.º 152, de 03/12/2015, há aposentadoria compulsória do servidor público aos 75 (setenta e cinco) anos, o que demonstra, inclusive, que não há como objetivamente conceber a *capitis diminutio* do art. 1.641, do CC/BR.

⁷⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil; Direito de Família; vol. VI** – 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 449/451.

infundadamente, a capacidade de raciocínio –, chega aos 60 anos é uma forma de discriminação, cuja inconstitucionalidade deveria ser arguida tanto em cada caso concreto como em ação direta de inconstitucionalidade... ‘A plena capacidade mental deve ser aferida em cada caso concreto, não podendo a lei presumi-la, por mero capricho do legislador que simplesmente reproduziu razões de política legislativa, fundadas no Brasil do início do século passado.’ ”

Ante a divergência e crítica doutrinária no Brasil, o regime da Separação Obrigatória de Bens (art. 1.641) é extremamente mitigado pelo teor da Súmula n.º 377, do Supremo Tribunal Federal, por reconhecer, há longa data, que, *”no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”*, quase que equiparando o regime ao da Comunhão Parcial.

Modernamente, há diversos precedentes reduzindo o alcance do verbete sumular, reconhecendo a meação desde que presente o esforço comum do cônjuge, *verbis*:

“Apesar da súmula 377 do STF, os Tribunais entendem que a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento se dará apenas quanto aos que tiverem sido adquiridos comprovadamente com o esforço comum. A respeito, o seguinte precedente:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM DISSOLUÇÃO E PARTILHA DE BENS. REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. AQUESTOS. COMUNICAÇÃO SOMENTE COM A COMPROVAÇÃO DO ESFORÇO COMUM NA AQUISIÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

Aquestos são os bens adquiridos, com esforço comum, na constância do casamento ou união estável, que se comunicam, qualquer que seja o regime de bens, mesmo no caso de separação de bens por força de lei. Entretanto, a Súmula 377 do STF somente tem aplicação quando comprovada a soma de esforços de ambos os cônjuges/companheiros para a aquisição dos bens adquiridos durante a união, e, somente nesta hipótese, haverá a comunicação dos aquestos. Assim, não comprovado no presente caso o esforço comum de ambos os companheiros na aquisição dos imóveis e tendo em vista que os bens que estão em nome somente da 'de cujus' foram adquiridos com recursos exclusivos desta, ou seja, sem a participação do autor, tais bens não se comunicam para fins de partilha. (TJSC – Apelação Cível n. 2008.071533-2, Primeira Câmara de Direito Civil, 30.07.2009)”⁸⁰

O Superior Tribunal de Justiça, em novembro de 2014, reconheceu que, no regime da separação obrigatória, a comunicabilidade dos bens comuns só poderá ocorrer quando houver efetiva prova do esforço comum (o que não decorreria de mera presunção relativa, como no regime da comunhão parcial). Parece que o escopo do Tribunal da Cidadania, em julgamento de verdadeiro *leading case* da matéria, é mitigar, em muito, a aplicabilidade da Súmula n.º 377, do STF, ignorando a sólida doutrina brasileira e criando

⁸⁰ NETO, Sebastião de Assis; DE JESUS, Marcelo; DE MELO, Maria Izabel – **Manual de Direito Civil Volume Único**. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodium, 2014. p. 1.548.

distinção entre o regime da comunhão parcial e a separação obrigatória. Segue a ementa do julgado mencionado:

“RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL (REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 12.344/2010). REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO LEGAL. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. COMPROVAÇÃO. BENFEITORIA E CONSTRUÇÃO INCLUÍDAS NA PARTILHA. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. É obrigatório o regime de separação legal de bens na união estável quando um dos companheiros, no início da relação, conta com mais de sessenta anos, à luz da redação originária do art. 1.641, II, do Código Civil, a fim de realizar a isonomia no sistema, evitando-se prestigiar a união estável no lugar do casamento.

*2. **No regime de separação obrigatória, apenas se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum, sob pena de se desvirtuar a opção legislativa, imposta por motivo de ordem pública.***

3. Rever as conclusões das instâncias ordinárias no sentido de que devidamente comprovado o esforço da autora na construção e realização de benfeitorias no terreno de propriedade exclusiva do recorrente, impondo-se a partilha, demandaria o reexame de material fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Recurso especial não provido.”

(Recurso Especial n.º 1.403.419, da 3ª Turma do STJ, julgado em 11/11/2014, relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva – grifo acrescido).

Há, ainda, outro recentíssimo *decisum* do Superior Tribunal de Justiça (agora proveniente da 2ª Seção), que expressamente mitiga a incidência da Súmula n.º 377, do STF, a fim de que seja apurado o efetivo esforço do cônjuge sobrevivente na aquisição dos bens passíveis de serem partilhados:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO CONTRAÍDO SOB CAUSA SUSPENSIVA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. MODERNA COMPREENSÃO DA SÚMULA 377/STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. Nos moldes do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens.

2. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição.

3. Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça.

4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para dar provimento ao recurso especial.”

(Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.623.858, da 2ª Seção do STJ, julgado em 23/05/2018, com acórdão publicado em 30/05/2018, relatado pelo Ministro Lázaro Guimarães)

Para demonstrar o estágio atual da doutrina brasileira, sempre válidos são os ensinamentos de Maria Berenice Dias⁸¹ que, em sua obra atualizada em 2016, faz um breve histórico da problemática ora narrada e aduz, sobre a lógica adotada pelo Tribunal da Cidadania, que:

*“O Código Civil limitou-se a reproduzir dispositivos da legislação pretérita, não atentando que a Justiça já o havia modificado. A restrição à **autonomia da vontade**, não admitindo sequer a comunhão dos bens adquiridos durante a vida em comum, levou o STF a sumular a matéria. [...]*

*Ao fim e ao cabo, a jurisprudência alterou o dispositivo legal que impunha o regime da separação obrigatória. Considerando que a convivência leva à **presunção do esforço comum** na aquisição de bens, determinou a adoção do regime da **comunhão parcial** para impedir o locupletamento ilícito de um dos consortes em detrimento do outro. Nítido o seu conteúdo ético, que de forma salutar assegura a meaça sobre o patrimônio construído durante o período de convívio, de modo a evitar a ocorrência de enriquecimento injustificado.*

*A divergência ainda persiste é sobre a **natureza da presunção** de comunicabilidade: se absoluta ou relativa. Ao se presumir que os aquestos se comunicam, dispensável a prova do esforço comum. O STJ, sob o fundamento de evitar confusão com o regime de comunhão parcial de bens, exige a prova do esforço comum na aquisição de bens no caso de separação legal.”*

c. Da Necessidade da Evolução Conceitual para Permitir a Alteração do Regime de Bens em Portugal

Grande distinção legislativa entre as nações irmãs decorre do fato de que, no Brasil, há a possibilidade de modificação do regime de casamento na constância da união matrimonial, razão pela qual, seja pela vontade das partes, seja por ter cessado eventual suspensão que limitava a disposição do regime (e que teria gerado uma celebração de casamento pelo regime da separação obrigatória), será possível adequá-lo, alterando-o, como expresso no § 2º, do art. 1.639, do CC:

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

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

⁸¹ DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias** – 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 328/329.

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

Há, inclusive, exatamente como determina o enunciado n.º 262, das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, *verbis*:

Arts. 1.641 e 1.639: A obrigatoriedade da separação de bens nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs.

A doutrina brasileira, ante a clareza da previsão legal, é uníssona no que se refere à mutabilidade do regime de casamento, após a celebração do mesmo (como é óbvio!), desde que não cause prejuízo aos cônjuges e/ou terceiros. A troca de regime deverá ser plenamente motivada e só ocorrerá por força de sentença judicial, proferida em procedimento de jurisdição voluntária (art. 734, do CPC/BR⁸²).

De todos, segue a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁸³:

“Assim, atendendo a insistentes e fundados reclamos de abalizada doutrina e perfilhando-se à moderna tendência sinalizada por ordenamentos jurídicos avançados (como as legislações da Alemanha, da Suíça, da França, da Espanha e da Itália), admitiu o Código Civil de 2002 (§ do art. 1.639) a alteração do regime de bens, posteriormente à celebração do casamento, dès que atendidas as condições estabelecidas em lei.

Abandona-se, então, o princípio da inalterabilidade do regime de bens para dar espaço e prestígio à mutabilidade motivada, por decisão judicial.”

No regime da separação obrigatória vigente no Brasil, como as hipóteses podem ser transitórias (por exemplo, as causas suspensivas de casamento [art. 1.641, I,

⁸² Art. 734. A alteração do regime de bens do casamento, observados os requisitos legais, poderá ser requerida, motivadamente, em petição assinada por ambos os cônjuges, na qual serão expostas as razões que justificam a alteração, ressalvados os direitos de terceiros.

§ 1º Ao receber a petição inicial, o juiz determinará a intimação do Ministério Público e a publicação de edital que divulgue a pretendida alteração de bens, somente podendo decidir depois de decorrido o prazo de 30 (trinta) dias da publicação do edital.

§ 2º Os cônjuges, na petição inicial ou em petição avulsa, podem propor ao juiz meio alternativo de divulgação da alteração do regime de bens, a fim de resguardar direitos de terceiros.

§ 3º Após o trânsito em julgado da sentença, serão expedidos mandados de averbação aos cartórios de registro civil e de imóveis e, caso qualquer dos cônjuges seja empresário, ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.

⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil vol. 6 – Famílias**. 5ª ed. Salvador: Editora Juspodium, 2013. p. 348/349.

do CC/BR], tais como as previstas no já transcrito art. 1.523, do CC/BR), é perfeitamente possível a alteração do regime impositivo para qualquer outro de livre escolha, desde que, evidentemente, a causa já tenha sido ultrapassada. Maria Berenice Dias⁸⁴, mais uma vez, com peculiar lucidez, discorre sobre o *thema*:

*“Em princípio, o pedido de alteração só pode ser formulado se os noivos, quando do casamento, tinham **liberdade** de escolher o regime de bens. Para os que foram obrigados a adotar o regime da separação de bens (CC 1.641), não é autorizada a mudança. Ora, admitir-se essa possibilidade seria contrariar o teor da norma jurídica, que obriga o casamento por esse regime patrimonial, a fim de proteger um ou ambos os cônjuges. No entanto, **superada** a causa que impôs o regime da separação obrigatória (CC 1.641 I e III), não há impedimento para a alteração do regime. Basta comprovar que, depois do casamento, foram atendidas as exigências legais que impediriam a livre eleição do regime matrimonial.”*

Em Portugal, não há, no regime imperativo da separação, ao contrário da norma brasileira, hipóteses transitórias que podem, em tese, ser superadas. A regra, única e constante, é que, até a celebração do casamento, vige a lógica da livre escolha do regime programado a regular os efeitos patrimoniais dos nubentes (salvo se presentes as hipóteses de regime imperativo da separação, como é translúcido), com lastro no art. 1.712º, do CC/PT, ora transcrito:

ARTIGO 1712º

(Revogação ou modificação da convenção antenupcial antes da celebração do casamento)

1. A convenção antenupcial é livremente revogável ou modificável até à celebração do casamento, desde que na revogação ou modificação consintam todas as pessoas que nela outorgaram ou os respectivos herdeiros.
2. O novo acordo está sujeito aos requisitos de forma e publicidade estabelecidos nos artigos antecedentes.
3. A falta de intervenção de alguma das pessoas que outorgaram na primeira convenção, ou dos respectivos herdeiros, apenas tem como efeito facultar àquelas ou a estes o direito de resolver as cláusulas que lhes digam respeito.

Celebrado o casamento em Portugal e definida a norma patrimonial, pairará a imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens, à luz do art. 1.714, 1, *verbis*:

ARTIGO 1714º

(Imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens resultantes da lei)

1. Fora dos casos previstos na lei, não é permitido alterar, depois da celebração do casamento, nem as convenções antenupciais nem os regimes de bens legalmente fixados.

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias** – 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 330/331.

2. Consideram-se abrangidos pelas proibições do número anterior os contratos de compra e venda e sociedade entre os cônjuges, excepto quando estes se encontrem separados judicialmente de pessoas e bens.
3. É lícita, contudo, a participação dos dois cônjuges na mesma sociedade de capitais, bem como a dação em cumprimento feita pelo cônjuge devedor ao seu consorte.

A doutrina portuguesa, espelhada em valores principiológicos, começa a questionar a imutabilidade do regime matrimonial. Diogo Leite de Campos⁸⁵, em sua recente obra, já levanta questionamento sobre a matéria e prega, com absoluta correção, que o regime deveria ser mutável, sempre com análise prévia do judiciário, em procedimento de jurisdição voluntária (art. 986 e seguintes, do CPC/PT), *verbis*:

“Parece, porém, que levadas em conta todas as observações anteriores, o princípio da imutabilidade é demasiadamente rígido, nos termos consagrados em Direito português.

O princípio da imutabilidade das convenções ante-nupciais, nos termos em que está consagrado no Código Civil português, assenta em razões hoje ultrapassadas.

[...]

Tendendo-se, assim, como aliás propõe a generalidade dos autores, tanto em Portugal como nos outros países, para uma imutabilidade flexível e controlada. Os cônjuges deverão poder alterar as convenções ante-nupciais, desde que fundamentem essa alteração e ela seja aprovada pelo tribunal.”

d. Da União Estável / União de Facto

Ainda que em capítulo próprio aos regimes de casamento, é absolutamente necessário discorrer – ainda que em poucas palavras – sobre a diferença entre a União Estável Brasileira e a União de Facto Portuguesa, cujo instituto visa a proteção familiar e patrimonial da sociedade familiar de suas pessoas⁸⁶.

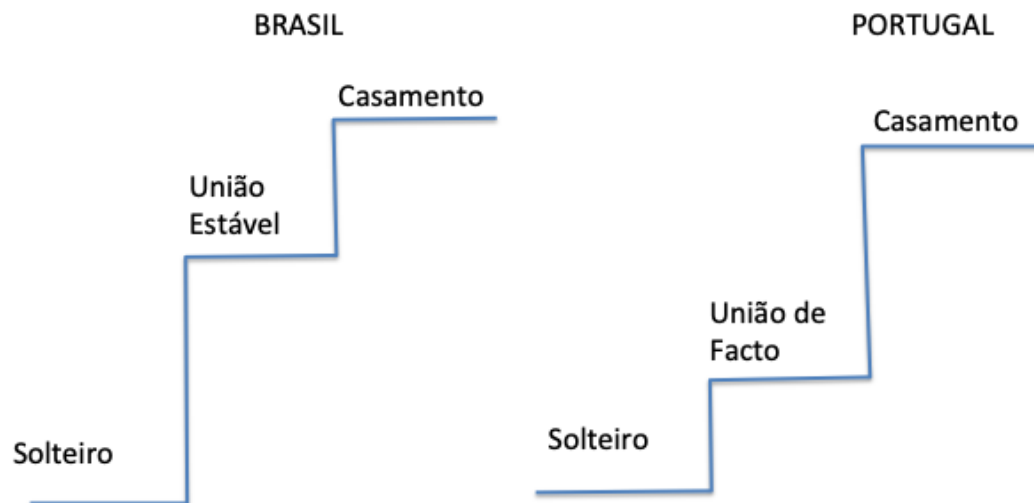
⁸⁵ CAMPOS, Diogo Leite de – **Lições de Direito da Família e das Sucessões** – 2^a ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 385.

⁸⁶ Vale o registro, ainda que na presente nota de rodapé, que o art. 1º, item 2, da Lei n.º 7/2001, é claro ao reconhecer que a união de facto é composta por duas pessoas, independentemente do sexo, o que, por óbvio, beneficia também a relação homoafetiva. No Brasil, a inclusão da relação homoafetiva foi mais trabalhosa, já que a lei prevê que a união estável é o vínculo entre homem e mulher, sendo necessário o ativismo judicial do STF para esclarecer a questão, quando do julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade - ADIn n.º 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n.º 133, ocorrido em 04/05/2011 (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931> [Consult. 28 Fev. 2019])

Parece que, na origem do Código Civil Brasileiro de 2002, o valor jurídico no Brasil era similar à lógica portuguesa, eis que o escopo era proteger o companheiro, não lhe outorgando a plenitude dos direitos que teria o cônjuge, mas lhe concedendo algumas benesses.

No Brasil, vê-se que, pela redação originária do Código idealizada por Miguel Reale, a intenção era conceder muitos direitos ao companheiro, mas não todos. Em Portugal, por sua vez, há clara atribuição de poucas garantias, em especial a previdenciária. Graficamente, poder-se-ia ilustrar da seguinte forma:

Fig. 6 – União Estável x União de Facto



Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Em Portugal a matéria é regulamentada pela Lei n.º 7/2001, enquanto que, no Brasil, o tema é tratado nos arts. 1.723 ao 1.727, do Código Civil (além de outros dispositivos espalhados pela norma: art. 1.240-A [usucapião familiar]; art. 1.636 [extinção do poder familiar]; art. 1.694 [alimentos]; art. 1.790 [regime sucessório]; dentre outros).

A ideia, com a devida vênia, não é prejudicar o companheiro ou tratá-lo como elemento familiar de segunda linha. Ao revés, o desejo do legislador é, em verdade, estimular o casamento, já que mantém a totalidade das garantias ao cônjuge, reservando, ao companheiro, apenas parte deles (em Portugal, sem dúvida, há bem menos direitos do que no Brasil).

O casamento, seja no Brasil ou em Portugal, é ato formal, que modifica o estado civil, tendo formalidades e ampla publicidade, sob pena de nulidade. O que o Estado deseja é que haja clareza da relação interpessoal, com a definição de regimes e – repita-se – publicidade do ente familiar, a fim de não prejudicar terceiros. De forma transitória, o mesmo Estado concede alguns direitos a quem viva união de facto / união estável, que é uma relação de natureza fática, sem registro e demais elementos caracterizadores.

A conclusão que se deveria ter é: se deseja ter a plenitude dos direitos; case; se o escopo é ter algumas garantias para existência, mantenha a informalidade na relação de companheiros.

O espírito da lei⁸⁷ está mantido em Portugal, ante o teor dos poucos direitos concedidos pela Lei n.º 7/2001, mas foi significativamente alterado no Brasil, por força da equivocada, com a devida vênia, interpretação ao art. 226, § 3º, da Constituição da República⁸⁸, no sentido de que, ao facilitar a conversão da união estável em casamento, dever-se-ia igualar os direitos.

⁸⁷ Impossível não fazer referência a Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de Montesquieu e sua obra “*L’esprit des loix*”, que é a base do pensamento iluminista e fonte de inspiração da Revolução Francesa.

⁸⁸ Segue a íntegra do art. 226, da CFRB, com destaque ao parágrafo 3º:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

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

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Inclusive, após o julgamento, pelo STF, da questão sobre (in)constitucionalidade do regime sucessório distinto do companheiro em relação ao cônjuge⁸⁹, restou sacramentado que, em terras brasileiras, não há como existir qualquer distinção entre casamento e união estável, razão pela qual o tratamento jurídico deve ser o mesmo (da plenitude dos direitos, sem qualquer restrição).

Regina Beatriz Tavares da Silva, após o julgamento ora mencionado, apresentou notável discordância com a equiparação sacramentada pelo STF, asseverando que:

*Uma vez que não existe inconstitucionalidade evidente no artigo 1.790 do Código Civil, a decisão correta do Tribunal seria a de não declarar a sua inconstitucionalidade, respeitando a escolha do legislador. In dubio, pro legislatore, como lembrou de maneira muito pertinente o Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto contrário à equiparação. Declarar a inconstitucionalidade, acabando com o regime sucessório próprio da união estável e determinando que sobre ela sejam aplicadas as mesmas regras sucessórias do casamento foi um grande desacerto jurídico do STF. Um desacerto que, longe de ficar adstrito ao nosso mundo jurídico, terá lamentáveis repercussões na vida de tantos milhões de casais e de seus herdeiros que pagarão o preço de uma decisão equivocada do STF.*⁹⁰

⁸⁹ O STF, quando do julgamento dos Recursos Extraordinários n.º 646.721-RS e n.º 878.694-MG, com repercussão geral reconhecida, declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790, do CC/BR. Segue, para ilustração, a ementa do RE n.º 878.894-MG:

“Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 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 n.ºs 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 humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “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”.

(Recurso Extraordinário n.º 878.694, do Pleno do STF, relatado pelo Ministro Roberto Barroso, julgado em 10/05/2017 e com acórdão publicado em 06/02/2018).

⁹⁰ SILVA, Regina Beatriz Tavares da – **Regime sucessório da união estável não é inconstitucional**. Público [Em linha]. (19 Maio. 2017). [Consult. 28 Fev. 2019]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional>.

e. Do Poliamor

Por fim, mesmo não sendo um regime de casamento, tampouco instituto ligado à monogamia, convém tecer algumas palavras sobre as relações poliafetivas⁹¹, que consiste na união familiar formada, de forma plena e consciente, entre 3 (três) ou mais pessoas.

O tema no Brasil é difundido na doutrina, havendo várias considerações e registros, porém poucos julgados⁹² até o presente momento. Luana Malmonge é bastante clara ao definir o novo instituto do direito de família:

Assim, podemos dizer que o poliamorismo é caracterizado, de uma forma mais sucinta, pela existência de duas ou mais relações afetivas concomitantes, dentre as quais as partes envolvidas consentem por essa realidade. Sua prática é analisada sob o ponto de vista psicológico, que a atribui como certa capacidade que determinadas pessoas possuem de manter relações afetivas com mais de um indivíduo num mesmo espaço de tempo. O consentimento entre as partes que integram os envolvimento paralelos é uma das principais características que distingue o Poliamor da traição, posto que aquele não fere com a fidelidade conjugal estabelecida entre os casais que aderem à prática poliamorista. Não existe conflitos entre as partes, que

⁹¹ A palavra poliamor é relativamente nova no vernáculo, somente tendo sido inserido no Dicionário online PRIBERAN em meados de 2014. Em inglês, há o polyamory, que somente integrou o verbete do Oxford English Dictionary em setembro/2006 (<https://polyinthedia.blogspot.com/2007/01/polyamory-enters-oxford-english.html> {Consult 28 Fev 2019}).

⁹² Há quase nenhum precedente sobre o políamor. Talvez o mais famoso seja a sentença de um juiz de direito da 4ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Velho, em Rondônia, que, de forma sucinta e clara, explanou sobre a possibilidade de existência da prática poliamorista como forma de envolvimento afetivo:

“Durante a instrução do processo, fiquei absolutamente convencido que o falecido manteve um relacionamento dúplice com a esposa com quem era legalmente casado e a autora. Mais ainda, fiquei também convencido que este relacionamento dúplice não só era de conhecimento das duas mulheres como também era consentido por ambas as mulheres, que se conheciam, se toleravam e permitiam que o extinto mantivesse duas famílias de forma simultânea, dividindo a sua atenção entre as duas entidades familiares (...) Portanto, de tudo que foi exposto, é possível o reconhecimento da união dúplice, quando a autora, o extinto e sua falecida esposa mantiveram uma relação de poliamor, consentida e tolerada, advindo daí efeitos legais como a divisão dos bens adquiridos neste período” (Juiz de Direito Adolfo Theodoro Naujorks Neto, 4ª Vara de Família e Sucessões Comarca de Porto Velho – RO, Autos n.º 001.2008.005553-1, DJ 13/11/2008).

*aceitam livremente o convívio afetivo paralelo de seus parceiros com outras pessoas*⁹³

Não se está diante de múltiplas uniões estáveis ou, até mesmo, de concomitância de relações. O instituto do poliamor é aplicado aos agrupamentos familiares, expressamente consentidos pelas partes, com 3 (três) ou mais pessoas.

Não há, seja no Brasil ou em Portugal, qualquer regramento sobre as uniões poliafetivas, sendo certo, claro e evidente, que as normas sobre uniões de facto e casamentos não são aplicáveis. Há, em verdade, lacuna normativa sobre o instituto.

Por isso – ante a não norma específica – é que o Conselho Nacional de Justiça determinou que as corregedorias-gerais de Justiça proíbam os cartórios de seus respectivos estados de lavrar escrituras públicas para registrar uniões poliafetiva, como se vê da ementa do *decisum*:

“PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. INAPTIDÃO PARA CRIAR ENTE SOCIAL. MONOGAMIA. ELEMENTO ESTRUTURAL DA SOCIEDADE. ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA. LAVRATURA. VEDAÇÃO.

1. A Constituição Federal de 1988 assegura à família a especial proteção do Estado, abarcando suas diferentes formas e arranjos e respeitando a diversidade das constituições familiares, sem hierarquizá-las.

2. A família é um fenômeno social e cultural com aspectos antropológico, social e jurídico que refletem a sociedade de seu tempo e lugar. As formas de união afetiva conjugal – tanto as “matrimonializadas” quanto as “não matrimonializadas” – são produto social e cultural, pois são reconhecidas como instituição familiar de acordo com as regras e costumes da sociedade em que estiverem inseridas.

3. A alteração jurídico-social começa no mundo dos fatos e é incorporada pelo direito de forma gradual, uma vez que a mudança cultural surge primeiro e a alteração legislativa vem depois, regulando os direitos advindos das novas conformações sociais sobrevindas dos costumes.

4. A relação “poliamorosa” configura-se pelo relacionamento múltiplo e simultâneo de três ou mais pessoas e é tema praticamente ausente da vida social, pouco debatido na comunidade jurídica e com dificuldades de

⁹³ MALMONGE, Luana – **Poliamor: a quebra do paradigma da “família tradicional brasileira”**. Público [Em linha]. (01 Jul.. 2017). [Consult. 28 Fev. 2019]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/57970/poliamor-a-quebra-do-paradigma-da-familia-tradicional-brasileira>.

definição clara em razão do grande número de experiências possíveis para os relacionamentos.

5. Apesar da ausência de sistematização dos conceitos, a “união poliafetiva” – descrita nas escrituras públicas como “modelo de união afetiva múltipla, conjunta e simultânea” – parece ser uma espécie do gênero “poliamor”.

6. Os grupos familiares reconhecidos no Brasil são aqueles incorporados aos costumes e à vivência do brasileiro e a aceitação social do “poliafeto” importa para o tratamento jurídico da pretensa família “poliafetiva”.

7. A diversidade de experiências e a falta de amadurecimento do debate inabilita o “poliafeto” como instituidor de entidade familiar no atual estágio da sociedade e da compreensão jurisprudencial. Uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes no país não refletem a posição da sociedade acerca do tema; conseqüentemente, a situação não representa alteração social hábil a modificar o mundo jurídico.

8. A sociedade brasileira não incorporou a “união poliafetiva” como forma de constituição de família, o que dificulta a concessão de status tão importante a essa modalidade de relacionamento, que ainda carece de maturação. Situações pontuais e casuísticas que ainda não foram submetidas ao necessário amadurecimento no seio da sociedade não possuem aptidão para ser reconhecidas como entidade familiar.

9. Futuramente, caso haja o amadurecimento da “união poliafetiva” como entidade familiar na sociedade brasileira, a matéria pode ser disciplinada por lei destinada a tratar das suas especificidades, pois a) as regras que regulam relacionamentos monogâmicos não são hábeis a regular a vida amorosa “poliafetiva”, que é mais complexa e sujeita a conflitos em razão da maior quantidade de vínculos; e b) existem conseqüências jurídicas que envolvem terceiros alheios à convivência, transcendendo o subjetivismo amoroso e a vontade dos envolvidos.

10. A escritura pública declaratória é o instrumento pelo qual o tabelião dá contorno jurídico à manifestação da vontade do declarante, cujo conteúdo deve ser lícito, uma vez que situações contrárias à lei não podem ser objeto desse ato notarial.

11. A sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural e os tribunais repelem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo, o que limita a autonomia da vontade das partes e veda a lavratura de escritura pública que tenha por objeto a união “poliafetiva”.

12. O fato de os declarantes afirmarem seu comprometimento uns com os outros perante o tabelião não faz surgir nova modalidade familiar e a posse da escritura pública não gera efeitos de Direito de Família para os envolvidos.

13. Pedido de providências julgado procedente”

(Pedido de Providência n.º 0001459-08.2016.2.00.0000, julgado pelo Plenário do CNJ em 29/06/2018).

5) A proteção linear do Código Civil Português e a vocação hereditária do cônjuge em função do regime de casamento do Código Civil Brasileiro:

a. Do Atributo de Herdeiro do Cônjuge que Concorre com Descendentes

O Código Seabra Português, de 1867, e o Código Beviláqua Brasileiro, de 1916, ambos já revogados, não concediam ao cônjuge, que concorria com o descendente, vocação hereditária. Era facto que a reserva de bens do cônjuge sobrevivente se daria, única e exclusivamente, através do regime matrimonial adotado no casamento e a apuração de eventual meação de bens.

Mas também era facto que, em Portugal, o cônjuge ficaria com a integralidade da herança, na ausência de eventuais descendentes, ascendentes e irmãos/sobrinhos, enquanto que, no Brasil, bastaria que não houvesse descendentes ou ascendentes para que todo o espólio lhe fosse deferido, como se depreende dos dispositivos já revogados:

Quadro 19 – Cotejo CC/PT e CC/BR – Normas Revogadas

Código Civil Português de 1867 (revogado)	Código Civil Brasileiro de 1916 (revogado)
ARTIGO 1969º A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: 1º Aos descendentes; 2º Aos ascendentes, salvo no caso do artigo 1.236º; 3º Aos irmãos e seus descendentes; 4º Ao cônjuge sobrevivo; 5º Aos transversaes não compreendidos no n.º 3º, até o décimo grau; 6º À fazenda nacional.	Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - Aos descendentes. II - Aos ascendentes. III - Ao cônjuge sobrevivente. IV - Aos colaterais. V - Aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

As novas codificações (em Portugal especialmente após o Decreto-Lei n.º 496/77⁹⁴), entretanto, romperam esse paradigma, pois, a despeito de eventual meação

⁹⁴ É de se destacar que a referida norma portuguesa já foi elaborada sob a égide da Constituição da República Portuguesa, de 1976, confeccionada pela Assembleia Constituinte, eleita para as funções previstas na Lei n.º 3/74, em 25/04/1975, um ano após a Revolução dos Cravos, sendo extremamente garantidora por reconhecer a relevância de um Estado livre e democrático, refletindo um momento histórico após 25 de Abril de 1974, que pôs fim a um regime ditatorial salazarista de longos 41 (quarenta e um) anos. O viés assecuratório pós 1976, que espelhava a

em função do regime patrimonial do casamento, o cônjuge sobrevivente também será considerado herdeiro em concorrência com os descendentes e ascendentes, como se depreende das ordens de vocação hereditária do Brasil e de Portugal:

Quadro 20 – Cotejo CC/PT e CC/BR (XVII)

Código Português	Código Brasileiro
ARTIGO 2133.º (Classes de sucessíveis) 1. A ordem por que são chamados os herdeiros, sem prejuízo do disposto no título da adoção, é a seguinte: a) Cônjuge e descendentes; b) Cônjuge e ascendentes; c) Irmãos e seus descendentes; d) Outros colaterais até ao quarto grau; e) Estado⁹⁵ 2. O cônjuge sobrevivo integra a primeira classe de sucessíveis, salvo se o autor da sucessão falecer sem descendentes e deixar ascendentes, caso em que integra a segunda classe.	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.

vontade e os anseios da nova sociedade portuguesa, como não poderia deixar de ser, também produziu efeitos nas demais leis ordinárias subsequentes, em especial o Decreto-Lei n.º 496/77.

⁹⁵ No Brasil, não havendo herdeiros sucessíveis, por força do art. 1.844, do CC/BR, ao ente público, que no caso é o Município, será devolvida a herança, após a declaração da vacância dos bens (art. 1.823), não lhe sendo aplicado o *droit de saisine*, razão pela qual a doutrina o conceitua não como herdeiro, mas sim como arrecadador dos bens do falecido:

“Transcorrido um ano de publicação dos editais sem que haja qualquer habilitação pendente, a herança será decretada como vacante, entregando-se os bens ao Poder Público, que não é herdeiro mas apenas o arrecadador. Daí, a boa doutrina registrar que redigiu melhor a ordem vocacional hereditária o Código Civil de 2002, posto que corrigiu a errônea de colocar o Poder Público entre os possíveis herdeiros.”

(LEITE, Gisele – **Inventário e Partilha**. Público [Em linha]. (29 Ago. 2012). [Consult. 15 Jan. 2019]. Disponível em <http://www.giseleleite.prosaeverso.net/visualizar.php?id=1279564>).

É de se destacar, como leciona Orlando Gomes, que há divergência doutrinária sobre a função de arrecadador do Estado, *verbis*:

“O Estado está incluído no último lugar da ordem da vocação hereditária, com a particularidade de não poder renunciar à herança devolvida, por determinação legal, ao seu patrimônio.

A ‘natureza’ do seu ‘direito’ ainda é objeto de controvérsia. Negam-lhe alguns a qualidade de direito sucessório, enquanto outros afirmam-na. Entendem os primeiros que o Estado faz seus os bens vacantes com fundamento no jus imperii’. Adquire-os mediante ‘ocupação’. Sustentam os segundos que se trata de genuíno direito de sucessão.

A lei inclui o Estado entre ‘as pessoas sucessíveis’, colocando-o no quinto lugar da ordem de chamamento e determina que a herança a ele se ‘devolva’. Não permite que caia no domínio público, antes o indica para recolhê-la caso haja parente sucessível. Tem ele, relativamente à herança, os mesmos direitos e encargos do herdeiro, mas seria levar muito longe à índole do direito do Estado o atribuir-lhe tal condição.”

(GOMES, Orlando – **Sucessões**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997. p. 70)

3. O cônjuge não é chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão se encontrar divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do n.º 3 do Artigo 1785.º.	Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.
	Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.⁹⁶

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Como se vê, o Código Civil Português em vigor, no que se refere à concorrência do cônjuge sobrevivente com o descendente, optou por uma proteção linear, independentemente do regime do casamento que havia com o *de cujus*, pouco importando se o mesmo seria, ou não, beneficiário de meação.

Portanto, em Portugal **o cônjuge, independentemente do regime patrimonial da união, sempre será herdeiro em concorrência com o descendente do autor da herança, verbis:**

*“Por constituir requisito do seu chamamento à sucessão legítima, importa determinar, desde já, quando o cônjuge é considerado herdeiro. Fica esclarecido que se trata de matéria relativa a todos os casos de sucessão legítima do cônjuge, que aqui é tratada especificamente por se a primeira vez que ela releva. Como questão prévia, cabe também uma chamada de atenção para o facto de, em relação à posição do cônjuge, não se deve confundir a sua eventual posição de meeiro com a de herdeiro. No primeiro caso, está em causa a cessação da comunhão conjugal, quando existia, e a sua partilha, por efeito da morte do outro cônjuge. O correspondente tratamento situa-se, pois, fora do domínio do Direito das Sucessões, porquanto se integra no âmbito do Direito de Família e, em si mesmo, é prévio à determinação da herança do falecido. De facto, nesta só cabem os bens que venham a preencher a sua meação.”*⁹⁷

⁹⁶ Vale a consideração de que, à luz do art. 2.133º, 1, e, do Código Civil Português, o Estado recebe os bens do finado na qualidade de herdeiro, não sendo necessário que mesmo aceite, nem lhe sendo franqueada a opção de renunciar ao espólio, à luz do art. 2.154º:

“A aquisição hereditária a favor do Estado segue as regras sucessórias gerais. O Estado é um herdeiro como outro qualquer, salvo no aspecto de não se lhe reconhecer o direito de repudiar a sucessão (...)”

(GONZÁLEZ, José Alberto – **Código Civil Anotado Volume VI - Direito das Sucessões (artigos 2024.º a 2334.º)**. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2015. p. 178).

⁹⁷ FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Lições de Direito das Sucessões**. 4ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2012. p. 372-373.

No Brasil, em caminho diametralmente oposto e através de uma redação sofrível e com má remissão à norma, a intenção do legislador foi a de contemplar o cônjuge sobrevivente, em concorrência com o descendente, em função do regime de casamento, tentando criar a regra do “**na parte em que for meeiro, não herda; na parte que em não for meeiro, herda**”⁹⁸.

Ora, o escopo do art. 1.829, I, do CC/BR, é reconhecer que o cônjuge será sempre herdeiro, em concorrência com o descendente, salvo em 3 (três) regimes de casamento:

- i. **na comunhão universal**⁹⁹ – como, no referido regime (art. 1.667, com as exceções dos incisos do art. 1.668, ambos do CC/BR), os bens integram a meação, resta óbvio que o cônjuge será considerado meeiro dos que houver e não ficará à míngua após o óbito¹⁰⁰;
- ii. **na separação obrigatória (legal)**¹⁰¹ – nas hipóteses previstas no art. 1.641, do CC/BR (e não no parágrafo único, do art. 1.640, como erradamente remete à redação do art. 1.829, I), a lei exclui a concorrência do cônjuge casado por

⁹⁸ É de se notar que, na concorrência do cônjuge com o **ascendente**, a norma brasileira ignora a regra do inciso I, assumindo, no inciso II, a mesma proteção linear presente no Código de Portugal, reconhecendo que o cônjuge, conjuntamente com o ascendente, sempre será herdeiro, sendo irrelevante o regime de casamento e a configuração dos bens da herança.

⁹⁹ No direito português: Regime da Comunhão Geral.

¹⁰⁰ Convém destacar a posição de José Luiz Gavião de Almeida que, em resumo, reconhece que dos bens excluídos da meação (art. 1.668, do CC/BR), o cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal, será herdeiro:

“Mesmo nesse regime podem existir bens incommunicáveis. E podem existir apenas bens incommunicáveis [...] por isso, o dispositivo deve ser entendido no sentido de que ficará ele privado da sucessão concorrente se houver patrimônio comum. Não o havendo, cabe-lhe quota na sucessão dos bens particulares do falecido.”

(DE ALMEIDA, José Luiz Gavião – **Código Civil Comentado vol. XVIII – Direito das Sucessões. Sucessão em Geral. Sucessão Legítima**. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 224.)

¹⁰¹ No direito português: Regime Imperativo da Separação de Bens.

esse regime¹⁰², sendo certo que, há muitos anos¹⁰³, a jurisprudência brasileira reconhece o direito à meação do cônjuge, desde que tenha havido efetivo e real esforço comum, ainda que não financeiro, à construção do patrimônio adquirido na constância do casamento, não bastando a mera presunção de contribuição financeira¹⁰⁴; e

¹⁰² A exclusão do cônjuge casado pelo regime da separação obrigatória é vista com revolta por Gustavo Rene Nicolau:

“Outra hipótese na qual a lei pareceu atuar de modo injusto ou pouco coerente envolve o caso da viúva que for a casada no regime de separação obrigatória de bens. Apesar da remissão equivocada ao artigo 1.640, parágrafo único, a lei é taxativa ao vedar a concorrência sucessória da pessoa nesta peculiar situação com descendentes do de cujus.”

(NICOLAU, Gustavo Rene – Sucessão Legítima, Desacertos do Sistema e Proposta de Alteração Legislativa. In **Direito de Família e das Sucessões – Temas Atuais**. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 525.)

¹⁰³ Como já aludido, a matéria encontra-se sumulada no Supremo Tribunal Federal desde 1964, através do verbete n.º 377: *“No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”*.

¹⁰⁴ De todos os recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o *thema*, há relevante precedente sobre união estável (união de facto em Portugal), mas que se refere exatamente à necessidade de que, no regime da separação obrigatória, pode ser amealhado o bem adquirido na constância da união, desde que decorra do real esforço comum, *verbis*:

“EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). DISSOLUÇÃO. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. PARTILHA. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. Nos moldes do art. 258, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos (matéria atualmente regida pelo art. 1.641, II, do Código Civil de 2002), à união estável de sexagenário, se homem, ou quinquenária, se mulher, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens.

2. Nessa hipótese, apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha. 3. Embargos de divergência conhecidos e providos para negar seguimento ao recurso especial.

VOTO DO RELATOR

[...]

Tem-se, assim, que a adoção da compreensão de que o esforço comum deve ser presumido (por ser a regra) conduz à ineficácia do regime da separação obrigatória (ou legal) de bens, pois, para afastar a presunção, deverá o interessado fazer prova negativa, comprovar que o ex-cônjuge ou ex-companheiro em nada contribuiu para a aquisição onerosa de determinado bem, conquanto tenha sido a coisa adquirida na constância da união. Torna, portanto, praticamente impossível a separação dos aquestos.

Por sua vez, o entendimento de que a comunhão dos bens adquiridos pode ocorrer, desde que comprovado o esforço comum, parece mais consentânea com o sistema

- iii. **na comunhão parcial de bens**¹⁰⁵ – pela letra fria do inciso I, cuja redação é muito criticada, até pela dupla negativa no período, o cônjuge casado pelo regime supletivo não será herdeiro, salvo se o *de cujus* não houver deixado bens particulares. Logo, se deixar bens particulares, o cônjuge terá o atributo de herdeiro da totalidade do monte, e não só sobre os bens particulares, enquanto que, não tendo bens particulares, o sobrevivente não terá o mesmo *status*.

Como consequência lógica, excluídos os três “salvos” do inciso I, do art. 1.829, nos regimes da separação voluntária/convencional¹⁰⁶ de bens e na participação final dos aquestos, o cônjuge sobrevivente herdará, em concorrência com os descendentes, em quinhão incidente sobre a totalidade do espólio.

Assim, se o motivo para considerar o cônjuge herdeiro no Brasil seria agraciá-lo na parte em que o mesmo não seria meeiro, vê-se que o legislador brasileiro, através da pífia redação do art. 1.829, I, não conseguiu, nem de perto, atingir o objetivo. A redação é por demais criticada na doutrina, como se apura da contundente manifestação de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁰⁷, *verbis*:

“Ao parametrizar a sucessão do cônjuge – o que ocorreu também quando da disciplina da sucessão do companheiro –, o legislador não primou pelo uso da técnica, preterindo, em tom quase emotivo, reconhecer sequencialmente vantagens ao sobrevivente. O resultado, como se verá, é uma profusão de dúvidas e controvérsias, que terminam ocasionando uma incerteza e uma insegurança na sociedade. Trata-se de uma verdadeira Torre de Babel legislativa, com textos imprecisos e, não raro, ininteligíveis.”

legal de regime de bens do casamento, recentemente confirmado no Código Civil de 2002, pois prestigia a eficácia do regime de separação legal de bens. Caberá ao interessado comprovar que teve efetiva e relevante (ainda que não financeira) participação no esforço para aquisição onerosa de determinado bem a ser partilhado com a dissolução da união (prova positiva). “

(Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.171.820, da 2ª Seção do STJ, relatado pelo Ministro Raul Araújo, julgado em 26/06/2015 e com acórdão publicado em 21/09/2015).

¹⁰⁵ No direito português: Regime da Comunhão de Adquiridos.

¹⁰⁶ No direito português: Regime da Separação.

¹⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de ; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil vol. 7 – Sucessões**. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 241.

Para tentar apaziguar os ânimos jurídicos no Brasil, o Conselho da Justiça Federal, na III Jornada de Direito Civil, em dezembro de 2004, tentou tornar transparente a regra já referida do “**na parte em que for meeiro, não herda; na parte que em não for meeiro, herda**”, através do enunciado n.º 270, ora transcrito:

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

Todavia, após mais de 16 (dezesesseis) anos da vigência do malfadado dispositivo sucessório, ainda com alguma divergência e causando instabilidade, a jurisprudência brasileira tenta interpretar o art. 1.829, I, do CC/BR, buscando compreender a essência da proteção do cônjuge sobrevivente em função do regime do casamento, quando venha a concorrer com descendente.

Para fins ilustrativos, é de se transcrever as ementas dos principais julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, demonstrando a divergência existente:

Separação Total/Convencional:

“CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC.

1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil).

2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil.

3. Recurso especial desprovido.”

(Recurso Especial n.º 1.430.763, da 3ª Turma do STJ, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, julgado em 19/08/2014 e com acórdão publicado em 02/12/2014).

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. INVENTÁRIO E PARTILHA. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. PACTO ANTENUPCIAL POR ESCRITURA PÚBLICA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. CONCORRÊNCIA NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA COM DESCENDENTES. CONDIÇÃO DE HERDEIRO. RECONHECIMENTO.

EXEGESE DO ART. 1.829, I, DO CC/02. AVANÇO NO CAMPO SUCESSÓRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL.

1. O art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 confere ao cônjuge casado sob a égide do regime de separação convencional a condição de herdeiro necessário, que concorre com os descendentes do falecido independentemente do período de duração do casamento, com vistas a garantir-lhe o mínimo necessário para uma sobrevivência digna.

2. O intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511 do Código Civil) conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social.

3. O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial.

4. O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço no direito de família, a vida em comum. As situações, porquanto distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade patrimonial não se perpetua post mortem.

5. O concurso hereditário na separação convencional impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, especialmente porque o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art. 1.829, I, do Código Civil.

6. O regime de separação convencional de bens escolhido livremente pelos nubentes à luz do princípio da autonomia de vontade (por meio do pacto antenupcial), não se confunde com o regime de separação legal ou obrigatória de bens, que é imposto de forma cogente pela legislação (art. 1.641 do Código Civil), e no qual efetivamente não há concorrência do cônjuge com o descendente.

7. Aplicação da máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988).

8. O novo Código Civil, ao ampliar os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurou ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que os únicos deixados pelo falecido, direito que pelas mesmas razões deve ser conferido ao casado pela separação convencional, cujo patrimônio é, inexoravelmente, composto somente por acervo particular.

9. Recurso especial não provido.”

(Recurso Especial n.º 1.472.945, da 3ª Turma do STJ, relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 23/10/2014 e com acórdão publicado em 19/11/2014).

“CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC.

1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil).

2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas

quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil.

3. Recurso especial desprovido.”

(Recurso Especial n.º 1.382.170, da 2ª Seção do STJ, relatado pelo Ministro Moura Ribeiro, julgado em 22/04/2015 e com acórdão publicado em 26/05/2015).

Comunhão Parcial de Bens:

“CIVIL. SUCESSÃO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE E FILHA DO FALECIDO. CONCORRÊNCIA. CASAMENTO. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. BENS PARTICULARES. CÓDIGO CIVIL, ART. 1829, INC. I. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO.

1. No regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente não concorre com os descendentes em relação aos bens integrantes da meação do falecido. Interpretação do art. 1829, inc. I, do Código Civil.

2. Tendo em vista as circunstâncias da causa, restaura-se a decisão que determinou a partilha, entre o cônjuge sobrevivente e a descendente, apenas dos bens particulares do falecido.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.”

(Recurso Especial n.º 974.241, da 4ª Turma do STJ, relatado pelo Desembargador Convocado Honildo Amaral de Mello Castro, julgado em 07/06/2011 e com acórdão publicado em 05/10/2011).

“RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. HERDEIRO NECESSÁRIO. EXISTÊNCIA DE DESCENDENTES DO CÔNJUGE FALECIDO. CONCORRÊNCIA. ACERVO HEREDITÁRIO. EXISTÊNCIA DE BENS PARTICULARES DO DE CUJUS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA.

1. Não se constata violação ao art. 535 do Código de Processo Civil quando a Corte de origem dirime, fundamentadamente, todas as questões que lhe foram submetidas. Havendo manifestação expressa acerca dos temas necessários à integral solução da lide, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte, fica afastada qualquer omissão, contradição ou obscuridade.

2. Nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares.

3. A referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens particulares constantes do acervo hereditário do de cujus.

4. Recurso especial provido.”

(Recurso Especial n.º 1.368.123, da 2ª Seção do STJ, relatado pelo Ministro Raul Araújo, julgado em 22/04/2015 e com acórdão publicado em 08/06/2015).

“DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO COM O DE CUJUS PELO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. HERANÇA COMPOSTA DE BENS PARTICULARES E BEM COMUM. HERDEIRO NECESSÁRIO.

CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES. ARTS. ANALISADOS: 1.658, 1.659, 1.661, E 1.829, I, DO CC/02.

1. Inventário distribuído em 24/01/2006, do qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 27/05/2013.

2. Cinge-se a controvérsia a definir se o cônjuge supérstite, casado com o falecido pelo regime da comunhão parcial de bens, concorre com os descendentes dele na partilha dos bens particulares.

3. No regime da comunhão parcial, os bens exclusivos de um cônjuge não são partilhados com o outro no divórcio e, pela mesma razão, não o devem ser após a sua morte, sob pena de infringir o que ficou acordado entre os nubentes no momento em que decidiram se unir em matrimônio. Acaso a vontade deles seja a de compartilhar todo o seu patrimônio, a partir do casamento, assim devem instituir em pacto antenupcial.

4. O fato de o cônjuge não concorrer com os descendentes na partilha dos bens particulares do de cujus não exclui a possibilidade de qualquer dos consortes, em vida, dispor desses bens por testamento, desde que respeitada a legítima, reservando-os ou parte deles ao sobrevivente, a fim de resguardá-lo acaso venha a antes dele falecer.

5. Se o espírito das mudanças operadas no CC/02 foi evitar que um cônjuge fique ao desamparo com a morte do outro, essa celeuma não se resolve simplesmente atribuindo-lhe participação na partilha apenas dos bens particulares, quando houver, porque podem eles ser insignificantes, se comparados aos bens comuns existentes e amealhados durante toda a vida conjugal.

6. Mais justo e consentâneo com a preocupação do legislador é permitir que o sobrevivente herde, em concorrência com os descendentes, a parte do patrimônio que ele próprio construiu com o falecido, não lhe tocando qualquer fração daqueles outros bens que, no exercício da autonomia da vontade, optou - seja por não ter elegido regime diverso do legal, seja pela celebração do pacto antenupcial - por manter incomunicáveis, excluindo-os expressamente da comunhão.

7. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.”

(Recurso Especial n.º 1.377.084, da 3ª Turma do STJ, relatado pela Ministra Nancy Andrigli, julgado em 08/10/2013 e com acórdão publicado em 15/10/2013).

O quadro abaixo, de modo simples e pragmático, compila a essência do inciso I, do art. 1829, à luz de todos os posicionamentos atuais existentes:

Quadro 21 – Interpretações sobre o art. 1.829, I, do CC/BR

		Bens Particulares	Bens Comuns
Comunhão Universal de Bens	Literal	Não Herda (nem os bens do art. 1.668 ¹⁰⁸)	Não Herda
	Interpretação de José Luiz Gavião de Almeida ¹⁰⁹	Herda só os bens do art. 1.668	Não Herda
Separação Obrigatória ou Legal		Não Herda	Não Herda (mas é meeiro - Sum. n.º 377, do STF)
Participação Final nos Aquestos	Interpretação Literal	Herda	Herda
	Enunciado n.º 270, CJF	Herda	Não Herda
Separação Total ou Convencional	Literal	Herda	Não há bens comuns
	Recurso Especial n.º 992.749	Não Herda	Não há bens comuns
	Enunciado n.º 270, CJF	Herda	Não há bens comuns
	Recursos Especiais n.º 1.430.763, n.º 1.472.945, n.º 1.382.170	Herda	Não há bens comuns

¹⁰⁸ Segue o artigo:

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 antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

¹⁰⁹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de – **Código Civil Comentado vol. XVIII – Direito das Sucessões. Sucessão em Geral. Sucessão Legítima**. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 224.)

Comunhão Parcial de Bens	Literal	Sem Bens Particulares	Sem Bens	Não Herda
		Com Bens Particulares	Herda	Herda
	Interpretação de Maria Berenice Dias ¹¹⁰	Sem Bens Particulares	Sem Bens	Herda
		Com Bens Particulares	Não Herda	Não Herda
	Enunciado n.º 270, CJP		Herda	Não Herda
	Recursos Especiais n.º 974.241 e n.º 1.368.123 ¹¹¹		Herda	Não Herda
	Recurso Especial n.º 1.377.084 ¹¹²		Não Herda	Herda

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Vê-se, assim, que o Código Civil Português, principalmente após a reforma decorrente do Decreto-Lei n.º 496/77, é muito mais efetivo e linear na garantia do cônjuge ao concorrer com os descendentes do autor da herança, eis que o faz de forma constante, sem qualquer condicionante. No Brasil, em contrapartida, a proteção sucessória é feita em função do regime de casamento e dos bens existentes, tornando o sistema sucessório extremamente desordenado e sem padronização, inexistindo previsibilidade e causando tremenda insegurança jurídica.

b. Do Quinhão Hereditário do Cônjuge em Concorrência com os Descendentes

Reconhecido o atributo de herdeiro do cônjuge sobrevivente, seja pela norma linear do art. 2.133º, do CC/PT, seja pelo confuso art. 1.829, do CC/BR, que gira em função do regime patrimonial do casamento, as leis brasileira e portuguesa são, até certo ponto, similares ao reconhecer que, em regra, o cônjuge haverá a herança por cabeça, reservando-lhe, em alguns casos, um percentual mínimo. Seguem os artigos pertinentes ao *thema*:

¹¹⁰ A interpretação se baseia na existência de um ponto e vírgula no artigo: em DIAS, Maria Berenice – **Ponto-e-vírgula**. Revista Jus Navigandi [Em linha]. Teresina, ano 8, n.º 66 (Jun.2003). [Consult. 15 Jan. 2019]. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/4177/ponto-e-virgula>.

¹¹¹ O Recurso Especial n.º 1.368.123 foi julgado pela 2ª Seção do STJ.

¹¹² A premissa do REsp n. 1.377.084 foi aproximar o regime sucessório do cônjuge ao do companheiro, previsto no art. 1.790, do CC/BR.

Quadro 22 – Cotejo CC/PT e CC/BR (XVIII)

Código Português	Código Brasileiro
Artigo 2.139º (Regras Gerais) 1. A partilha entre o cônjuge e os filhos faz-se por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros; a quota do cônjuge, porém, não pode ser inferior a uma quarta parte da herança. 2. Se o autor da sucessão não deixar cônjuge sobrevivente, a herança divide-se pelos filhos em partes iguais.	Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.
Artigo 2.140º (Descendentes do segundo grau e seguintes) Os descendentes dos filhos que não puderem ou não quiserem aceitar a herança são chamados à sucessão nos termos do artigo 2042.º¹¹³	

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Em Portugal, ao cônjuge sobrevivente que concorre com filhos é reservado o quinhão de, no mínimo, 1/4 (um quarto) da herança, independentemente da origem dos mesmos. Se o cônjuge concorrer com netos, ante a remissão ao art. 2.042º, do CC/PT (direito de representação), parece que o legislador quis manter a estirpe íntegra, fazendo que com os descendentes herdassem por representação, malgrado houvesse a extinção da classe dos filhos.

No Brasil, a regra não é linear, tal qual a lusitana, pois há necessidade de distinguir entre a origem dos descendentes. Assim, se cônjuge concorrer com filhos comuns (também for ascendente), ser-lhe-á reservada a quota de, no mínimo, 1/4 (um quarto) do monte; se concorrer com filhos só do inventariado, não haverá percentual garantido, sendo que o cônjuge receberá um quinhão igual, por cabeça, ao dos demais herdeiros descendentes.

¹¹³ Segue o dispositivo em referência:

Artigo 2042.º

(Representação na sucessão legal)

Na sucessão legal, a representação tem sempre lugar, na linha recta, em benefício dos descendentes de filho do autor da sucessão e, na linha colateral, em benefício dos descendentes de irmão do falecido, qualquer que seja, num caso ou noutro, o grau de parentesco.

Porém, o Código Civil Brasileiro falha, mais uma vez, por não reconhecer que a concorrência poderá ser com descendentes híbridos, isto é, por exemplo, com filhos do primeiro casamento e com filhos nascidos do cônjuge sobrevivente, o que é usual nas famílias modernas. A norma brasileira claudica e cria um campo obscuro, ante a ausência de regramento, causando manifesta insegurança jurídica.

Ocorrendo concorrência do cônjuge com descendentes híbridos, há 3 (três) posicionamentos distintos:

1ª Corrente) o cônjuge sobrevivente não teria reserva mínima à quarta parte do quinhão – o posicionamento é adotado pela maioria da doutrina brasileira, sendo defendido pelo enunciado n.º 527, da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal¹¹⁴. De todos, destaca-se a posição de Carlos Roberto Gonçalves:

“Verifica-se, assim, que a primeira alternativa, ao assegurar a reserva da quarta parte somente quando todos os descendentes forem comuns, é a que melhor atende à ‘mens legis’, pois a intenção do legislador foi, sem dúvida, beneficiar o cônjuge, acarretando o menor prejuízo possível aos filhos.

*Se todos os filhos são comuns, a reserva da quarta parte, ainda que implique eventual diminuição do quinhão dos filhos, não lhes acarretará maiores prejuízos, uma vez que o montante a maior destinado ao cônjuge futuramente reverterá aos filhos.”*¹¹⁵

2ª Corrente) o cônjuge sobrevivente teria reserva mínima à quarta parte do quinhão – essa corrente não tem qualquer defensor significativo na doutrina brasileira, até pela literalidade do art. 1.832, do CC/BR. Maria Berenice Dias exclui a possibilidade de aplicação dessa interpretação, ao afirmar que:

“esta solução gera injustificável prejuízo ao viúvo, ao menos frente ao direito que tem com relação aos seus filhos. O argumento é que a regra, como está redigida, tem caráter restritivo (CC, art. 1.832). Ao cônjuge somente é assegurada a quarta parte da herança se for ascendente de todos os herdeiros com quem concorre. Sempre que haja outros herdeiros, dos quais o cônjuge não é ascendente, as quotas da herança são

¹¹⁴ Art. 1.832: Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cujus*, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida.

¹¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil. Brasileiro vol. 7 – Direito das Sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 177.

*partilhadas sem distinção de valor, entre todos os descendentes e o cônjuge, por cabeça, com manifesta simplificação da partilha e fiel observância do princípio isonômico com relação às quotas de herança dos filhos"*¹¹⁶

3ª Corrente) o quinhão do cônjuge seria uma média – a terceira corrente se fundamenta no fato de que o quinhão deve respeitar uma média ponderada, à luz dos filhos comuns existentes, permitindo que o cônjuge sobrevivente receba parte proporcional da reserva da quarta parte¹¹⁷. Gabriele Tusa¹¹⁸, em brilhante trabalho matemático (mas de rarefeito interesse prático, até por ser majoritária a 1ª corrente ora descrita), apresenta uma fórmula que preservaria o quinhão proporcional do cônjuge sobrevivente, em concorrência dos filhos mistos:

$$x = s + nc ; f = h ; 2.s s+x$$

Onde:

e = f . x

h = valor da herança;

nc = número de filhos comuns;

s = número total de filhos;

x = proporção a ser recebida pelo companheiro em relação a cada filho;

f = valor a ser recebido por cada filho;

e = valor a ser recebido pelo sobrevivente.

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice – **Manual das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 165.

¹¹⁷ É óbvio que o cálculo se refere ao quinhão do cônjuge, pois o percentual dos filhos híbridos deve ser igual, à luz da norma expressa do art. 227, § 6º, da Constituição Federal do Brasil:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

[...]

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹¹⁸ TUSA, Gabriele – Sucessão do companheiro e as divergências na interpretação dos dispositivos referentes ao tema. In **A outra face do Poder Judiciário. Decisões inovadoras e mudanças de paradigmas – vol. 2**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007. p. 330.

c. Da ressalva obrigatória: no Brasil há igualdade de direitos entre cônjuge e companheiro

Como já demonstrado no Capítulo 4º, item d, do presente trabalho, o entendimento jurisprudencial brasileiro, principalmente após o julgamento do já referido Recurso Extraordinário n.º 878.694-MG¹¹⁹, com repercussão geral reconhecida, que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790, do CC/BR, é no sentido de que o tratamento jurídico dado ao cônjuge deve ser o mesmo ao franqueado ao companheiro.

Logo, ao menos no Brasil, todo o direito sucessório concedido ao casado, dependendo do regime de casamento, também será atribuído ao companheiro, seguindo a mesma lógica do regime da união estável¹²⁰, como se apura do recente precedente do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL. FILHOS COMUNS E EXCLUSIVOS. BEM ADQUIRIDO ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. REGIMES JURÍDICOS DIFERENTES. ART. 1790,

¹¹⁹ Pela relevância do *decisum*, segue nova transcrição da ementa:

“Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 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. 1790 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 humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “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”. (Recurso Extraordinário n.º 878.694, do Pleno do STF, relatado pelo Ministro Roberto Barroso, julgado em 10/05/2017 e com acórdão publicado em 06/02/2018).

¹²⁰ Por força do art. 1.725, do Código Civil, “aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”, razão pela qual, salvo se houver disposição escrita em sentido oposto, é possível que a união estável adote qualquer outro regime financeiro.

INCISOS I E II, DO CC/2002. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. EQUIPARAÇÃO. CF/1988. NOVA FASE DO DIREITO DE FAMÍLIA. VARIEDADE DE TIPOS INTERPESSOAIS DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA. ART. 1829, INCISO I, DO CC/2002. INCIDÊNCIA AO CASAMENTO E À UNIÃO ESTÁVEL. MARCO TEMPORAL. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. SÚM 7/STJ. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A diferenciação entre os regimes sucessórios do casamento e da união estável promovida pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002 é inconstitucional. Decisão proferida pelo Plenário do STF, em julgamento havido em 10/5/2017, nos RE 878.694/MG e RE 646.721/RS.

2. Considerando-se que não há espaço legítimo para o estabelecimento de regimes sucessórios distintos entre cônjuges e companheiros, a lacuna criada com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 deve ser preenchida com a aplicação do regramento previsto no art. 1.829 do CC/2002. Logo, tanto a sucessão de cônjuges como a sucessão de companheiros devem seguir, a partir da decisão desta Corte, o regime atualmente traçado no art. 1.829 do CC/2002 (RE 878.694/MG, relator Ministro Luis Roberto Barroso).

3. Na hipótese, há peculiaridade aventada por um dos filhos, qual seja, a existência de um pacto antenupcial - em que se estipulou o regime da separação total de bens - que era voltado ao futuro casamento dos companheiros, mas que acabou por não se concretizar. Assim, a partir da celebração do pacto antenupcial, em 4 de março de 1997 (fl. 910), a união estável deverá ser regida pelo regime da separação convencional de bens. Precedente: REsp 1.483.863/SP. Apesar disso, continuará havendo, para fins sucessórios, a incidência do 1829, I, do CC.

4. Deveras, a Segunda Seção do STJ pacificou o entendimento de que "o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens ostenta a condição de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido, a teor do que dispõe o art. 1.829, I, do CC/2002, e de que a exceção recai somente na hipótese de separação legal de bens fundada no art. 1.641 do CC/2002".

5. Agravo interno que se nega provimento."

(Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1.318.249, da 4ª Turma do STJ, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 22/05/2018 e com acórdão publicado em 04/06/2018).

6) Do problema atual decorrente do descendente concebido *post mortem*:

a. Da introdução à nova questão sucessória

Como se não bastassem os problemas já levantados sobre a sucessão do descendente em concorrência com o cônjuge/companheiro, há questões familiares novas, fruto da modernidade da nossa sociedade, que, inevitavelmente, ocasionaram uma nova reflexão na matéria sucessória.

A identificação do transexual é algo de extrema relevância à personalidade do indivíduo e à sua dignidade¹²¹. Há precedentes interessantes, ainda que sem qualquer interferência ao direito sucessório, que demonstram a importância de se ter medidas afirmativas em favor dos transexuais. Por exemplo, convém destacar o caso de uma militar que foi afastada por ser transexual, que somente retornou às suas funções por força de decisão judicial, como se depreende da notícia de 08/11/2018¹²²:

“A juíza federal da 27ª Vara Federal do Rio de Janeiro, Geraldine Pinto Vital de Castro, proferiu sentença em uma ação ordinária ajuizada por uma militar da Marinha transexual determinando a suspensão do processo de reforma compulsória, bem como a retificação do nome e gênero da autora nos assentos militares e no tratamento interpessoal em seu ambiente de trabalho, além de sua reintegração ao quadro da Marinha.

¹²¹ É sempre bom rememorar a cláusula pétrea relevante na Constituição da República Federativa do Brasil, constante do art. 1º, inciso I, *verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹²² <https://www.jfrj.jus.br/noticia/jfrj-sentenca-determina-retorno-de-militar-transexual-ao-servico-ativo-da-marinha> [Consult. 01 Março 2019]

A autora alega que está em processo de reforma compulsória após laudo de incapacidade definitiva para o Serviço Ativo da Marinha (SAM), cuja causa apontada para o seu afastamento do quadro ativo é o fato de ser transexual. A militar afirma que não havia e não há qualquer condição de saúde que a impeça de exercer suas atividades na Marinha. E, que, desde junho de 2017 sua carteira de identidade funcional de Segundo-Sargento está vencida e não pode ser renovada, visto que há obrigatoriedade de que porte fardas masculinas para requerer a emissão de uma nova, imposição que desrespeita a prática social da identidade de gênero.”

A questão da relação socioafetiva, que é aquele vínculo jurídico oriundo do amor, não da carga genética/biológica, também é uma novidade que merece aprofundamento, eis que muda toda a estrutura familiar e, por óbvio, gera reflexo no direito sucessório. O Supremo Tribunal Federal, sensível ao problema, fixou a Tese n.º 622, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 898.060, em 22/09/2016, qual seja:

"A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios"

Porém – e este é o cerne no presente capítulo – há grande anseio para se descobrir em qual momento há o início da vida, sendo certo que o Direito Civil, seja o brasileiro, seja o português, tem o manifesto viés natalista¹²³, em que a capacidade adquire-se com o nascimento com vida, sendo resguardado direitos ao nascituro.

¹²³ Para registro, o art. 66, do CC/PT, tem a mesma lógica jurídica do art. 20, do CC/BR, sendo que ambos serão explorados nas próximas linhas.

Há clara intensão no Brasil, seja por meio de precedentes¹²⁴, seja por força de projetos de modificação das leis¹²⁵, de reconhecer o início da capacidade civil no momento da concepção, o que, por si só, já traria diversos complicadores de ordem

¹²⁴ Há julgados extremamente interessantes que concedem o pagamento de prêmio ao seguro automotivo obrigatório (DPVAT) a ser pago por força de atropelamento de mulher grávida que sofreu aborto. A questão, malgrado seja muito triste, é juridicamente relevante, eis que se reconhece que um ser, que ainda não nasceu, morreu, devendo receber o valor securitário. Segue a ementa do julgado do STJ/BR:

“DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA.

1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil - que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento -, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.

2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro - embora não nascida - é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" - tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658).

3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro - natalista e da personalidade condicional - fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa - como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.

4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.

5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.

6. Recurso especial provido.”

(Recurso Especial n.º 1.415.727, da 4ª Turma do STJ, julgado em 04/09/2014, com acórdão publicado em 29/09/2014, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão).

¹²⁵ Há, em discussão no Congresso Nacional, o Projeto de Lei n.º 10.774/2018 que, a grosso modo, equipara o embrião ao indivíduo já nascido. <https://m.migalhas.com.br/quentes/293545/camara-pl-estabelece-que-personalidade-civil-comeca-na-concepcao> [Consult. 01 Março de 2019].

prática. E, se não bastasse, o problema maximizaria seus efeitos por causa do avanço da nossa tecnologia e das técnicas de Procriação Medicamente Assistida – PMA.

Em Portugal, por sua vez, também há tendência de se reconhecer que o início da vida (e da capacidade civil) se dá em momento anterior ao do nascimento, como se apurado do verdadeiro *leading case* do Supremo Tribunal de Justiça ora ementado:

I - Repugna ao mais elementar sentido de justiça – e viola o direito constitucional da igualdade – que dois irmãos, que sofrem a perda do mesmo progenitor, tenham tratamento jurídico diferenciado pela circunstância de um deles já ter nascido à data do falecimento do pai (tendo 16 meses de idade) e o outro ter nascido apenas 18 dias depois de tal acontecimento fatídico, reconhecendo-se a um e negando-se a outro, respectivamente, a compensação por danos não patrimoniais próprios decorrentes da morte do seu pai.

II - Seguindo o entendimento magistral do Prof. Pedro Pais de Vasconcelos, o art. 66.º, n.º 1, do CC, deve ser entendido como referindo-se à capacidade de gozo, e não propriamente à personalidade jurídica – como aliás sucedia com o art. 6.º do Código de Seabra e com o §1 do BGB -, uma vez que o reconhecimento da personalidade de seres humanos está fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional.

III - O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma portio viscerum matris, mas um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica.

IV - Ainda na fase intra-uterina os efeitos da supressão da vida paterna fazem-se sentir no ser humano, sendo os danos não patrimoniais daí decorrentes – traduzidos na falta desta figura, quer durante o período de gestação, quer depois do nascimento, com o vazio que tal ausência provoca – merecedores de compensação.

V - No momento do nascimento, completo e com vida, as lesões sofridas pelo nascituro tornam-se lesões da própria criança, ou seja, de um ser com personalidade (Heinrich Ewald Hörster, in «A Parte Geral do Código Civil Português», Almedina, 1992).

VI - Não constitui óbice ao reconhecimento de tal direito o argumento da exigência da contemporaneidade da personalidade com a lesão uma vez que: (i) nos Estados de Direito contemporâneos é cada vez mais frequente a demanda cível e a responsabilização de agentes cujos actos se produzem a longo prazo (de que são exemplo transmissão de doenças cujos efeitos se manifestam anos depois, catástrofes cujos efeitos se revelam a posteriori e traumatismos causados por acidentes cuja evolução para neoplasias malignas acontece a considerável distância cronológica); (ii) a relação entre a causa e o efeito não implica necessariamente que os danos ocorram imediatamente, apenas se exigindo o «nexo umbilical» que determine que o efeito ocorreu devido ao evento causado por terceiro (cf. voto de vencido do Exmo. Sr. Conselheiro Mário Cruz no Acórdão do STJ de 17-02-2009, proc. n.º 08A2124).

VII - Considera-se justa e adequada a quantia pedida pela Autora (filha da vítima) de € 20 000,00, a título de danos não patrimoniais próprios decorrentes da perda do seu pai.

VIII - Na fixação do quantum indemnizatório por danos patrimoniais futuros, a utilização de critérios matemáticos contidos em diplomas legais não se

mostra proibida – desde que se mostrem facilitadores do cálculo para a determinação da pensão justa –, mas não substitui a devida ponderação judicial com base na equidade.

IX - Os arts. 805.º e 566.º do CC, ao estatuírem sobre o cálculo da indemnização e efeitos da mora, não fazem qualquer distinção entre danos patrimoniais e não patrimoniais, razão pela qual os juros serão devidos desde a sentença ou desde a citação apenas e tão somente com base na existência, ou não, na sentença de um raciocínio actualizador.

(Recurso de Revista n.º 436/07.6TBVRL.P1.S1, da 2ª Seção do STJ, relatado pelo Ministro Álvaro Rodrigues, julgado em 03/04/2014)

b. Das técnicas de PMA – tópicos elementares

Com o escopo de adentrar no tema ora suscitado, é de se elencar, ainda que sucintamente, as principais técnicas de Procriação Medicamente Assistida – PMA, cotejando, quando possível, com a Lei n.º 32/2006 (Lei da Procriação Medicamente Assistida de Portugal), que não guarda qualquer correspondente com algum estatuto Brasileiro.

Convém iniciar com a conceituação da **Inseminação Artificial**¹²⁶, que consiste em recolher material genético do homem, para que, posteriormente, venha a ser inseminado de forma artificial no útero da mulher, sendo a primeira das técnicas no campo da PMA, encontrando consagração legal nos arts. 19 a 23, da Lei de PMA portuguesa.

Em regra, antes de se submeter a esta inseminação, a mulher faz previamente tratamentos de ovulação, procurando o período mais intenso, aumentando as probabilidades de a Inseminação Artificial ser bem sucedida sejam maiores. Após ter sido determinado o momento em que ocorre a ovulação da mulher (seja ela natural ou induzida), a mulher é inseminada com esperma (que foi previamente recolhido e sujeito

¹²⁶ Há curioso Enunciado n.º 104, do Conselho da Justiça Federal, que busca conceituar a reprodução assistida, *verbis*:

No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

a um tratamento laboratorial ou logo após a respetiva colheita)¹²⁷. O êxito deste procedimento está subordinado a uma prévia estimulação hormonal, de forma a que a produção de ovócitos seja maior naquele ciclo menstrual¹²⁸.

Na **Inseminação Artificial Homóloga**, o sémen do parceiro masculino da entidade familiar é utilizado no tratamento¹²⁹, o que, para fins genéticos, em muito se assemelha à procriação natural.

Acerca da **Inseminação Artificial Heteróloga**, a hipótese de incidência ocorre em casos de infertilidade masculina ou em famílias monoparentais (no Brasil, denominadas de produções independentes), eis que há a utilização de um doador anônimo¹³⁰. Logo, a mulher que pretende produzir descendentes disponibiliza o óvulo,

¹²⁷ Mediante a parte do corpo onde irá ocorrer o evento, podemos ter uma inseminação intravaginal, intracervical, intrauterina, intraperitoneal ou intrafalopiana. A verdade é que esta técnica apenas supera os problemas de fertilidade mais simples.

¹²⁸ Note-se que os espermatozoides podem ser criopreservados, permitindo organizar bancos de esperma em centros hospitalares para que posteriormente possam ser utilizados por casais inférteis.

¹²⁹ Sobre IA Homóloga, assim exemplifica Ana Catarina da Silva Fernandes, em sua tese “Dos efeitos da Procriação Medicamente Assistida no Direito Sucessório”:

“Em via de regra, recorrem a este método no caso de o homem ser afetado por uma disfunção sexual que impossibilite o coito e quando haja uma incompatibilidade imunitária entre o sémen e o muco da mulher. É ainda viável recorrer à IA homóloga nos casos em que o sémen do homem verifica uma fraca concentração de espermatozoides, sendo o mesmo submetido a técnicas laboratoriais, com o intuito de aumentar essa concentração.”

(FERNANDES, Ana Catarina da Silva – Dos Efeitos da Procriação Medicamente Assistida no Direito Sucessório. Braga: Universidade do Minho, 2015. 98f. Tese de Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões).

¹³⁰ Hodiernamente, há diversos questionamentos acerca de uma eventual responsabilidade civil do doador anônimo. Ana Sanchez Neves Soares assim propõe em seu brilhante trabalho sobre o *thema*:

“Por fim para resolver esta situação de responsabilização do doador, poderia ter traçados alguns parâmetros para dispor sobre situação que atual apresentada sem legislação para regulamentar. Seria as seguintes:

- 1. A primeira poderia regular alguns parâmetros para ser possível esta reponsabilidade, em casos específicos de saúde, as quais possam ser genética para prevenção ou para tratamento deste fruto gerado, se a vida estiver em risco ou precise de mapeamento de seu histórico genético para proteção de sua saúde.*
- 2. A segunda sugestão seria o doador, no ato da doação, condicionar a autorização da utilização de seu material genético às situações previstas pela legislação brasileira, como por exemplo, autorizar a utilização do*

que é fecundado com o material genético masculino anônimo, culminando na gravidez almejada.

Há, ainda, a **Fertilização *in vitro***, ou ectogênese, que em muito se assemelha à Inseminação Artificial, sendo, todavia, mais invasivo, uma vez que acarreta alguns riscos para a saúde da mulher¹³¹. Neste processo, a inseminação dos óvulos ocorre em laboratório (na chamada cápsula de Petri) e não no útero materno. O curioso da presente

material genético apenas para a inseminação artificial heteróloga daquelas mulheres que tenham o consentimento do marido ou companheiro para a realização do procedimento. E os que assim não o fizesse, teria a consciência que poderia recair sobre ele esta responsabilidade.”

(SOARES, Ana Sanchez Neves – **Inseminação heteróloga: responsabilidade civil do doador**. Revista Jus Navigandi [Em linha]. (Nov.2015). [Consult. 6 Mai. 2019]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/53865/inseminacao-heterologa-responsabilidade-civil-do-doador>).

¹³¹ Ana Catarina da Silva Fernandes, em sua já citada tese, inclui em nota de rodapé, ora transcrita, relevante estudo sobre os riscos da fertilização *in vitro* às mulheres, verbis:

“Recentemente um estudo publicado no “British Medical Journal”, através de uma equipa liderada por Esme I. Kamphuis do Centro de Medicina Reprodutiva da Universidade de Amsterdão, Holanda, explicou que nos últimos anos a FIV tem revelado riscos: gravidezes múltiplas, diabetes gestacional, restrição do crescimento fetal e pré-eclampsia, bem como nascimento prematuro. A longo prazo, podem verificar-se problemas nas crianças nascidas através de FIV, nomeadamente tensão arterial elevada, níveis de glicose elevados e anormalidades vasculares generalizadas, comparativamente a crianças concebidas naturalmente. Os especialistas do referido estudo, consideram que estes riscos estão intimamente relacionados com o procedimento de FIV e não com a infertilidade propriamente dita. Note-se que estes especialistas referem que a FIV é uma indústria geradora de lucros, o que leva a que quem a patrocina não se interesse em custear estudos que levem a cabo estudos que denotem os efeitos a longo prazo deste procedimento.”

(FERNANDES, Ana Catarina da Silva – Dos Efeitos da Procriação Medicamente Assistida no Direito Sucessório. Braga: Universidade do Minho, 2015. 98f. Tese de Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões).

técnica é que a mulher a quem são extraídos os ovócitos¹³² pode ou não^{133 134} ser a mesma que irá levar a cabo a gestação do embrião.

Maria Helena Diniz assim define essa técnica científica:

*“A ectogênese ou fertilização ‘in vitro’ concretiza-se pelo método ZIFT (Zibot Intra Fallopian Transfer), que consiste na retirada do óvulo da mulher para fecunda-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra. Como se vê, difere da inseminação artificial, que se processa mediante o método GIFT (Gametha Intra Fallopian Transfer), referindo-se à fecundação ‘in vivo’, ou seja, à inoculação do sêmen na mulher, sem que haja qualquer manipulação externa do óvulo ou de embrião.”*¹³⁵

A aludida autora bandeirante, com sua síntese que lhe é peculiar, identifica 7 (sete) “situações inusitadas” que podem surgir com a ectogênese, quais sejam:

- a) fecundação de um óvulo da esposa ou companheira com esperma do marido ou convivente, transferindo-se o embrião para o útero de outra mulher;
- b) fertilização ‘in vitro’ com sêmen e óvulo de estranhos, por encomenda de um casal estéril, implantando-se o embrião no útero da mulher ou no de outra;
- c) fecundação, com sêmen do marido ou companheiro, de um óvulo não pertencente à sua mulher, mas implantado no seu útero;
- d) fertilização, com esperma de terceiro, de um óvulo não pertencente à esposa ou convivente, com imissão do embrião no útero dela;
- e) fecundação na proveta de óvulo da esposa ou companheiro com material fertilizante do marido ou companheiro, colocando-se o embrião no útero da própria esposa (convivente);
- f) fertilização, com esperma de terceiro, de óvulo da esposa ou convivente, implantando em útero de outra mulher;

¹³² Ovócitos são células germinais femininas que se geram nos ovários. Trata-se de uma fase do desenvolvimento do óvulo, quando ainda não amadureceu. O ovócito surge como parte do processo de gametogênese que se desenvolve nas mulheres e nas fêmeas dos animais (definição extraída de - **Conceito de ovócito - O que é, Definição e Significado** [Em linha]. [Consult. 10 Jan. 2019]. Disponível em <http://conceito.de/ovocito#ixzz4gJzt5m9w>).

¹³³No Brasil esses casos são denominados de Barriga de Aluguel, cuja prática também é conhecida por *Surrogate Mother* em inglês, ou *Mère Porteuse* em francês, sendo que ainda há as expressões “gestação em substituição”, “doação temporária do útero”, dentre outras.

¹³⁴ Há um interessante caso brasileiro, noticiado pelo Jornal O Globo, de 16/04/2017 (disponível em <https://oglobo.globo.com/rio/pelo-sonho-do-filho-de-ter-um-bebe-com-marido-avo-gera-netas-21214675> [Consult. 10 Jan. 2019]), que discorre sobre a avó que serviu de barriga de aluguel para que o filho Victor, casado com Roberto, pudesse ter uma filha, mormente considerando as dificuldades preconceituosas inerentes a que casais homossexuais venham a adotar recém-nascidos.

¹³⁵ DINIZ, Maria Helena – **O Estado Atual do Biodireito**. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, pag. 711.

- g) *fecundação 'in vitro' de óvulo da esposa (companheira) com sêmen do marido (convivente), congelando-se o embrião para que, depois do falecimento daquela, seja inserido no útero de outra, ou para que, após a morte do marido (convivente), seja implantado no útero da mulher ou no de outra.*" ¹³⁶

Existe outra técnica mais complexa, derivada da Fertilização *in vitro*, denominada **Injeção Intracitoplasmática**, que requer uma participação laboratorial mais ativa, pois há manuseio prévio no material genético, através de mecanismos precisos realizados microscopicamente. A singularidade deste procedimento deriva de o próprio ato de fecundação ser manipulado, uma vez que o espermatozoide é injetado diretamente no ovócito.

Por sua vez, na **Transferência de embriões, gametas ou zigotos**, parte significativa do processo terá o seu transcurso no laboratório, eis que há a utilização de embrião, feito fora do corpo humano (produto de material genético masculino com o feminino), sendo que o mesmo é, *a posteriori*, transferido para o corpo da mulher, para a conclusão da gestação.

Independentemente da técnica utilizada, há diversos questionamentos éticos e morais acerca de eventuais limitações em função de diagnóstico genético pré-implantação, por criar uma instrumentalização do Ser Humano. A indagação que se faz é: seria admissível a realização de seleção do material genético, para que apenas o material “bom” viesse a ser implementado no útero da mulher, eliminando aquele (material genético) que eventualmente contivesse doenças graves ou eventuais mazelas não perquirida pelos ascendentes?

¹³⁶ DINIZ, Maria Helena – **O Estado Atual do Biodireito**. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, pag. 711.

É fato que a eugenia¹³⁷ discreta¹³⁸, destinada a eliminar doenças genéticas, poderia ter alguma relevância social¹³⁹, em que pese o enorme peso ético por detrás da seleção do material genético, sem contar com diversas ressalvas religiosas. Porém – e esse é o risco do diagnóstico prévio –, em breve a técnica seria utilizada para a escolha de traços físicos da prole (cor dos olhos, cabelos...), o que seria nefasto, tornando fútil tão relevante instrumento da ciência ou, o que seria pior, aproximando a nossa realidade a um Admirável Mundo Novo¹⁴⁰.

Pedro Trovão do Rosário, sensível aos riscos de casos atuais recorrentes e extremamente relevantes, que facilmente podem ser aplicadas às divergências aqui expostas, exemplifica e alerta que:

“Vivemos, em Portugal, na Europa, como no resto do Mundo, momentos de alguma sobrevalorização de soluções imediatas em prejuízo dos Direitos, Liberdades e Garantias dos Cidadãos. Constituem-se e transmitem-se bases de dados de ADN, com dados dos cidadãos, registam-se, organizam-se e transmitem-se ficheiros com o registo das comunicações efectuadas pelos cidadãos, são detidos cidadãos por mera suspeita da sua eventual associação a uma associação terrorista, “pensa-se”, melhor, decide-se restaurar actos atentatórios de Direitos, Liberdade e Garantias dos Cidadãos. Tal é um risco e, diria mesmo que a sua mera equação, um retrocesso centenário.”¹⁴¹

¹³⁷ O termo **eugenia** nasceu em 1883 e foi criado por Francis Galton, que o definiu como o estudo dos agentes sob o controle social que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações seja física ou mentalmente.

¹³⁸ Convém a referência ao Professor Jacques Testart, um biólogo pioneiro francês da FIV, que, em diversos trabalhos, reconhece que o diagnóstico pré-implantação é uma promessa de eugenismo discreto, consensual e em grande escala.

¹³⁹ Helena Pereira de Melo assevera que Eugenia é o conjunto de técnicas que favorecem a propagação de genes benéficos (eugenia positiva) ou que desfavorecem a propagação de genes maléficos (eugenia negativa). Trata-se da aplicação racional das leis da genética à reprodução humana com o intuito de melhorarem gerações futuras, as qualidades hereditárias de uma população. Consiste em evitar ou pelo menos limitar a passagem das doenças e predisposições mórbidas aos descendentes (DE MELO, Helena Pereira – **Manual de Biodireito**. Coimbra: Almedina, 2008. Pags. 19/20).

¹⁴⁰ No que se refere à eugenia, sempre é válida a alusão à brilhante obra do autor inglês Aldous Huxley.

¹⁴¹ ROSÁRIO, Pedro Trovão do – **O Recurso Constitucional de Amparo** [Em linha]. [Consult. 21 Jan. 2019]. Disponível em <http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/3871/O%20Recurso%20Constitucional%20de%20Amparo.pdf?sequence=1>.

Há, ainda, curiosa divergência no Brasil sobre a idade máxima para que uma mulher pudesse se auxiliar de alguma técnica de fertilização assistida. Pela Resolução n.º 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina, há a expressa limitação aos 50 (cinquenta) anos de idade¹⁴², salvo se, a partir de fundamentos técnicos e científicos, houver autorização pelo médico responsável e após o esclarecimento quanto aos riscos envolvidos¹⁴³.

Todavia, o Conselho Nacional de Justiça¹⁴⁴, de forma diametralmente oposta, consolidou entendimento no Enunciado n.º 41, da I Jornada de Direito da Saúde, que “*o estabelecimento da idade máxima de 50 anos, para que mulheres possam submeter-se ao tratamento e à gestação por reprodução assistida, afronta o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar*”.

c. Do status do concebido post mortem

Ultrapassadas, ainda que singelamente, as técnicas de PMA existentes, é de se dizer que o cerne do presente relatório é analisar qual a situação jurídica de um indivíduo concebido após a morte de seu ascendente, seja em termos de filiação, seja para fins sucessórios.

¹⁴² Segue a norma em comento:

I - PRINCÍPIOS GERAIS

(...)

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente, sendo a idade máxima das candidatas à gestação de RA de 50 anos.

¹⁴³ Segue o trecho da Resolução CFM:

I - PRINCÍPIOS GERAIS

(...)

3 - As exceções ao limite de 50 anos para participação do procedimento serão determinadas, com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos.

¹⁴⁴ O CNJ, previsto no art. 103-B, da Constituição da República Brasileira, possui papel de destaque no reconhecimento de questões relacionadas ao Biodireito, Pelo Provimento n.º 52/2016, o referido órgão jurisdicional de controle administrativo dispõe sobre o registro de nascimento e emissão de certidões de bebês gerados por reprodução assistida, agilizando-o tanto para casais heteroafetivos, homoafetivo ou decorrentes de multiparentalidade.

Desde já, necessário é distinguir o **nascituro**, que é aquele ser concebido que ainda não nasceu, do **concepturo**, que ainda não foi concebido. Fato que Portugal e Brasil possuem regras resguardando¹⁴⁵ direitos ao nascituro, assegurando-os para quando houver o nascimento, como se conclui dos dispositivos legais ora transcritos:

Quadro 23 – Cotejo CC/PT e CC/BR (XIX)

Código Português	Código Brasileiro
Artigo 66.º (Começo da personalidade) 1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.	Art. 20. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.
Artigo 2033º (Princípios gerais) 1. Têm capacidade sucessória, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não exceptuadas por lei. (...)	Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

¹⁴⁵ Fato que ambos os Códigos adotam, ainda que implicitamente, a **teoria natalista**, que, em poucas palavras, significa que ao nascituro haverá resguardo de direito, eis que, só com o nascimento com vida, há a aquisição da personalidade civil. Todavia, já há diversos entendimentos, principalmente jurisprudenciais, no sentido de que o nascituro, mesmo antes de nascer, teria capacidade civil, sendo detentor de direitos e deveres, o que se denomina **teoria conceptualista**.

Há curioso precedente brasileiro, proveniente do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo que uma mãe grávida, que fora atropelada e que abortara involuntariamente, deveria receber prêmio de seguro por morte do feto (o que, indiretamente, reconhece que o embrião teria capacidade jurídica, isto é, atesta que alguém que não nasceu, poderia morrer), Segue a ementa do *decisum*:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI No 6194/74.

1 - Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação.

2 - Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto.

3 - Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

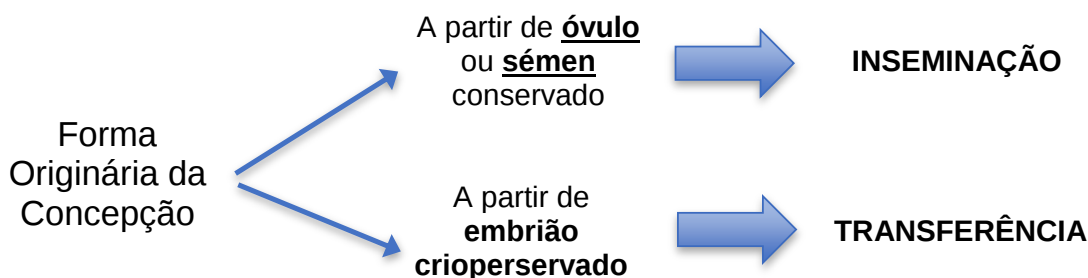
4 - Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei no 6.194/74 (arts. 3º e 4º).

5 - Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido.”

(Recurso Especial n.º 1.120.676, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Massami Uyeda, tendo como relator para o acórdão não unânime o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 07/12/2010 e com *decisum* publicado em 04/02/2011).

Para tratamento do concepturo, principalmente o *post mortem*, há, na nomenclatura médica, que é adotada pela jurídica, confluência dos conceitos a seguir expostos:

Fig. 6 – Origem Médica



Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Dito isso e focando no objeto do trabalho, as normas brasileiras¹⁴⁶ e portuguesas são distintas no que se refere à inseminação pós-morte, como se depreende dos seguintes dispositivos:

Quadro 24 – Norma Portuguesa e o CC/BR (I)

Lei n.º 32/2006	Código Civil Brasileiro
Artigo 22.º Inseminação post mortem 1 - Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sêmen do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação. (...)	Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; (...) V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

¹⁴⁶ A lei brasileira (Código Civil), até por ser de 2002, não é muito técnica no que se refere às expressões de PMA. Assim, cabe registro dos Enunciados 105 e 257, do Conselho da Justiça Federal, que buscam adequar as nomenclaturas conceituais do art. 1.597, do CC:

105 - As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial" constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como "técnica de reprodução assistida".

257 – As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial", constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição.

Vê-se, assim, que a norma lusitana (art. 22, 1, da Lei n.º 32/2006) é peremptória em vedar a inseminação *post mortem*, mesmo havendo consentimento do falecido marido. É de se destacar, oportuno, que a Professora Stela Barbas defende, com brilhantismo, que a inseminação pós-morte seria admissível em alguns casos especiais (doenças terminais ou guerra, por exemplo), desde que tenha sido devidamente autorizada pelo falecido através de documento autêntico, testamento ou escritura pública e seja utilizado num prazo estipulado¹⁴⁷.

A regra brasileira, por sua vez, proporciona tratamento diferenciado, pois permite a inseminação homóloga *post mortem*, gerando presunção relativa¹⁴⁸ de paternidade, desde que as partes fossem casadas ou integrantes de união estável¹⁴⁹, sem a

¹⁴⁷ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial “post-mortem”**. Colectânea de Jurisprudência: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Coimbra, Ano 7, Tomo II, 1999, pags. 21/24.

¹⁴⁸ A presunção, nesse caso, é relativa (*juris tantum*), eis que cabe prova em contrário. O Enunciado n.º 106, do Conselho da Justiça Federal, sem adentrar no tipo específico de presunção (absoluta ou relativa), assevera que:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

¹⁴⁹ A aplicabilidade da presunção de paternidade prevista no art. 1.597, do CC/BR, seria restrita ao casamento, o que seria o escopo do projeto de Miguel Reale (reduzir os direitos dos companheiros para favorecer ao casamento, o que é trivial em Portugal com a União de Facto). Todavia, ante a interpretação extensiva da doutrina ao art. 226, §3º, da Constituição da República Brasileira, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do proclamação Recurso Especial n.º 1.194.059, assim asseverou:

“RECURSO ESPECIAL - NOMEM IURIS - DEMANDA - PRINCÍPIO ROMANO DA MIHI FACTUM DADO TIBI JUS - APLICAÇÃO - UNIÃO ESTÁVEL - ENTIDADE FAMILIAR - RECONHECIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO - REQUISITOS - CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA - OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA - DEVERES - ASSISTÊNCIA, GUARDA, SUSTENTO, EDUCAÇÃO DOS FILHOS, LEALDADE E RESPEITO - ARTIGO 1.597, DO CÓDIGO CIVIL - PRESUNÇÃO DE CONCEPÇÃO DOS FILHOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - APLICAÇÃO AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - ESFERA DE PROTEÇÃO - PAI COMPANHEIRO - FALECIMENTO - 239 (DUZENTOS E TRINTA E NOVE DIAS) APÓS O NASCIMENTO DE SUA FILHA - PATERNIDADE - DECLARAÇÃO - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - Desimporta o nomen iuris dado à demanda pois, na realidade, aplica-se-à o adágio romano da mihi factum dado tibi jus.

II - O ordenamento jurídico pátrio reconhece, como entidade familiar, a união estável entre pessoas (ut ADPF N. 132/RJ, Rel. Min. Ayres Brito, DJe de

necessidade de autorização prévia do finado marido/companheiro, como se conclui do teor do art. 1.597, III, do Código Civil.

Inobstante a clareza do art. 1.597, III, do CC/BR, o Conselho Federal de Medicina, em norma que parece infringir a lei, invertendo a Pirâmide de Kelsen, cria a Resolução n.º 2.013/2013, que em seu item VIII, cria a obrigatoriedade da autorização prévia, *verbis*:

VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM

É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

14/10/2011), configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família (artigo 1723, do Código Civil), com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação de filhos (artigo 1724, do Código Civil), de modo a permitir aplicação, às relações patrimoniais, no que couber, das regras pertinentes ao regime de comunhão parcial de bens (artigo 1725, do Código Civil).

III - A lei não exige tempo mínimo nem convivência sob o mesmo teto, mas não dispensa outros requisitos para identificação da união estável como entidade ou núcleo familiar, quais sejam: convivência duradoura e pública, ou seja, com notoriedade e continuidade, apoio mútuo, ou assistência mútua, intuito de constituir família, com os deveres de guarda, sustento e de educação dos filhos comuns, se houver, bem como os deveres de lealdade e respeito.

IV - Assim, se nosso ordenamento jurídico, notadamente o próprio texto constitucional (art. 226, §3º), admite a união estável e reconhece nela a existência de entidade familiar, nada mais razoável de se conferir interpretação sistemática ao art. 1.597, II, do Código Civil, para que passe a contemplar, também, a presunção de concepção dos filhos na constância de união estável.

V - Na espécie, o companheiro da mãe da menor faleceu 239 (duzentos e trinta e nove) dias antes ao seu nascimento. Portanto, dentro da esfera de proteção conferida pelo inciso II do art. 1.597, do Código Civil, que presume concebidos na constância do casamento os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes, entre outras hipóteses, em razão de sua morte.

VI - Dessa forma, em homenagem ao texto constitucional (art. 226, §3º) e ao Código Civil (art. 1.723), que conferiram ao instituto da união estável a natureza de entidade familiar, aplica-se as disposições contidas no artigo 1.597, do Código Civil, ao regime de união estável.

VII - Recurso especial provido.”

(Recurso Especial n.º 1.194.059, da 3ª Turma do STJ, relatado pelo Ministro Massami Uyeda, julgado em 06/11/2012 e com *decisum* publicado em 14/11/2012).

Já na inseminação heteróloga, há presunção absoluta¹⁵⁰ de paternidade, deste que as partes sejam casadas ou companheiras e haja expressa prévia autorização do cônjuge varão/companheiro, ante o teor expresso no art. 1.597, V, do Código Civil.

Sobre a transferência *post mortem*, as regras brasileiras e portuguesas são similares, com pequenas distinções, como pode ser detectado dos dispositivos em questão:

Quadro 25 – Norma Portuguesa e o CC/BR (II)

Lei n.º 32/2006	Código Civil Brasileiro
Artigo 22.º Inseminação post mortem 3 - É, porém, lícita a transferência post mortem de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.	Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

Como se vê, ambas as regras são próximas, eis que permitem a utilização, a qualquer tempo (especialmente *post mortem*) dos embriões excedentários, sendo que a lei portuguesa reconhece que deve ter um projecto parental, enquanto que a norma brasileira assevera que a concepção deve ser homóloga.

Curiosidade decorre da autorização prévia. O art. 22, 3, da Lei n.º 32/2006, é inequívoco ao condicionar a transferência à declaração por escrito, o que não ocorre expressamente no art. 1.597, IV, do Código Civil Brasileiro. Porém, o Enunciado n.º 107, do Conselho da Justiça Federal, tenta suprir a lacuna da lei brasileira, nos seguintes termos:

Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges

¹⁵⁰ Vale nota o curioso Enunciado n.º 258, do Conselho da Justiça Federal, que reconhece como presunção absoluta a paternidade decorrente de inseminação heteróloga, desde que autorizada pelo marido, *verbis*:

Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.

para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.

d. Qual a melhor solução sucessória para o descendente de 1º grau concebido *post mortem*?

A norma, como demonstrado, cinge-se às hipóteses de concepção *post mortem* e a existência, ou não, de presunção de perfilhação, inexistindo qualquer comando que auxilie para solucionar o problema proposto no presente relatório.

Pela interpretação sistemática das regras civis, é possível buscar 4 (quatro) respostas distintas para tentar solucionar o problema proposto neste capítulo (seria o concebido *post mortem* herdeiro?).

A primeira possibilidade seria interpretar como válida uma isonomia irrestrita entre os descendentes, em decorrência dos comandos constitucionais:

Quadro 26 – Origem Constitucional do dever de Família no Brasil e em Portugal

Constituição Portuguesa	Constituição Brasileira
Artigo 36.º Família, casamento e filiação 1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade. 2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração. 3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos. 4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação. 5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos. 6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial. 7. A adopção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação.	Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...) § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

O simples fato de ser filho (pouco importante de concebido em vida ou pós-morte) lhe proporcionaria a condição de herdeiro com a reivindicação de parte do monte sucessório que lhe seria cabido.

Inclusive, essa parece ser a posição de Maria Berenice Dias:

*“É difícil dar mais valor a uma ficção jurídica do que ao princípio constitucional da igualdade assegurada à filiação (CF 227 §6º), Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798), e até às pessoas ainda não concebidas (CC 1.799 e 1.952), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido ‘post mortem’. É necessário dar ao dispositivo interpretação constitucional, pois o filho nascido de concepção póstuma ocupa a classe dos herdeiros necessários. A normatização abrange não apenas as pessoas vivas e concebidas no momento da abertura da sucessão, mas também os filhos concebidos por técnica de reprodução assistida ‘post mortem’, Sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, é descabido afastar da sucessão quem é filho e foi concebido pelo desejo do genitor.”*¹⁵¹

A solução, com a devida vênia, traria insegurança jurídica, por óbvio, posto que os herdeiros que, regularmente, receberam seus quinhões hereditários, poderiam ser instados a devolvê-los, após o recálculo da partilha em decorrência do nascimento de herdeiro concebido *post mortem*.

Assim, há a segunda possibilidade de se interpretar a questão: cinge-se à literalidade do princípio da Saisina, posto que a herança seria devolvida aos herdeiros existentes (inclusive o resguardo aos nascituros). Com o aparecimento de um concebido a após a morte do *de cuius*, a herança não lhe seria devolvida.

A interpretação, restrita à literalidade, é péssima e faz com o que o operador do direito use antolhos, especialmente considerando que o positivismo máximo, levado ao extremo, nunca pode ser a melhor solução aos problemas jurídicos ocasionados pela modernidade dos tempos.

Ante a ausência de previsão legal, como já aclarado, seria possível aplicar no problema proposto, por analogia, a regra de prole eventual pertinente à sucessão testamentária, a seguir transcrita, que seria a terceira possibilidade de se solucionar o problema:

¹⁵¹ DIAS, Maria Berenice – **Manual das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pag. 132/133.

Quadro 27 – Cotejo CC/PT e CC/BR (XX)

Código Português	Código Brasileiro
Artigo 2033º (Princípios gerais) (...) 2. Na sucessão testamentária ou contratual têm ainda capacidade: a) Os nascituros não concebidos, que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão; (...)	Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;(…) Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.(...) § 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2019)

A terceira, se não é a melhor, ao menos dá tratamento legal previsível ao caso, mesmo que em aplicação analógica, limitando os efeitos da Saisina a um tempo razoável após a abertura da sucessão (2 anos no Brasil, pelo art. 1.800, § 4º do CC/BR¹⁵²; 300 dias em Portugal, à luz da interpretação extensiva aos art. 1.798, 1.800 e 1.829, I, todos do CC/PT).

Porém, ainda que em análise preliminar, parece que a melhor solução ao problema proposta é a quarta descrita no presente relatório, fulcrada no Enunciado n.º 267, do Conselho da Justiça Federal, ora transcrito, que condiciona o *status* de herdeiro ao concebido pós-morte às regras de petição de herança¹⁵³:

¹⁵² É de se destacar que, no Brasil, o instituto jurídico do Fideicomisso foi totalmente aniquilado pelo Código Civil de 2002, já que a referida substituição só será permitida se o fideicomissário, ao tempo da abertura da sucessão, for não concebido. Caso contrário (se estiver concebido), o fideicomisso será transformado em usufruto. Segue a íntegra do art. 1.952, do CC/BR:

Art. 1.952. A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador.

Parágrafo único. Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.

¹⁵³ As regras de petição de herança estão previstas em ambos os Códigos (art. 1.824, CC/BR; art. 2.075, do CC/PT), sendo que os prazos são diversos. No Brasil, à luz do Súmula n.º 149, do STF, cumulado com o art. 205, do CC/BR, o prazo para ingressar com a ação de petição de herança é de 10 (dez) anos. Em Portugal, pelo teor do art. 2.075, 2, do CC/PT, parece que o prazo não está atrelado a uma prescrição extintiva, mas sim a prescrição aquisitiva de um terceiro.

Convém consignar que é extremamente tortuoso no Brasil tentar padronizar qual seria o termo *a quo* para a contagem de prazo para propositura da ação de petição de herança. Se já há enorme divergência se se daria com a abertura da sucessão ou a homologação da partilha do inventário, a fato que o Superior Tribunal de Justiça vem criando novos momentos para a abertura do mencionado prazo, como se conclui de recente precedente:

267 – Art. 1.798: A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

Inclusive, Maria Helena Diniz, em sua magistral obra sobre Biodireito, apresenta o problema, parece atrelar a solução às hipóteses de petição de herança, mas passa a *latere* de uma resposta contundente:

“Suponhamos que, uma senhora, seis meses depois do óbito do marido, respeitando a vontade deste, submete-se a uma inseminação artificial homóloga, dando à luz a um menino, registrado como filho do casal, por declaração materna, baseada no art. 1.597, III, do Código Civil. O inventariante, um dos filhos do ‘de cujus’, não aceita a filiação do concebido artificialmente. Seria cabível, por parte deste, ajuizamento de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, movida contra os herdeiros (seus irmãos), com pedido de reserva do seu quinhão, até que se decida a investigatória? Ou bastaria impugnar a sua não habilitação como herdeiro, por meio de uma contestação?”
154

Por fim, cabe registro que, na Espanha (Lei n.º 14/2006, no art. 9.2), há vedação expressa para inseminação “*post mortem*”, sendo que a mesma pode excepcionalmente ocorrer se existir declaração expressa do marido falecido que constem instruções prévias para a utilização do material genético nos 12 (doze) meses seguintes

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C NULIDADE DA PARTILHA. 1. ALEGAÇÕES DE OCORRÊNCIA DE COISA JULGADA E NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS PARA QUE O TESTAMENTO SEJA VÁLIDO E EFICAZ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. 2. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. 3. SUCESSÃO PROCESSUAL DO AUTOR PELO HERDEIRO TESTAMENTÁRIO. POSSIBILIDADE. 4. RECURSO DESPROVIDO.

1. As alegações de ocorrência de coisa julgada e necessidade de observância das formalidades legais para que o testamento seja válido e eficaz não foram objeto de deliberação no acórdão recorrido, tampouco foi suscitada tal discussão nos embargos de declaração opostos, ressentindo-se o recurso especial, no ponto, do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356/STF).

2. A ação de investigação de paternidade é imprescritível, porquanto o interesse nela perseguido está intimamente ligado com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que não ocorre, todavia, com a ação de petição de herança (Súmula 149/STF) ou, no caso, de nulidade de partilha, que para o autor terá o mesmo efeito. Tratando-se de filho ainda não reconhecido, o início da contagem do prazo prescricional só terá início a partir do momento em que for declarada a paternidade, momento em que surge para ele a pretensão de reivindicar seus direitos sucessórios. Considerando que, na espécie, não houve o julgamento da ação de investigação de paternidade, não há que se falar na consumação do prazo prescricional para postular a repercussão patrimonial este reconhecimento, o qual sequer teve início.

3. Tendo ocorrido o falecimento do autor da ação de investigação de paternidade cumulada com nulidade da partilha antes da prolação da sentença, sem deixar herdeiros necessários, detém o herdeiro testamentário, que o sucedeu a título universal, legitimidade e interesse para prosseguir com o feito, notadamente, pela repercussão patrimonial advinda do potencial reconhecimento do vínculo biológico do testador. Interpretação dos arts. 1.606 e 1.784 do CC e 43 do CPC/1973.

4. Recurso especial a que se nega provimento.”

(Recurso Especial n.º 1.392.314, da 3ª Turma do STJ, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 06/10/2016 e com acórdão publicado em 20/10/2016).

¹⁵⁴ DINIZ, Maria Helena – **O Estado Atual do Biodireito**. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, pag. 720.

ao óbito. Na França, como esclarecido por Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho¹⁵⁵, há projeto de lei para modificar o art. 725, do Código Civil, nos seguintes termos:

“Para suceder, é necessário existir no momento da abertura da sucessão, salvo nos casos de inseminação post mortem quando o marido defunto expressou inequivocamente a sua vontade, por ato notarial e sob a condição que a inseminação tenha sido feita nos 180 dias após a sua morte”.

Como visto, o problema proposto é palpitante, malgrado não tenha solução peremptória, sendo imperioso que o mundo jurídico enfrente o *thema* detidamente ante os inevitáveis avanços da ciência. A simples proibição ao novo não pode – nunca! – ser a melhor forma de regular os conflitos oriundos das novas práticas perpetradas pelos membros da sociedade contemporânea.

¹⁵⁵ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de – **Fecundação Artificial ‘Post Mortem’ e o Direito Sucessório.** [Consult. 15 Fev. 2019]. Disponível em http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf.

7) Conclusão:

É facto que o estudo comparado do direito sucessório português em cotejo com o brasileiro é tema de pouca ou quase nenhuma atenção na doutrina especializada, malgrado tenham as duas normatizações origem no direito romano, sendo curioso que o tratamento dado à matéria, como demonstrado, seja absolutamente divergente.

O Código Civil de Portugal, que é uma obra muito mais rígida, com tratamento literal sobre diversos assuntos, garante ao cônjuge o direito de concorrer com os descendentes de forma constante, sem condicionar ao regime matrimonial do casamento que havia sido escolhido e nem criar quotas mínimas em função dos filhos existentes.

Já o Código Civil do Brasil, que é uma construção mais principiológica, concede direitos sucessórios ao cônjuge sobrevivente, que concorre com descendentes, de acordo com o regime adotado no casamento, os bens que integram o espólio e a origem dos descendentes com quem irá concorrer (se comuns, só do inventariado ou híbrida), o que é extremamente criticado pela doutrina brasileira, por causar manifesta insegurança jurídica.

Parece-me que ambos os sistemas sucessórios são pontualmente injustos, já que a proteção ao cônjuge sobrevivente não deveria ocorrer de forma constante, como na norma lusitana, tampouco em função do regime de casamento adotado, como no Brasil, que contempla parcela eventualmente havida como meação, mas cria diversos casuísmos.

Penso que a melhor forma era a adotada pelo Código Seabra Português, de 1867, e repetida pelo Código Beviláqua Brasileiro, de 1916, pois ambos, já revogados, **não** concediam ao cônjuge, que concorria com o descendente, vocação hereditária. Era translúcido que a garantia de património, ou de demais direitos, ao cônjuge sobrevivente se daria, única e exclusivamente, através do regime matrimonial adotado no casamento e

da apuração de eventual meação de bens, sendo que o agraciamento extra deveria ser procedido através da sucessão testamentária.

Sobre as inovações sobre o tema sucessório, sejam as referentes às sociedades familiares (poliamor, por exemplo), seja no que alude ao tratamento jurídico ao concebido *post mortem*, acredito que Brasil e Portugal, em suas doutrinas especializadas, já perceberam há pouca norma positiva regulamentadora, o que é absolutamente necessário *in casu*, a fim de evitar o ativismo judicial, sempre oriundo de caso concreto casuísta que, não necessariamente, reflete aos anseios transformadores da sociedade.

Referências Bibliográficas:

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de – **Fecundação Artificial ‘Post Mortem’ e o Direito Sucessório**. [Consult. 01 Março. 2019]. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/8.pdf>.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de – **Código Civil Comentado vol. XVIII – Direito das Sucessões. Sucessão em Geral. Sucessão Legítima**. São Paulo: Editora Atlas, 2003. ISBN 978-85-224-3494-7.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da Família e das Sucessões** – 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

ASSIS, Araken de – **Manual da Execução** – 18ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial “post-mortem”**. Colectânea de Jurisprudência: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Coimbra, Ano 7, Tomo II, 1999

CAMPOS, Diogo Leite de – **Lições de Direito da Família e das Sucessões** – 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

CHAVES, João Queiroga – **Heranças e Partilhas Doações e Testamentos**. 4ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2013. ISBN 978-972-724-646-5.

COELHO, Fabio Ulhoa – **Curso de Direito Civil Parte Geral – Vol. 1**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6684-4

COELHO, Fábio Ulhoa – **Curso de Direito Civil. Família e Sucessões** – 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona – **Curso de Direito das Sucessões**. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2012. ISBN 978-972-724-599-4.

DIAS, Cristina Araújo – **Lições de Direito das Sucessões**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5295-3.

DIAS, Maria Berenice – **Manual das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. ISBN 978-85-203-3296-2.

DIAS, Maria Berenice – **Ponto-e-vírgula**. Revista Jus Navigandi [Em linha]. Teresina, ano 8, n.º 66 (Jun.2003). [Consult. 01 Março. 2019]. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/4177/ponto-e-virgula>.

DINIZ, Maria Helena – **Cursos de Direito Civil Brasileiro vol. 5 – Direito de Família**. 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-07367-8.

DINIZ, Maria Helena – **Cursos de Direito Civil Brasileiro vol. 6 – Direito das Sucessões**. 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08339-4.

DINIZ, Maria Helena – **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-09277-8.

DINIZ, Maria Helena – **O Estado Atual do Biodireito**. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1577-4.

DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A. – **Teoria Geral da Relação Jurídica – vol. 1**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 1983. ISBN 978-97-240-04259.

FARIAS, Cristiano Chaves de; Figueiredo, Luciano; EHRHARDT, Marcos; DIAS, Wagner Inácio Freitas – **Código Civil para concursos**; 2ª ed. Salvador: Editora Juspodium, 2014. ISBN 978-85-442-0279-1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil vol. 7 – Sucessões**. São Paulo: Editora Atlas, 2014. ISBN 978-85-224-9853-6.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil vol. 6 – Famílias**. 5ª ed. Salvador: Editora Juspodium, 2013. ISBN 978-85-7761-897-2.

FARIAS, Mario Roberto Carvalho de – **Direito das Sucessões – Teoria e Prática**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. ISBN 978-85-309-2769-1.

FERNANDES, Ana Catarina da Silva – **Dos Efeitos da Procriação Medicamente Assistida no Direito Sucessório**. Braga: Universidade do Minho, 2015. 98f. Tese de Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões.

FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Lições de Direito das Sucessões**. 4ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2012. ISBN 978-972-724-598-7.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil; Direito de Família; vol. VI** – 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil vol. 7 – Direito das Sucessões**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-22594-7.

GOMES, Orlando – **Sucessões**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997. ISBN 978-85-30956-9.

- GOMIDE, Georgia Sepulveda – **Inventário Extrajudicial no Brasil – Evolução da Lei n.º 11.441/2007**. Rio de Janeiro: Universidade Candido Mendes – Ipanema, 2018. 70f. Monografia de Graduação em Direito.
- GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil 3 Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-20537-6.
- GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil. Brasileiro vol. 1 – Parte Geral**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. ISBN 978-85-02-06845-2.
- GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil. Brasileiro vol. 7 – Direito das Sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08761-3.
- GONZÁLEZ, José Alberto – **Código Civil Anotado Volume VI - Direito das Sucessões (artigos 2024.º a 2334.º)**. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2015. ISBN 978-972-724-702-8.
- GRAU, Eros Roberto – **Um Novo Paradigma dos Contratos?**. Público [Em linha]. [Consult. 28 Jan. 2019]. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67510>.
- LEAL, Ana Cristina Ferreira de Souza – **A Legítima do Cônjuge Sobrevivo – Estudo Comparado Hispano-Português**. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 978-972-240-2036-5.
- LEITE, Gisele – **Inventário e Partilha**. Público [Em linha]. (29 Ago. 2012). [Consult. 01 Março 2019]. Disponível em <http://www.giseleleite.prosaeverso.net/visualizar.php?id=1279564>.
- MALHAES, Isis Paula Cerinotti – **Conflitos Internacionais no Direito Sucessório à Luz do Princípio da Soberania e Perspectivas Brasileira e Italiana**. Rio de Janeiro: Universidade Candido Mendes – Ipanema, 2012. 33f. Monografia de Graduação em Direito.

MELO, Helena Pereira de – **Manual de Biodireito**. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-240-3495-9.

MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**. 23^a ed. 2^a reimp. São Paulo: Editora Atlas, 2008. ISBN 978-85-224-5027-5.

NADER, Paulo – **Curso de Direito Civil Vol. 1**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN 978-85-309-6355-2.

NETO, Sebastião de Assis; DE JESUS, Marcelo; DE MELO, Maria Izabel – **Manual de Direito Civil Volume Único**. 2^a ed. Salvador: Editora Juspodium, 2014. ISBN 978-85-442-0530-3.

NICOLAU, Gustavo Rene – Sucessão Legítima, Desacertos do Sistema e Proposta de Alteração Legislativa. In **Direito de Família e das Sucessões – Temas Atuais**. São Paulo: Editora Método, 2009. ISBN 978-85.209.2986-2.

NOGUEIRA, Claudia de Almeida – **Direito das Sucessões – Comentários à Parte Geral e à Sucessão Legítima**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 17. ISBN 978-85-375-03478.

PENTEADO, Luciano de Camargo – **Manual de Direito Civil – Sucessões**. 13^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. ISBN 978-85-203-5151-2.

PEREIRA, Caio Mario da Silva – **Instituições de Direito Civil Volume VI – Direito das Sucessões**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976.

PITÃO, José Antônio de França – **A Posição do Cônjuge Sobrevivo no Actual Direito Sucessório Português**. 4^a ed. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 978-072-724-02717-3.

ROSÁRIO, Pedro Trovão do – **O Recurso Constitucional de Amparo** [Em linha]. [Consult. 21 Jan. 2019]. Disponível em <http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/3871/O%20Recurso%20Constitucional%20de%20Amparo.pdf?sequence=1>.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da – **Regime sucessório da união estável não é inconstitucional**. Público [Em linha]. (19 Maio. 2017). [Consult. 28 Fev. 2019]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional>.

SILVA, Rodrigo Alves da – **Princípio da Saisine nas Sucessões**. Revista Jus Navigandi [Em linha]. Teresina, ano 17, n.º 3443 (Dez.2012). [Consult. 01 Março 2019]. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/23156>.

SOARES, Ana Sanchez Neves – **Inseminação heteróloga: responsabilidade civil do doador**. Revista Jus Navigandi [Em linha]. (Nov.2015). [Consult. 6 Mai. 2017]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/53865/inseminacao-heterologa-responsabilidade-civil-do-doador>.

TARTUCE, Flávio – **“Der tote erbt den lebenden” e o estrangeirismo indesejável**. Revista JusBrasil [Em linha]. [Consult. 01 Março de 2019]. Disponível em <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822473/der-tote-erbt-den-lebenden-e-o-estrangeirismo-indesejavel>.

TARTUCE, Flávio – **Direito Civil vol. 5 – Direito de Família**. 9ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014. ISBN 978-85-309-4921-1.

TUSA, Gabriele – Sucessão do companheiro e as divergências na interpretação dos dispositivos referentes ao tema. In **A outra face do Poder Judiciário. Decisões inovadoras e mudanças de paradigmas – vol. 2**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007. ISBN 978-85-7308-848-6.

VAZ TOMÉ, Maria João Romão Carreiro – **Sobre o contrato de mandato sem representação e o trust.** Público [Em linha]. Disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=65580&ida=65532 [Consult. 03 Jan, 2019].

VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito das Sucessões.** 13^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. ISBN 978-85-224-7648-0.

WALD, Arnaldo – **Curso de Direito Civil Brasileiro – O Novo Direito de Família.** 14^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. ISBN 978-85-02-03759-5.

Legislação:

CÓDIGO Civil e diplomas complementar. 16ª ed. Lisboa: Quid Juris sociedade editora, 2015. ISBN 978-972-724-706-6.

CÓDIGO Civil Português de 1867 – Aprovado por **Carta de Lei de 1 de Julho de 1867** [Em linha]. [Consult. 01 Março 2019]. Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 18ª ed. Lisboa: Quid Juris sociedade editora, 2014. ISBN 978-972-724-690-8

PRESIDÊNCIA da República do Brasil – **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** [Em linha]. [Consult. 01 Março 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

PRESIDÊNCIA da República do Brasil – **LEI n.º 10.406/2002: Código Civil** [Em linha]. [Consult. 01 Março 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

PRESIDÊNCIA da República do Brasil – **LEI n.º 3.071/1916: Código Civil de 1916** [Em linha]. [Consult. 10 Out. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm.

Jurisprudência:

Recurso Especial n.º 1.159.242, da 3ª Turma do STJ, julgado em 24/04/2012, relatado pela Ministra Nancy Andrighi)

Recurso Especial n.º 1.403.419, da 3ª Turma do STJ, julgado em 11/11/2014, relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recurso Especial n.º 1.430.763, da 3ª Turma do STJ, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, julgado em 19/08/2014 e com acórdão publicado em 02/12/2014

Recurso Especial n.º 1.472.945, da 3ª Turma do STJ, relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 23/10/2014 e com acórdão publicado em 19/11/2014

Recurso Especial n.º 1.382.170, da 2ª Seção do STJ, relatado pelo Ministro Moura Ribeiro, julgado em 22/04/2015 e com acórdão publicado em 26/05/2015

Recurso Especial n.º 974.241, da 4ª Turma do STJ, relatado pelo Desembargador Convocado Honildo Amaral de Mello Castro, julgado em 07/06/2011 e com acórdão publicado em 05/10/2011

Recurso Especial n.º 1.368.123, da 2ª Seção do STJ, relatado pelo Ministro Raul Araújo, julgado em 22/04/2015 e com acórdão publicado em 08/06/2015

Recurso Especial n.º 1.377.084, da 3ª Turma do STJ, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, julgado em 08/10/2013 e com acórdão publicado em 15/10/2013

Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1.318.249, da 4ª Turma do STJ, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 22/05/2018 e com acórdão publicado em 04/06/2018

Recurso Especial n.º 1.433.434, da 1ª Turma do STJ, relatado pelo Ministro Sérgio Kukina, julgado em 20/02/2018 e com acórdão publicado em 21/03/2018

Recurso de Revista n.º 07B3972, do STJ, relatado pelo Ministro João Bernardo, julgado em 10/01/2008

Recurso de Revista n.º 436/07.6TBVRL.P1.S1, da 2ª Seção do STJ, relatado pelo Ministro Álvaro Rodrigues, julgado em 03/04/2014

Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.171.820, da 2ª Seção do STJ, relatado pelo Ministro Raul Araújo, julgado em 26/06/2015 e com acórdão publicado em 21/09/2015

Recurso Especial n.º 1.415.727, da 4ª Turma do STJ, julgado em 04/09/2014, com acórdão publicado em 29/09/2014, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão

Recurso Especial n.º 1.194.059, da 3ª Turma do STJ, relatado pelo Ministro Massami Uyeda, julgado em 06/11/2012 e com *decisum* publicado em 14/11/2012

Recurso Especial n.º 1.392.314, da 3ª Turma do STJ, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 06/10/2016 e com acórdão publicado em 20/10/2016)

Recurso Extraordinário n.º 878.694, do Pleno do STF, relatado pelo Ministro Roberto Barroso, julgado em 10/05/2017 e com acórdão publicado em 06/02/2018

Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.623.858, da 2ª Seção do STJ, julgado em 23/05/2018, com acórdão publicado em 30/05/2018, relatado pelo Ministro Lázaro Guimarães