

CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA ENTRE CÔNJUGE/COMPANHEIRO(A) E FILHOS: APLICAÇÃO DA NORMA À LUZ DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

CONCORRENCIA SUCESORIA ENTRE CÓNJUGE Y HIJOS: ANÁLISIS A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

Paloma Braga Araújo de Souza¹

Resumo: O presente trabalho analisa as possibilidades de concorrência sucessória entre o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens e os descendentes do falecido. Considerando que a redação do enunciado normativo que rege a matéria é imprecisa, abrindo espaço a interpretações divergentes, a partir da análise da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, procura-se desenvolver uma lógica argumentativa racional que justifique a aplicação mais adequada da norma.

Palavras-chave: Concorrência Sucessória. Regime de bens. Herança. Meação.

Resumo: El presente trabajo analiza las posibilidades de competencia sucesoria entre el cónyuge sobreviviente casado por el régimen de la comunión parcial de bienes y los descendientes del difunto. Considerando que la redacción del enunciado normativo que rige la materia es imprecisa, abriendo espacio a interpretaciones divergentes, a partir del análisis de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, se procura desarrollar una lógica argumentativa racional que justifique la aplicación más adecuada de la norma.

Palabras clave: Competencia Sucesiva. Régimen de bienes. Herencia. Gananciales.

1 INTRODUÇÃO

O direito de herança talvez seja um dos direitos individuais mais antigos de que se tem conhecimento. No Brasil, o legislador constituinte, de modo expreso, conferiu-lhe natureza de direito fundamental, elencando-o no inciso XXX do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Para além disso, na transição do século XX para o XXI, o regramento sucessório brasileiro sofreu outras poucas, mas importantes, alterações, promovidas pelo Código Civil de 2002. Dentre elas, pode-se destacar a título exemplificativo: a limitação dos herdeiros colaterais ao quarto grau e a redução no número de pessoas que devem testemunhar o ato de testar.

Mas as mudanças mais significativas trazidas pelo Código Civil de 2002 se deram na seara da sucessão legítima, especialmente no que refere à figura do cônjuge. Durante a

¹ Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2016). Advogada. Professora de Direito Civil da Universidade Salvador (UNIFACS). Vice-presidenta do Instituto Baiano de Direito e Feminismos (IBADFEM).

vigência do Código anterior, prevalecia o entendimento de que ao cônjuge, em regra, competia apenas a meação – apenas na inexistência de descendentes e ascendentes seria o cônjuge chamado a suceder, ainda assim, sem ostentar a condição de herdeiro necessário.

Pelas normas hoje vigentes, o cônjuge é herdeiro necessário² e concorre com descendentes³ e ascendentes do falecido na partilha dos bens deixados. Na ausência de ascendentes e descendentes, ao cônjuge sobrevivente, terceiro na ordem de vocação hereditária, tocará a integralidade da herança.

A concorrência com os ascendentes, prevista no inciso II do art. 1.829 e regulada no art. 1.837, não dá margem a dúvidas. Ao cônjuge sobrevivente caberá um terço da herança se concorrer com dois ascendentes de primeiro grau, e metade da herança em qualquer outra hipótese.⁴

A disciplina da concorrência com descendentes, entretanto, não goza das mesmas simplicidade e clareza. A uma, porque ela depende do regime de bens sob o qual se realizou o casamento. A duas, porque a redação da norma é confusa e dá margem a diversas interpretações. A três, porque não previu como se dá a concorrência sucessória com a prole híbrida, ou seja, quando a concorrência se estabelece com filhos comuns e não comuns do casal.

Para os fins deste trabalho, serão analisados apenas os dois primeiros pontos que dificultam a aplicação da norma. O objeto do presente estudo se refere apenas à concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente casado no regime da comunhão parcial de bens com os descendentes do falecido, pela imprecisão legislativa e divergência que se estabeleceu na doutrina.

O enunciado da norma para a situação descrita não deixa claro como a norma deverá incidir, abrindo espaço a diferentes possibilidades de aplicação. Assim, com o escopo de demonstrar qual a solução mais adequada para a controvérsia, a presente pesquisa se utilizará dos fundamentos da teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Robert Alexy.

Propõe-se, a partir de uma compreensão básica da teoria e da aplicação de suas

² Com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) dos Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694 foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que estabelece diferenças entre a participação do companheiro e do cônjuge supérstite na sucessão dos bens. Na ocasião, foi aprovada a seguinte tese: “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil.” Não houve, contudo, manifestação expressa sobre condição de herdeiro necessário do(a) companheiro(a), dividindo-se a doutrina a respeito do tema.

³ A depender do regime de bens, como se verá no desenvolvimento do trabalho.

⁴ Cumpre destacar que não há previsão legal do quinhão tocante ao cônjuge e ascendentes na hipótese de multiparentalidade.

regras, o desenvolvimento de uma argumentação jurídica que fundamente a opção defendida.

Para tanto, serão expostos alguns elementos da teoria da argumentação jurídica, reputados suficientes para se proporcionar a compreensão aludida e a construção do raciocínio jurídico-argumentativo sobre o instituto da concorrência sucessória.

A investigação se orientou pelos procedimentos de pesquisa bibliográfica e documental, mediante revisão de literatura e jurisprudência, bem como análise da legislação. Quanto aos objetivos, a pesquisa tem natureza explicativa e abordagem qualitativa, valendo-se dos métodos hermenêutico e hipotético-dedutivo.

2 A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA

Como afirmado alhures, o Código Civil de 2002, inovando a vocação hereditária vigente desde 1916, introduziu a concorrência sucessória⁵ do cônjuge sobrevivente com os descendentes e ascendentes do *de cuius*. No ordenamento anterior, vigente durante quase todo o século XX, ao cônjuge só cabia o direito de herança na inexistência de descendentes ou ascendentes legitimados a recebê-la. Demais disso, o cônjuge sequer era considerado herdeiro necessário, podendo ser afastado da sucessão pela via testamentária. Assim, consolidado estava o entendimento de que, em regra, o cônjuge não era herdeiro, mas sim meeiro.

O artigo 1.829 do atual diploma civilista prevê, em seus incisos I e II, o chamamento do cônjuge à sucessão, podendo dividir a herança com os descendentes e ascendentes do falecido. A concorrência com os ascendentes é absoluta, não se subordinando a nenhuma variável; a concorrência com os descendentes, por sua vez, depende da incidência de alguns fatores, tais como o regime de bens do casamento e a natureza dos bens deixados pelo *de cuius*.

Importante observar que a vocação hereditária fixada pelo legislador parte do pressuposto de que os vocacionados são as pessoas afetivamente mais próximas do sucedido. Nesse sentido, aduz Cahali (2014, p. 145) que, assim como na maioria dos ordenamentos jurídicos, a legislação pátria utiliza como parâmetro as relações de parentesco – independentemente de ser o vínculo consanguíneo ou biológico – assim como os laços do casamento ou da união estável, presumindo “que a eles desejaria o falecido destinar sua

⁵ A concorrência sucessória é a participação na herança em conjunto com os demais herdeiros, dividindo a herança.

herança, mesmo sem qualquer manifestação expressa de vontade.”⁶

Assim, coerente com o artigo 1.511 do Código Civil, que dispõe que “o casamento estabelece comunhão plena de vida”, o cônjuge é imediatamente chamado à sucessão.

A concorrência sucessória, portanto, permite que o cônjuge sobrevivente, em algumas hipóteses, para além de resguardar os bens que compõem a meação e já são seus por direito, participe da sucessão do consorte, tão herdeiro quanto os demais. Tal previsão difere bastante da norma anterior, segundo a qual o cônjuge só assumia a posição de herdeiro na inexistência de parentes na linha reta.

Com efeito, ressalvadas algumas pequenas modificações ao longo do século XX, a posição terciária do cônjuge vigeu do final de 1907, com a edição da Lei Feliciano Pena⁷, até a entrada em vigor do novo código.

Embora alvissareira, a redação do inciso I do artigo 1.829 da atual regulação, carente de clareza, deu margem a interpretações diversas. Isso porque, ao incluir o cônjuge casado no regime da comunhão parcial de bens na concorrência com descendentes, o legislador fez ainda uma ressalva atinente à existência de bens particulares:

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;

Se, por um lado, é cristalino que os cônjuges sobreviventes casados no regime da comunhão universal ou no regime da separação obrigatória de bens não concorrem com os descendentes do falecido, por outro, as circunstâncias nas quais o sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial concorre são nebulosas, de modo que é possível identificar pelo menos três entendimentos diversos acerca de sua aplicação.⁸

A primeira linha de entendimento defende que sendo o cônjuge supérstite casado no regime da comunhão parcial de bens (ou no raríssimo e complicado regime da participação final nos aquestos), ele participará da sucessão, na condição de herdeiro, desde que o cônjuge falecido tenha deixado bens particulares. E, ademais, participará da sucessão apenas e tão somente em relação a esses bens.

Com base nessa corrente, foi formulado o Enunciado n.º 270 da III Jornada de

⁶ No mesmo sentido, vide também RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, v. 7, direito das sucessões. 25. ed. atual. com a colaboração de Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 95.

⁷ Trata-se do Decreto n.º 1.839, de 31 de dezembro de 1907, que recebeu este nome em homenagem a seu autor.

⁸ Essas interpretações foram didaticamente sistematizadas pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial n.º 1117563/SP, sendo a quarta interpretação desenvolvida por ela no voto.

Direito Civil:

O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes. (CJF, 2017)

Capitaneando essa linha de inteligência majoritária estão autores como Giselda Hironaka, Flavio Tartuce, Rodrigo da Cunha Pereira, Cristiano Chaves de Farias, Rolf Madaleno, Sílvio Venosa e Zeno Veloso.⁹

Uma segunda linha de interpretação entende que, embora o cônjuge só participe da sucessão do outro se ele deixou bens particulares, comporão a herança tanto esses bens, quanto os bens comuns. Assim, sobre os bens comuns o cônjuge sobrevivo teria meação e herança e, sobre os bens particulares, teria direito apenas à herança. Assim pensa, por exemplo, Maria Helena Diniz (2005).

A terceira corrente, encampada por Maria Berenice Dias (2013) e aplicada pela Terceira Turma do STJ no julgamento do já aludido Recurso Especial n.º 1.117.563/SP, defende que o cônjuge supérstite só participa da sucessão dos bens comuns deixados pelo falecido, preservando-se, assim, a vontade manifestada quando do casamento, de não partilhar bens particulares.

De fato, a matéria é controvertida e argumentos plausíveis dão suporte às três correntes. Assim, a escolha por um dos sentidos de aplicação da norma deve se justificar racionalmente, com base em um conjunto de premissas aceitáveis e livres de contradições. Nesse particular, é de grande utilidade a teoria da argumentação jurídica, desenvolvida em 1976 pelo jurista alemão Robert Alexy.

3 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

A depender da forma como se apresenta a norma, sua aplicação pode não se dar por simples tarefa de subsunção. Como afirma Engisch (2001, p.196), quando o sentido literal da norma é unívoco, é porque a objetividade já se manifestou de maneira precisa; mas se a linguagem é equívoca, a decisão deverá ser logicamente razoável.

Em situações que tais, o aplicador deverá escolher, dentre várias soluções, qual o enunciado normativo singular é afirmado pela norma, o que se faz a partir de uma valoração

⁹ As respectivas obras estão indicadas na lista de referências.

(ALEXY, 2017, p.23). A justificação racional dessa valoração a partir de critérios procedimentais é objeto da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.

Segundo Alexy (2017, p.204), o principal traço distintivo entre a argumentação jurídica e a argumentação prática geral é o fato de que a primeira está vinculada ao direito vigente.

3.1 OS PLANOS DE JUSTIFICAÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

No debate jurídico, as partes, em regra, se colocam em conformidade com seus próprios interesses, de modo que o que cada uma delas busca não é necessariamente a decisão mais justa ou equitativa, mas a que melhor atende às suas pretensões. A argumentação jurídica, assim, não tem por objeto as questões práticas em si mesmas, mas a solução destas questões (ALEXY, 2017, p.204).

Essa solução deve ser racionalmente fundamentada no ordenamento jurídico vigente. Isso implica dizer que as decisões jurídicas devem passar por dois planos de justificação¹⁰: o da justificação interna e o da justificação externa (ALEXY, 2017, p. 213).

O plano da justificação interna é o plano das premissas e da atividade silogística. Nesta etapa, não interessa a correção das proposições, mas o modo pelo qual elas estão estruturadas. Persegue-se, pois a coerência lógica da argumentação utilizada.

Importante observar que as premissas utilizadas no plano da justificação interna não derivam apenas de normas previamente dadas. Alexy (2017, p.220) esclarece que quanto mais etapas de desenvolvimento tiver a justificação interna, maior a necessidade de utilização de premissas que não podem ser deduzidas de nenhuma lei.

O plano de justificação externa é aquele no qual ocorre a fundamentação das premissas utilizadas na justificação interna. O método da fundamentação dependerá do tipo de premissa a ser justificada: se regras de direito positivo, se enunciados empíricos ou se nem um, nem outro. Nesse sentido, aduz Alexy:

A fundamentação de uma regra de direito positivo consiste em mostrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. Na fundamentação de premissas empíricas pode recorrer-se a uma escala completa de formas de proceder que vão desde os métodos das ciências empíricas, passando pelas máximas da presunção racional, até as regras de ônus da prova no processo. Finalmente, para a fundamentação das premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo aplica-se o que pode designar de “argumentação jurídica”. (2017, p.222)

¹⁰ Ou fundamentação, dada a intercambialidade dos conceitos, como aduz o autor.

A argumentação jurídica, portanto, consiste na análise das formas de justificação das premissas que não são nem regras positivadas nem afirmações empíricas. Essas formas são classificadas por ele em seis grupos, que podem e devem estar vinculados entre si: a) formas de interpretação, b) argumentação dogmática, c) uso dos precedentes, d) argumentação prática geral, e) argumentação empírica e f) formas especiais de argumentos jurídicos.

Em apertada síntese, pode-se definir os grupos da seguinte maneira:

As formas ou cânones de interpretação “são formas de que tem de se servir a argumentação jurídica se se quer cumprir a pretensão de correção que se afirma nela” (ALEXY, 2017, p. 239). Os cânones de interpretação apresentam argumentos de formas diferentes, posto que partem de perspectivas distintas, como a semântica, a histórica, a sistemática ou a teleológica, por exemplo.

Desse grupo, Alexy (2017, p. 236) extrai algumas regras do discurso jurídico, como a de que deve ser saturada¹¹ toda forma de argumento que houver entre os métodos de interpretação e a de que os métodos de interpretação histórico e literal devem prevalecer sobre os outros, se não for possível encontrar outras razões que justifiquem a prevalência dos demais.¹²

A argumentação dogmática é instrumento para a obtenção de resultados que não se alcançariam apenas com a argumentação prática geral. Compete à dogmática, segundo Alexy (2017, p. 242), a análise lógica dos conceitos jurídicos, a recondução dessa análise a um sistema e a aplicação dos resultados desta análise na fundamentação das decisões jurídicas. Daí deriva a regra de que todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática e a de que sempre que for possível a utilização de um argumento dogmático, ela deve ser feita.

O uso dos precedentes na argumentação jurídica é exigido por razões práticas gerais: seja para a superação (“overruling”) ou para a não aplicação (“distinguishing”) do precedente.

¹¹ A saturação é a necessária apresentação de todas as premissas, empíricas ou normativas, que resultaram em determinada interpretação e que podem ser objeto de novas discussões a qualquer momento.

¹² Alexy não justifica a atribuição de maior peso à literalidade e à historicidade. Segundo André Ferreira Leite de Paula (2009), com base no que é sustentado na obra “Recht, Vernunft Diskurs”, a intenção não é estabelecer uma rigidez hierárquica entre as formas de interpretação da norma, mas atribuir mais força à autoridade do legislador em democracias constitucionais. Em entrevista constante da obra Teoria Discursiva do Direito, Alexy (2014, p.306) afirma que: “Essas regras não expressam contudo mais que uma precedência prima facie da dimensão autoritativa ou real sobre a dimensão ideal ou crítica. Com isso, ainda não se diz quando argumentos de uma dimensão têm precedência definitiva sobre argumentos da outra dimensão. Para responder a essa pergunta deve-se olhar os princípios que estão por trás de ambas as dimensões. Por trás da dimensão autoritativa está o princípio da segurança jurídica e por trás da dimensão crítica está o princípio da justiça ou da correção material. A relação de tensão entre, por um lado, argumentos práticos gerais e, por outro lado, argumentos relacionados à positividade, mostra-se então como a velha relação de tensão entre justiça e segurança jurídica”.

Entretanto, nesse uso, aplica-se a seguinte regra: quem se afasta do precedente, assume a carga da argumentação.

A argumentação prática geral é fundamento da própria argumentação jurídica que dela depende ou, visto de outro modo, a argumentação jurídica é uma forma especial de argumentação prática geral, que se dá sob regras e condições especiais (ALEXY, 2017, p.276).

A argumentação empírica considera os fatos singulares. Como afirma Alexy, em inúmeras discussões jurídicas, “a apreciação dos fatos desempenha papel decisivo” (2017, p.224). Assim, a despeito da sua imprecisa carga de certeza, a constatação de que uma regra de fato leva a resultados corretos ou verdadeiros evidencia a sua racionalidade (ALEXY, 2014, p. 52). Mas, a fundamentação empírica é sempre temporária.

As formas especiais de argumentos jurídicos são todos os argumentos possíveis no discurso jurídico a partir de inferências logicamente válidas, sendo a mais discutida delas a analogia. Assim como na utilização dos cânones interpretativos, também pressupõem premissas que devem ser fundamentadas.

Os planos de justificação interna e externa e as regras deles derivadas, desenvolvidos por Alexy, apresentam uma sistematização da busca pela solução mais acertada racionalmente na aplicação do direito. Trata-se, portanto, de uma teoria procedimental, na base da qual está a tese de que a racionalidade prática é uma matéria complexa (ALEXY, 2014, p. 82).

É por meio da aplicação desta teoria e suas regras que se pretende demonstrar qual a aplicação racionalmente mais correta da concorrência sucessória do cônjuge, prevista no art. 1829, I do Código Civil.

4 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM PROL DA CORRETA APLICAÇÃO DA CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA

A teoria da argumentação jurídica concebida por Alexy produziu algumas regras do discurso jurídico, sendo algumas delas relativas à justificação interna (silogismo) e outras, à justificação externa. Quanto à justificação interna, destaca-se a regra segundo a qual deve-se articular o maior número possível de etapas do desenvolvimento da argumentação. Assim, a primeira etapa da justificação de uma decisão é estabelecer as premissas lógicas que a sustentam.

Desse modo, considerando-se o enunciado do inciso I do art. 1.829, pode-se estabelecer as seguintes premissas:

- I. A sucessão legítima defere-se aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente
- II. O cônjuge sobrevivente casado com o falecido no regime da comunhão universal de bens não concorre com os descendentes
- III. O cônjuge sobrevivente casado com o falecido no regime da separação obrigatória de bens não concorre com os descendentes
- IV. O cônjuge sobrevivente casado com o falecido no regime da comunhão parcial de bens não concorre com os descendentes se o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Com base nessas premissas, é possível afirmar que a concorrência sucessória entre cônjuge sobrevivente e descendentes se dá quando casado aquele (1) no regime da separação convencional de bens, (2) no regime da participação final dos aquestos e (3) no regime da comunhão parcial de bens, quando o autor da herança houver deixado bens particulares.

Observa-se que o fato de haver ou não o falecido deixado bens particulares só tem relevo na concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente casado no regime da comunhão parcial de bens, sendo irrelevante nas situações (1) e (2).

Logo, havendo o *discrímen* é razoável inferir que a existência de tais bens influenciará não apenas na existência ou não da concorrência, mas também na forma pela qual ela se dá.

Assim, conforme exposto no item 2 supra, a incompletude do enunciado normativo permite o desenvolvimento de três soluções distintas acerca do que deve ser partilhado nessas situações: a que inclui apenas os bens particulares, a que inclui apenas os bens comuns e a que inclui os bens comuns e particulares. Defende-se aqui a correção da primeira solução, refutando-se as demais no desenvolvimento da argumentação.

4.1 DA APLICAÇÃO DAS FORMAS DE INTERPRETAÇÃO

A utilização de meios semânticos não é suficiente para se alcançar nenhuma decisão acerca de quais bens devem ser objeto de concorrência sucessória com descendentes no regime da comunhão parcial de bens. Assim, seguindo a regra da prevalência (“*prima facie*”) da literalidade e da vontade do legislador histórico, cumpre analisar o quanto exposto por Miguel Reale, que coordenou a comissão que elaborou o projeto do atual Código Civil.

Reale (1998) lembra que, na sistemática anterior, sendo o regime legal de bens do casamento o da comunhão universal, cada cônjuge era meeiro, não havendo razão alguma para ser herdeiro. Uma vez que já lhe tocava a metade de todo o patrimônio, ficava excluída a

ideia de herança. A mudança do regime legal para a comunhão parcial, porém, trouxe uma alteração radical, de modo que “seria injusto que o cônjuge somente participasse daquilo que é produto comum do trabalho, quando outros bens podem vir a integrar o patrimônio e ser objeto de sucessão”. Pode-se dizer, então, que a vontade do legislador histórico era a de que o cônjuge participasse apenas da sucessão dos bens particulares.

A interpretação sistemática não conduz a conclusão diversa. Ora, se no regime da comunhão universal de bens o cônjuge supérstite não participa da herança em concorrência com os descendentes, pois já arrecada metade de todo o patrimônio, e se o cônjuge sobrevivente casado com o falecido no regime da comunhão parcial de bens não concorre com os descendentes na inexistência de bens particulares é porque onde há meação não há herança.¹³ No mesmo sentido, se observa que o viúvo ou viúva casados pelo regime da separação convencional concorre com os descendentes do falecido, arrecadando bens sobre os quais o supérstite não tinha nenhuma titularidade.

Desse modo, não há justificativa razoável para que o cônjuge supérstite casado pelo regime da comunhão parcial de bens arrecade maior parcela dos bens comuns na existência de bens particulares do que na inexistência de referidos bens.

Pode-se inferir, pois, que a finalidade da norma é a de “amparar o cônjuge sobrevivente garantindo que a dissolução do casamento por morte lhe defira vantagens sucessórias, para além do direito meatório” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 301). A herança do cônjuge na concorrência com os descendentes, destarte, incide apenas sobre os bens particulares do falecido.

4.2 A FUNDAMENTAÇÃO EMPÍRICA

Se a apreciação dos fatos pode desempenhar papel relevante na argumentação jurídica, cabem aqui algumas considerações acerca da escolha do regime de bens, que vem a influenciar na concorrência sucessória.

Aduzem Maria Berenice Dias e a ministra Nancy Andrichi que a regra sucessória deve respeitar a vontade dos cônjuges, manifestada quando do casamento. Assim, se os consortes desejam partilhar apenas os aquestos o direito de herança do cônjuge supérstite na concorrência sucessória deveria incidir apenas sobre esses bens.

Ocorre que não se pode deixar de considerar dois fatos. O primeiro deles é o de que a

¹³ Aqui se preenche também a justificação externa pela dogmática jurídica, uma vez que uma de suas regras é a de que todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática.

adoção de um regime de bens diferente da comunhão parcial exige a lavratura de escritura pública de pacto antenupcial, procedimento que pode ser burocrático e caro, de modo que predomina estatisticamente a adoção do regime legal.¹⁴

O segundo fato é o de que, comumente, as pessoas escolhem um regime de bens, avaliando o que seria justo repartir na dissolução do vínculo pelo divórcio, face à relutância natural em se falar a respeito da morte. Prova disso é a baixíssima cultura testamentária do país.

Assim, na dissolução do casamento pelo divórcio, a sociedade conjugal se extingue porque as partes voluntariamente não desejam mais manter uma vida comum, ao passo que na dissolução pela morte não há a incidência da autonomia. Ao contrário: a vida em comum existiu até que se tornasse impossível – não indesejável.

Não é razoável supor, portanto, que ao adotar o regime da comunhão parcial, as partes não desejam, em nenhuma hipótese, partilhar seus bens particulares com seus companheiros de vida.

4.3 O USO DOS PRECEDENTES

Uma das regras de Alexy (2017, p. 261) para o uso dos precedentes é a de que quando se puder citar um precedente favorável ou contrário a uma decisão, deve-se fazê-lo.

Como afirmado no item 2 supra, em acórdão paradigmático, a Terceira Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial n.º 1117563/SP, adotou o entendimento – minoritário na doutrina – de que a concorrência sucessória do cônjuge supérstite no regime da comunhão parcial de bens alcança apenas os bens comuns. Haveria assim, além da meação, uma participação do viúvo a título de herança sobre referidos bens.

Essa interpretação justificada por um suposto respeito à vontade manifestada no casamento, aproximava a concorrência sucessória do cônjuge à sucessão do companheiro, prevista no art. 1.790, recentemente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Este julgamento, contudo, não consolidou uma tese encampada pelo tribunal, de modo que decisões posteriores caminharam em sentido contrário, a exemplo dos julgamentos dos Recursos Especiais n.º 1472945 em 2014, n.º 1368123 em 2015 n.º 1.844.229 em 2021 e do Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1.874.610, também em 2021.

¹⁴ Segundo o censo de 2010 realizado pelo IBGE, 81,7% dos divórcios realizados naquele ano eram de casamentos realizados sob o regime da comunhão parcial.

5 NOTAS CONCLUSIVAS

O presente trabalho pretendeu demonstrar como o desenvolvimento de uma argumentação jurídica fundamenta a escolha da solução mais adequada à aplicação de uma norma equívoca. Assim, tomando-se por base a teoria procedimental de fundamentação (ou justificação) desenvolvida por Robert Alexy, foram utilizadas algumas de suas regras para, decompondo a aplicação da norma em etapas, demonstrar qual a decisão mais logicamente racional na aplicação da concorrência sucessória entre o cônjuge supérstite casado pelo regime da comunhão parcial de bens e os descendentes do “de cujus”.

Assim, a partir da definição de premissas, da aplicação de métodos de interpretação, do uso de argumentos empíricos e de precedentes, foi possível fundamentar racional e juridicamente a decisão que estabelece a concorrência sucessória apenas em relação aos bens particulares do falecido, excluindo os comuns, sobre os quais o sobrevivente já tem meação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**, Enunciado n.º 270. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/531>>. Acesso em 29 ago 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: sucessões. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

HIRONAKA, Giselda; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das Sucessões**. 2. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MADALENO, Rolf. O novo direito sucessório brasileiro. **Revista Jurídica**. v. 50, n. 291, p. 35–44, jan., 2002.

PAULA, André Ferreira Leite de. Fundamentação da decisão judicial: justificação interna e externa. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte, p. 9-26, jul-dez. 2009.

REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto de Código Civil. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, v. 13, n. 13/14, p. 139–150, jan./dez., 1998. Disponível em < <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm> >. Acesso em 18 jan. 2023.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, v. 7, direito das sucessões. 25. ed. atual. com a colaboração de Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**, v. 6: Direito das Sucessões. 6. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.