

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

LUIZ FERNANDO VERAN ALBERTON

**A SUCESSÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO SOB O REGIME DA
SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS VERSUS PRINCÍPIO DA SEGURANÇA
JURÍDICA E AUTONOMIA PRIVADA**

CRICIÚMA

2017

LUIZ FERNANDO VERAN ALBERTON

**A SUCESSÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO SOB O REGIME DA
SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS VERSUS PRINCÍPIO DA SEGURANÇA
JURÍDICA E AUTONOMIA PRIVADA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof.^a Esp. Rosangela Del Moro

CRICIÚMA

2017

LUIZ FERNANDO VERAN ALBERTON

**A SUCESSÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO SOB O REGIME DA
SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS VERSUS PRINCÍPIO DA SEGURANÇA
JURÍDICA E AUTONOMIA PRIVADA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Civil.

Orientadora: Prof.^a Esp. Rosangela Del Moro.

Criciúma, 28 de novembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Especialista Rosangela Del Moro - UNESC - Orientadora

Prof. Especialista Alisson Tomaz Comin - UNESC

Prof. Especialista Marcus Vinícius Almada Fernandes - UNESC

**Ao meu eterno avô, Sr. Irani Valentin
Alberton (*in memoriam*).**

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, Irani e Iany, as pessoas mais importantes da minha vida, por tudo que fizeram e fazem por mim.

Aos meus irmãos Marcos Vinícios e Marcelo Augusto, meus eternos parceiros.

Aos meus avós Luiz Ricardo e Maria Goreti, por sempre me acolherem e serem os responsáveis pelas melhores lembranças de minha infância.

Aos meus tios Liziany e Luiz Ricardo Jr, pela oportunidade de iniciar a vida profissional.

Àqueles amigos especiais que me acompanharam e acompanham na estrada da vida. Destacando aos que me acompanham há mais de uma década: Francisco Sampaio, Gabriel Cavaler e Maria Lúcia Baschiroto.

Aos meus amigos do MSNI, Alexandre Barreto, Avelino Damiani Neto e Estevão Giordani, e às amigas Flávia Spilere e Lara Bressanpelo companheirismo e parceria durante toda a caminhada da graduação.

Aos meus colegas de trabalho da 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma/SC, onde estagiei por quase dois anos, adquirindo um conhecimento incrível.

Aos professores que tive a oportunidade de compartilhar a vida acadêmica, por todos os ensinamentos, especialmente a minha orientadora, professora Rosangela, por todo o apoio desde o início deste projeto.

Por fim, agradeço aos demais que de alguma maneira contribuíram para a minha formação acadêmica.

“Só engrandecemos o nosso direito à vida cumprindo o nosso dever de cidadãos do mundo”.

Mahatma Gandhi

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar eventual afronta aos princípios da segurança jurídica e autonomia privada na inclusão do cônjuge supérstite como herdeiro, sendo este casado sob o regime da separação convencional de bens. Inicialmente é de se afirmar que quando da celebração do casamento os cônjuges deverão optar por um dos regimes de bens previstos no ordenamento jurídico civil, sendo que na ausência de pacto antenupcial o casamento será celebrado sob o regime da comunhão parcial de bens e, neste caso, os cônjuges resguardam bens de seu patrimônio que pretendem não se comuniquem, inclusive após sua morte, quando adquirem a qualidade de herdeiro do cônjuge. Ocorre que o cônjuge casado pelo regime da separação total convencional de bens, ou seja, naquele regime onde os bens de cada cônjuge não irão se comunicar na constância do casamento ou após a morte de um destes, o cônjuge irá adquirir a qualidade de herdeiro e acessará os bens particulares do *de cuius*. O método da pesquisa é dedutivo com pesquisa bibliográfico e se aponta para uma afronta aos princípios da segurança jurídica e autonomia privada com a inclusão deste cônjuge como herdeiro, visto que contraiu núpcias tendo convencionalizado o regime da separação total de bens, com impossibilidade de comunicação dos bens, logo, necessário respeitar o princípio da segurança jurídica, pois os titulares dos bens, ao celebrarem o casamento, contavam com a ideia de que os bens amealhados ao longo de sua vida permaneceriam no âmbito de seu patrimônio exclusivo e, com a inclusão de seu cônjuge na condição de herdeiro, lhes causando insegurança jurídica. Também afronta o princípio da autonomia privada, visto que a liberdade de autodeterminação concedida aos nubentes em vida, ao pactuarem o referido regime de bens, é retirada após sua morte.

Palavras-chave: Princípio da segurança jurídica. Princípio da autonomia privada. Sucessões. Herança. Separação total de bens.

ABSTRACT

The present work aims to analyze an eventual affront to the principles of legal certainty and private autonomy in the inclusion of the surviving spouse as an heir when the couple married under conventional separate property ruling. At first, it can be said that, when contracting wedlock, the parties should opt for one of the marital property regimes in the civil legal system. In the absence of a prenuptial agreement, the matrimony shall follow the partial property ruling, in which case the spouses safeguard the assets that they do not want shared, including after their death, when they become heirs of their partner. However, when married under separate property ruling, i.e. under the regime where the assets of each partner shall not be transferred during wedlock or after widowhood, the surviving spouse becomes heir and gains access to the private assets of their partner. The research method is deductive with literature research and focuses on the affront to the principles of legal certainty and private autonomy with the inclusion of the spouse as an heir when the marriage took place under conventional separate property ruling, with the impossibility of communication of assets. Therefore, it is necessary to respect the principle of legal certainty, since the asset owners, when contracting wedlock, believed the assets they amassed along their lives would be part of their exclusive patrimony. The inclusion of the spouse as an heir would cause legal uncertainty. It is also an affront to the principle of private autonomy, given that the freedom of self-determination given to the party in life when accepting the aforementioned ruling is taken from them after death.

Keywords: Principle of legal certainty. Principle of private autonomy. Successions. Inheritance. Separate property ruling.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
art.	Artigo
nº	Número
p.	Página

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CASAMENTO E SEUS REGIMES DE BENS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA...	12
2.1 DO CASAMENTO E SUA REGULAMENTAÇÃO CIVIL.....	13
2.2 REGIMES DE BENS PREVISTOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	16
2.2.1 Do regime da comunhão parcial de bens.....	18
2.2.2 Do regime da comunhão universal de bens	19
2.2.3 Do regime de participação final nos aquestos	21
2.2.4 Do regime de separação de bens.....	23
3 O DIREITO SUCESSÓRIO E SUAS MODALIDADES E HERDEIROS.....	25
3.1 O DIREITO SUCESSÓRIO E SUAS ESPÉCIES	25
3.2 DA ORDEM DOS HERDEIROS	30
3.3 O CÔNJUGE ENQUANTO HERDEIRO	34
4 O CÔNJUGE CASADO SOB REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS E SUA INCLUSÃO NO ROL DOS HERDEIROS EM CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E AUTONOMIA PRIVADA	37
4.1 DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	38
4.2 DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA	42
4.3 A INCLUSÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS COMO HERDEIRO EM CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES: IGUALDADE OU VIOLAÇÃO A SEGURANÇA JURÍDICA E AUTONOMIA PRIVADA?.....	44
5 CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS.....	51

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar eventual afronta aos princípios da segurança jurídica e autonomia privada na inclusão do cônjuge supérstite como herdeiro, sendo este casado sob o regime da separação convencional de bens.

Inicialmente é de se afirmar que quando da celebração do casamento os cônjuges deverão optar por um dos regimes de bens previstos no ordenamento jurídico civil, sendo que na ausência de pacto antenupcial o casamento será celebrado sob o regime da comunhão parcial de bens e, neste caso, os cônjuges resguardam bens de seu patrimônio que pretendem não se comuniquem, inclusive após sua morte, quando adquirem a qualidade de herdeiro do cônjuge.

Ocorre que o cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens, ou seja, naquele regime onde os bens de cada cônjuge não irão se comunicar na constância do casamento ou após a morte de um destes, o cônjuge irá adquirir a qualidade de herdeiro e acessará os bens particulares do *de cujus*.

No presente trabalho se faz necessária à análise do artigo 1.829, I, do Código Civil em conjunto com o artigo 1.687 do mesmo diploma legal, pois, aparentemente, os dispositivos legais citados se contradizem e a interpretação complementar de ambos atende ao princípio da unidade sistemática.

A necessidade dessa interpretação conjunta se dá pelo fato de o artigo 1.829, I, ter excluído o cônjuge da concorrência sucessória somente na hipótese de “separação obrigatória de bens” e, com uma interpretação isolada desse dispositivo, entende-se que o cônjuge casado sob a separação convencional de bens estaria incluído em tal concorrência.

Assim, no primeiro capítulo se analisará os regimes de bens constantes do casamento no ordenamento jurídico brasileiro e seus efeitos jurídicos. No segundo capítulo se estudará o direito das sucessões no tocante a atribuição da qualidade de herdeiro do cônjuge. Ao final, no terceiro capítulo se analisará os princípios da segurança jurídica e autonomia privada quando confrontados com a inclusão do cônjuge supérstite casado sob o regime da separação convencional de bens como herdeiro em concorrência com os descendentes e a possível violação a autonomia de vontade do *de cujus* com tal inclusão.

O método de pesquisa utilizado será o dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal.

2 CASAMENTO E SEUS REGIMES DE BENS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O casamento não é um instituto presente em nossa sociedade somente nos dias atuais. Os seres já se relacionavam desde os primórdios da humanidade, e assim como o modo de vida e a convivência em grupo, esses relacionamentos foram evoluindo com o passar do tempo.

Nas sociedades primitivas o homem e a mulher repartiam os afazeres, em razão disso aqueles livres, solteiros, eram vistos como uma aberração para o povo da época. O solteiro era uma singularidade para os povos antigos (VENOSA, 2013, p. 23).

Observando a proveniência do Direito Civil brasileiro, incumbe analisar a essência da família e o casamento na cultura romana. Conforme ensinamentos de Aguiar:

As uniões civis não tinham a característica do sagrado advinda do nascimento do cristianismo, porém aconteciam respeitando alguns aspectos da tradição romana. Havia vários tipos de casamento: o *confarreatio*, cerimônia realizada com um pão de trigo, o *farrum*, essa cerimônia tinha características religiosas; o *coemptio*, venda simulada da mulher ao *pater familias*, todo ritual acontecia em cima da teatralização da venda. Os ritos matrimoniais aconteciam sempre com alegria, apesar de as noivas se casarem muito cedo, ainda meninas. As noivas usavam vestes brancas, colocavam um véu de linho muito fino de cor alaranjada, chamado *flammeum*, depois a jovem arrumava o cabelo e o enfeitava com uma grinalda de flores. As flores, para os romanos, representavam a fertilidade. Existiam casamentos com características bem modernas para o período: o *sinemanu* e o *usus*. O primeiro, *sinemanu*, era o casamento que se dava sem a subordinação da mulher à família do marido, nesse modelo de casamento a mulher tinha a permissão de usufruir de seus bens sem nenhuma forma de dominação. O segundo, *usus*, significava que a mulher já morava com o marido há um ano, porém se a mulher passasse três noites consecutivas fora de casa, ou seja, longe do marido, o casamento estaria terminado. Isso foi muito comum na República. Apesar de todas as modalidades, o casamento para os romanos era uma das instituições mais valorizadas (2016, p. 1).

Antigamente, antes da implantação da República no Brasil, o casamento era realizado, no entanto somente o religioso, independente se os nubentes fossem católicos ou não. Apenas em 1891 sobreveio o casamento civil (DIAS, 2006, p. 127).

Em decorrência das grandes transições históricas, sociais e culturais, apenas há pouco tempo o direito de família começou a pregar por uma liberdade dos nubentes no sentido de ser conservado ou desconstituído o casamento, por meio do divórcio (GONÇALVES, 2013, p.32)

Assim, analisando o casamento como um instituto presente na sociedade desde os tempos antigos, constata-se a evolução de seu viés familiar, religioso, até os tempos modernos, com a regulamentação do instituto e a conseqüente previsão na codificação civil.

2.1 DO CASAMENTO E SUA REGULAMENTAÇÃO CIVIL

Com a evolução histórica das relações humanas, o casamento deixou de ser um instituto patriarcal, onde o marido era o centro da família e a mulher era vista como submissa, passando a pregar pela igualdade nas relações do casal, inclusive para com os filhos.

A regulamentação do casamento está presente no artigo 1.511 do Código Civil: “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (BRASIL, 2017d). A legislação, pelo dispositivo acima, estabelece a comunhão de vida dos nubentes, pregando também que os direitos e deveres dos mesmos sejam iguais. A mesma igualdade de direitos e deveres constantes do matrimônio também se observa na Constituição Federal de 1988: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 2017b).

Ressalva-se que tal dispositivo deve ser interpretado no sentido dos cônjuges de um modo geral e não somente de “homem e mulher”, pois atualmente no Brasil é reconhecido o casamento homoafetivo¹.

Vale citar o conceito de casamento trazido por Cândido:

[...] conceituamos o casamento como sendo um contrato de família, solene e especial, entre duas pessoas, que visam a uma comunhão de vidas. E justificávamos, afirmando que é um contrato, porque nasce com a vontade das partes de constituírem uma família exigindo tal consentimento. Porém, não basta tal consentimento; é necessário à sua conformação que sejam observadas as normas e procedimentos próprios, traçados pela lei, de molde a se aperfeiçoar; por isto mesmo, solene e especial, já que exige

¹ O Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas do mesmo sexo. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do REsp 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo. A resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça determina que “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo” (BRASIL, 2017e).

forma específica para celebração, além do que o conteúdo fica preso a normas de ordem pública, que não são alteráveis (2010, p. 26).

Deve-se atentar para o fato de que o conceito de casamento não pode ser permanente ou invariável. Outrora se fazia menção ao vínculo conjugal não poder ser rescindido quando não existia a possibilidade do divórcio. Portanto não pode ser imutável, assim como todo evento social que está em mudança no tempo e conforme a sociedade que o utiliza (VENOSA, 2013, p. 25).

De tais definições legais decorrem os princípios da comunhão indivisa, que destaca o aspecto moral da união, sendo o casamento uma intenção de criar uma comunhão plena entre os nubentes que desejam passar, juntos, as alegrias e tristezas da vida; e da igualdade jurídica dos cônjuges, que prega o acordo nas tomadas de decisões entre os cônjuges, cabendo direitos e deveres a ambos (DINIZ, 2003, p. 1007).

Nesse sentido, Rizzardo ressalta as principais características do casamento:

- a) Trata-se de uma instituição de ordem pública, dada a legislação existente, à qual devem subordinar-se as convenções particulares.
- b) Importa em uma união exclusiva, e isto precipuamente em razão da natureza do próprio ser humano, que não comporta uma tolerância de compartilhamento nessa ordem.
- c) Determina uma comunidade de vida para os cônjuges não somente nos interesses patrimoniais, mas em especial nos sentimentos, desejos e intenções.
- d) Não admite termo ou condição para a contratação. Ninguém celebra um casamento condicional, passível de desconstituição se não cumprida alguma obrigação.
- e) Constitui um ato pessoal, da exclusiva decisão dos nubentes, indo já distantes os tempos quando os pais decidiam sobre o consorte do filho ou da filha.
Para ser válido o casamento, é mister, pois, que haja acordo de vontades do homem e da mulher.
- f) Reveste-se o ato de solenidade, com a observância de uma série de requisitos e inscrição no registro civil (2011, p. 23-24).

Diante dessas características pode-se perceber que não se trata apenas de uma relação contratual, pois envolve sentimentos e intenções de ambos os cônjuges e o ato é considerado extremamente solene, tendo em vista todos os requisitos previstos em lei que devem ser cumpridos para o casamento poder ser realizado.

Acerca da solenidade do casamento, observa-se que primeiramente deve ser feita a habilitação no Registro Civil, sendo esta submetida à fiscalização pelo

Ministério Público, para então ser homologada pelo juiz.² Com a documentação em ordem, o oficial irá fixar o edital de proclames, durante quinze dias (essa publicação pode ser dispensada se for comprovada urgência).³ Após os esclarecimentos, feitos pelo oficial registrador aos consortes, acerca dos fatos que podem invalidar o casamento e sobre os regimes de bens⁴, o mesmo oficial irá extrair o certificado de habilitação, se cumpridas as formalidades exigidas e observada a inexistência de fato impeditivo.⁵ Essa habilitação possui eficácia de noventa dias, a contar da data em que foi expedido o certificado, ou seja, se os nubentes não celebrarem o casamento dentro de noventa dias a habilitação irá caducar, devendo os mesmos providenciarem novamente.⁶ Com a certificado de habilitação matrimonial, o casamento será celebrado na data designada pela autoridade que vier a presidir o ato, mediante petição dos consortes.⁷ Destaca-se que o casamento obrigatoriamente deve ser celebrado com publicidade, a portas abertas, e na presença de testemunhas, sendo duas se realizado na sede do cartório e quatro se for celebrado em edifício particular.⁸

Acerca da natureza jurídica do casamento, destaca-se as lições Pereira:

² Art. 1.526. A habilitação será feita perante o oficial do Registro Civil e, após a audiência do Ministério Público, será homologada pelo juiz (BRASIL, 2017d).

³ Art. 1.527. Estando em ordem a documentação, o oficial extrairá o edital, que se afixará durante quinze dias nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes, e, obrigatoriamente, se publicará na imprensa local, se houver. Parágrafo único. A autoridade competente, havendo urgência, poderá dispensar a publicação (BRASIL, 2017d).

Em relação a dispensa da publicação do edital nos casos de urgência, ensina Diniz: “Se se comprovar urgência (grave enfermidade, parto iminente, viagem inadiável, crime contra a honra da mulher) para a celebração do matrimônio, o magistrado poderá, após ouvir o Ministério Público, desde que se apresentem os documentos exigidos pelo art. 1.525 do Código Civil, dispensar a publicação do edital, determinando ao oficial que expeça, de imediato, a certidão de habilitação matrimonial prevista no art. 1.531 do Código Civil” (DINIZ, 2003, p. 1024-1025)

⁴ Art. 1.528. É dever do oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens (BRASIL, 2017d).

⁵ Art. 1.531. Cumpridas as formalidades dos arts. 1.526 e 1.527 e verificada a inexistência de fato obstativo, o oficial do registro extrairá o certificado de habilitação (BRASIL, 2017d).

⁶ Art. 1.532. A eficácia da habilitação será de noventa dias, a contar da data em que foi extraído o certificado (BRASIL, 2017d).

⁷ Art. 1.533. Celebrar-se-á o casamento, no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato, mediante petição dos contraentes, que se mostrem habilitados com a certidão do art. 1.531 (BRASIL, 2017d).

⁸ Art. 1.534. A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutro edifício público ou particular. § 1º Quando o casamento for em edifício particular, ficará este de portas abertas durante o ato. § 2º Serão quatro as testemunhas na hipótese do parágrafo anterior e se algum dos contraentes não souber ou não puder escrever (BRASIL, 2017d).

Se frequentes são as polêmicas em torno das noções básicas do Direito de Família, como temos visto nos aspectos até aqui referidos ponto que sem dúvida reúne todos os visos de uma vexata quaestio é a determinação da natureza jurídica de casamento, a começar se é um instituto de direito privado ou de direito público. [...] Duas correntes, na doutrina ocidental, atraem a maioria das opiniões: a "contratualista" e a "institucionalista". Para uns, o casamento é uma "instituição social", no sentido de que reflete uma situação jurídica, cujas regras e quadros se acham preestabelecidos pelo legislador, com vistas à organização social da união dos sexos. Dentro da sociedade, a família é um organismo de ordem natural com a finalidade de assegurar a perpetuidade da espécie humana, e bem assim o modo de existência conveniente às suas aspirações e a seus caracteres específicos. Em face disso, o casamento é o conjunto de normas imperativas cujo objetivo consiste em dar à família uma organização social moral correspondente às aspirações atuais e à natureza permanente do homem. Independentemente da concepção institucionalista, ainda há os que insurgem contra a natureza contratual das núpcias, sob fundamento de que, não obstante o consentimento recíproco que as gera, diferem do contrato pela constituição, modo de ser, duração e efeitos. [...] Para outros, o casamento é um "contrato", tendo em vista a indispensável declaração convergente de vontades livremente manifestadas e tendentes à obtenção de finalidades jurídicas. A concepção contratualista originou-se no Direito Canônico. [...] O que no matrimônio deve ser primordialmente considerado é o paralelismo com os contratos em geral, que nascem de um acordo de vontade e realizam os objetivos que cada um tem em vista, segundo a motivação inspiradora dos declarantes e os efeitos assegurados pela ordem jurídica. A natureza contratual do casamento não é contrariada pela exigência legal de forma especial e solene da manifestação volitiva, que obedece à padronização prefixada e ao ritual específico da celebração. Não é igualmente negada pela participação direta do Estado no ato constitutivo, pois que o princípio da ordem pública também costuma estar presente em numerosos outros contratos de direito comum (2005, p. 57-58).

Ressalva-se que não há um consenso com relação a natureza jurídica do casamento, havendo diferentes correntes sobre o tema, conforme explica o autor, alguns o enxergam como uma relação contratual, enquanto outros possuem uma visão social, familiar, ao definir o casamento.

Observamos, também, que o casamento possui três finalidades, ligadas à natureza do ser humano: regularização das relações afetivas e sexuais entre os nubentes; amparo, proteção e educação aos filhos e cooperação recíproca entre o casal (RODRIGUES, 2004, p. 22). Assim, é um ato extremamente solene e com muitas formalidades, no entanto sem perder o caráter afetivo e familiar das relações humanas ali envolvidas.

2.2 REGIMES DE BENS PREVISTOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Do casamento decorre a importância da análise dos regimes de bens. Destaca-se o conceito trabalhado Gomes: "Regime matrimonial é o conjunto de

regras aplicáveis a sociedade conjugal considerada sob o aspecto dos seus interesses patrimoniais. Em síntese, o estatuto patrimonial dos cônjuges" (1997, p. 165). Ainda, observando os ensinamentos de Triginelli sobre o tema: "Verifica-se ser o regime matrimonial de bens o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento" (2010, p. 348).

Existem quatro regimes de bens constantes na legislação civil brasileira: regime da comunhão parcial, regime de comunhão universal, regime da separação de bens e o regime de participação final nos aquestos.

O princípio da liberdade de estipulação do regime de bens é conexo com o princípio da variedade de regimes matrimoniais, visto que a diversidade é uma característica marcante ao longo da história e também presente em nosso ordenamento jurídico, também sendo possível a criação de um regime misto pelos cônjuges, mesclando regimes, desde que não contrarie a lei e aos bons costumes (MOTTA, 2009, p. 376-377).

Os nubentes disciplinam o regime de bens durante o matrimônio por meio do pacto antenupcial, conforme estabelece o artigo 1.639 do Código Civil Brasileiro: "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. [...]" (BRASIL, 2017d).

Nesse sentido, Diniz nos traz a definição do pacto antenupcial:

O pacto antenupcial é um contrato solene, firmado pelos próprios nubentes habilitados matrimonialmente e, se menores, assistidos pelo representante legal, antes da celebração do ato nupcial, por meio do qual dispõem a respeito da escolha do regime de bens que deverá vigorar entre eles enquanto durar o matrimônio, tendo conteúdo patrimonial, não podendo conter estipulações alusivas às relações pessoais dos consortes (2003, p. 1126).

Observa-se que a principal finalidade do pacto é a de conceber o regime que será aplicado ao matrimônio do casal e, por conta disso, ele será nulo se o casamento não lhe seguir, como leciona o Código Civil: "Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento" (BRASIL, 2017d). Ainda, é indispensável para sua eficácia que o pacto seja realizado por escritura pública e que o casamento ocorra posteriormente.

2.2.1 Do regime da comunhão parcial de bens

Em um período de nossa história, quando o marido era o chefe da família e possuía uma predominância sobre a mulher, era comum que também o fizesse não só nas relações pessoais, mas também no campo patrimonial. Assim, a escolha pelo regime da comunhão universal justificava essa ideia. A partir do momento que homem e mulher foram adquirindo igualdade nos relacionamentos, a ideia de comunhão universal passa a ser alterada por regime mais adaptável a realidade dos novos valores que passam a vigorar nas uniões matrimoniais (LEITE, 2005, p. 325-326).

O regime da comunhão parcial de bens passa a ser mais utilizado também em virtude de a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio) ter modificado o regime legal, com isso, se nada for informado pelos cônjuges por meio do pacto antenupcial o regime estabelecido é o da comunhão parcial de bens (RODRIGUES, 2004, p. 177).

Assim, na falta do pacto antenupcial ou quando o mesmo for considerado nulo ou ineficaz, persistirá o regime da comunhão parcial de bens, que afasta os bens anteriores ao casamento da comunhão e insere na sociedade conjugal os bens angariados futuramente (DINIZ, 2003, p. 1140).

Como define o Código Civil: “Art. 1.658. No regime da comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes” (BRASIL, 2017d).

Nesse sentido, observa-se o conceito trazido por Rodrigues:

Regime da comunhão parcial é aquele em que basicamente se excluem da comunhão os bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, como as doações e sucessões; e em que entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente, em regra, a título oneroso. Trata-se de um regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro (2004, p. 178).

Cabe também destacar os bens taxativamente excluídos da comunhão neste regime, conforme disciplina o Código Civil:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III - as obrigações anteriores ao casamento;

IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Art. 1.660. Entram na comunhão:

I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão (BRASIL, 2017d).

Tais bens elencados no referido artigo não se interligam ao outro consorte, preservando cada cônjuge unicamente para si aqueles que já detinha ao contrair núpcias. Portanto a comunhão será estabelecida pelos bens angariados na vigência do matrimônio de forma onerosa (VENOSA, 2014, p. 356-357).

Ao analisarmos os pressupostos do regime da comunhão parcial de bens, conclui-se que é o regime mais justo e igualitário para os cônjuges e seus respectivos patrimônios atuais bem como os adquiridos futuramente.

2.2.2 Do regime da comunhão universal de bens

Diferentemente do regime da comunhão parcial, o regime da comunhão universal de bens deve ser convencionado entre os nubentes por meio do pacto antenupcial. Sendo este o regime escolhido, todos os bens (móveis ou imóveis) atuais e futuros, assim como as dívidas, são comunicáveis. Os bens alcançam um único patrimônio, que irá se tornar particular somente com a ruptura da entidade matrimonial (TRIGINELLI, 2010, p. 360).

Santiago Dantas também nos ensina a respeito do regime da comunhão universal de bens:

A sua característica dominante é estabelecer entre os cônjuges uma comunicação dos bens e da parte passiva do patrimônio, e o que, daí por

diante, qualquer um deles adquirir, adquire simultaneamente para si e para outro cônjuge, para a comunhão familiar (1991, p. 272).

A definição legal desse regime encontra-se prevista no Código Civil: “Art. 1.667. O regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte” (BRASIL, 2017d).

Segundo ensinamentos de Venosa:

Como regra, tudo que entra para o acervo dos cônjuges ingressa na comunhão; tudo que cada cônjuge adquire torna-se comum, ficando cada consorte meeiro de todo o patrimônio, ainda que um deles nada tivesse trazido anteriormente ou nada adquirisse na constância do casamento. Há exceções, pois a lei admite bens incomunicáveis, que ficarão pertencendo a apenas um dos cônjuges, os quais constituem um patrimônio especial (2014, p. 361).

Na comunhão universal, a totalidade dos bens, tanto presentes quanto futuros, adquiridos a título gratuito ou oneroso, são comuns, gerando um só acervo, ao passo que na comunhão parcial apenas se comunicam os bens angariados após o vínculo matrimonial (LEITE, 2005, p. 340).

Ainda que se comuniquem os bens vigentes e futuros no regime da comunhão universal de bens, existem alguns bens que são excluídos dessa comunhão, por estipulação da lei, por serem estes dotados de fins personalíssimos ou pertinente a sua natureza particular (DINIZ, 2003, p. 1146). Tais bens excluídos estão elencados no Código Civil:

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 (BRASIL, 2017d).

Portanto, no regime da comunhão universal se comunicam os bens de cada cônjuge anteriores a união e também aqueles adquiridos por esforço de ambos, ou não, na constância do casamento.

É válido destacar importante decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais envolvendo o regime da comunhão universal de bens:

SOBREPARTILHA - PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA EM GRAU RECURSAL - PROVA DA MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO FINANCEIRA - NECESSIDADE - BEM ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS - DIVISÃO ENTRE AS PARTES - COMUNICAÇÃO DOS BENS. De acordo com o art. 4º da Lei 1.060/50, o momento oportuno para requer os benefícios da justiça gratuita é na exordial ou contestação, somente será concedida em grau recursal, se a parte provar que ocorreu mudança em sua condição financeira que enseja a concessão do benefício. No entanto, sendo o processo contemporâneo ao do apenso, onde houve a concessão da gratuidade da justiça, comprovada que a condição econômica do requerente é a mesma, a justiça gratuita deve ser concedida. A sobrepartilha se faz necessário no caso do cônjuge que ocultou bem por ocasião da separação, bem que foi adquirido durante a constância de seu casamento, que foi contraído pelo regime de comunhão universal de bens (MINAS GERAIS, 2017).

No acórdão apresentado, o cônjuge adquiriu patrimônio na constância do vínculo matrimonial, contraído pelo regime da comunhão universal de bens, e o ocultou da partilha, nesse caso seu consorte tem direito ao bem, por isso a sobrepartilha foi determinada.

2.2.3 Do regime de participação final nos aquestos

Pode-se afirmar que o regime de participação final nos aquestos é pouco conhecido e também pouco utilizado, não existia no Código Civil de 1916, se trata de uma novidade introduzida no ordenamento jurídico pelo Código Civil de 2002.

Segundo o Código Civil: “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” (BRASIL, 2017d).

Diversamente dos regimes da comunhão parcial e da comunhão universal, não se repartem os bens de modo automático. Nesse caso, fica estabelecido que cada consorte mantém como sendo sua propriedade particular os recursos que trouxe para a sociedade conjugal e os angariados na constância do casamento, gerenciando-os e usufruindo os seus frutos. Porém, caso o casamento

seja dissolvido, o acervo integrado a título oneroso durante o vínculo conjugal será dividido (TRIGINELLI, 2010, p. 363).

Também versa o Código Civil acerca do regime de participação final nos aquestos: “Art. 1.673. Integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento. Parágrafo único. A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis” (BRASIL, 2017d). Tal disposição legal, em relação aos bens, significa a não ocorrência de pressuposição do empenho de ambos os cônjuges na aquisição dos bens mobiliários (LEITE, 2002, p. 368).

Venosa critica tal regime:

Como se nota, portanto, o regime pressupõe certo desenvolvimento financeiro e econômico dos cônjuges. É muito provável que esse regime não se adapte ao gosto de nossa sociedade. Por si só verifica-se que se trata de estrutura complexa, disciplinada por nada menos do que 15 artigos, com inúmeras particularidades. Não se destina, evidentemente, à grande maioria da população brasileira, de baixa renda e de pouca cultura. Não bastasse isso, embora não seja dado ao jurista raciocinar sobre fraudes, esse regime ficará sujeito a vicissitudes e abrirá campo vasto ao cônjuge de má-fé. Basta dizer que esse cônjuge poderá adredemente esvaziar seu patrimônio próprio, alienando seus bens, com subterfúgios ou não, de molde que não existam bens ou qualquer patrimônio para integrar a comunhão quando do desfazimento previamente engendrado da sociedade conjugal (2014, p. 366-367).

De fato, é o regime de bens menos utilizado dentre os quatro previstos no Código Civil, principalmente por possuir esse “requisito” de uma boa condição financeira de ambos os cônjuges.

Este regime determina que é permitido aos cônjuges administrar voluntariamente os seus bens móveis, como se estivessem casados sob o regime da separação total⁹. Em relação aos bens imóveis, a autonomia de administração é ameaçada tanto pela análise a *contrario sensu* do dispositivo acima mencionado, como pela disposição do artigo 1.647, inciso I, a qual impõe necessária a outorga do cônjuge para atos de alienação, com exceção do regime da separação absoluta (TEPEDINO, 2008, p. 14).

⁹Art. 1.673. Integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento. Parágrafo único. A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis (BRASIL, 2017d).

No que diz respeito à dissolução do vínculo matrimonial, quanto ao regime da participação final nos aquestos, Diniz ensina:

Com a extinção da sociedade conjugal, dever-se-á apurar o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios particulares de cada ex-cônjuge: os bens anteriores ao casamento e os sub-rogados em seu lugar; os obtidos por cada consorte por herança ou por doação; e os débitos relativos a esses bens vencidos e a vencer. Haverá uma divisão justa se se avaliar e identificar devidamente o monte partível, tendo-se por parâmetro a data da cessação da convivência (2003, p. 1150).

Assim, observamos que o regime de participação final nos aquestos é de difícil entendimento sobre seus termos, sendo a comunhão parcial um regime que atende melhor aos interesses dos cônjuges no momento de contrair núpcias.

2.2.4 Do regime de separação de bens

O Código Civil Brasileiro define o regime da separação de bens: “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” (BRASIL, 2017d).

O regime da separação de bens é definido pela não comunicabilidade dos bens atuais e futuros do casal. Os acervos mantêm-se separados em relação à propriedade dos bens que os integram, seu gerenciamento e gozo, assim como os encargos inerentes (GOMES, 1997,p. 193). Neste regime, o patrimônio do casal é totalmente separado, nada se tornando comum, até mesmo aquilo que é resultado do empenho comum dos cônjuges (RIZZARDO, 2011, p. 590).

No entanto, compete analisar a Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal, nos ensinamentos de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Sob o sistema do CC/1916, no que era pertinente à separação obrigatória de bens, quanto os bens futuros – ou seja, quanto aos bens adquiridos na constância do casamento – prevalecia a tese da comunicação dos aquestos, como esposado na STF nº 377: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Esta súmula segue em vigor, aplicando-se ao CC seu conteúdo (2005, p. 787).

Assim, por entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, mesmo no regime da separação de bens, entram na comunhão os bens que forem adquiridos na constância do vínculo conjugal.

Compete trazer o entendimento de Rodrigues:

Regime da separação é aquele em que os cônjuges conservam não apenas o domínio e a administração e disponibilidade de seus bens presentes e futuros, como também a responsabilidade pelas dívidas anteriores e posteriores ao casamento. Quando se pactua tal regime, o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges (2004, p. 190-191)

Aqui se trata da separação de bens de forma convencionalizada pelos cônjuges, por meio do pacto antenupcial. No entanto, existem algumas situações em que a lei impõe o regime obrigatório da separação de bens, ou seja, obriga que o casamento seja realizado por esse regime. Essas situações encontram-se previstas no Código Civil:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (BRASIL, 2017d).

Nestas três hipóteses, com o intuito de proteção ao patrimônio, a lei determina que o casamento obrigatoriamente será realizado pelo regime da separação total de bens.

Ainda que os consortes possuam liberdade para definir o regime de bens do casamento, a legislação impõe, em determinados casos, um regime obrigatório, que é o da separação de bens. Tal imposição tem como fundamento uma cautela com o patrimônio ou também uma forma de punição aos nubentes (DINIZ, 2003, p. 1128).

Portanto, trata-se de um regime que pouco interfere no patrimônio dos cônjuges, sendo também pouco utilizado, atualmente o mais comum seria o regime da comunhão parcial de bens.

Assim, feita a análise dos regimes de bens previstos no ordenamento civil, cumpre analisar os impactos decorrentes dos mesmos para o direito das sucessões, o instituto da herança e a qualidade de herdeiro do cônjuge, principalmente quanto ao regime da separação de bens.

3 O DIREITO SUCESSÓRIO E SUAS MODALIDADES E HERDEIROS

Tendo em vista que a morte é uma das únicas certezas que os seres humanos possuem durante a vida, o direito sucessório regulamenta e disciplina tudo o que for relativo a transmissão de patrimônio e obrigações deixadas em decorrência do falecimento de alguém.

Sobre tal reflexão, é importante ressaltar a visão de Rizzardo:

Na humanidade nada é eterno, duradouro ou definitivo. É o homem perseguido pelo estigma de sua finitude, que o acompanha em sua consciência e limita os anseios no futuro. Esta a verdade mais concreta, dura e incontestável. Mas a sucessão, de algum modo, tem uma sensação de prolongamento da pessoa, ou de atenuação do sentimento do completo desaparecimento, especialmente quando são realizadas obras que refletem o ser daquele que morre, e que o tornam vivo ou presente nas memórias (2008, p. 1).

Portanto somente existe a sucessão e a herança havendo a morte. Neste sentido, observa-se o disposto no Código Civil Brasileiro: “Art. 6º. A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”(BRASIL, 2017d).

Assim sendo, conforme o dispositivo legal, a partir do momento em que a pessoa natural não pode mais ser titular de direitos e deveres da vida civil, em decorrência da morte, será aberta a sucessão para transmiti-los a outro que os administre.

3.1 O DIREITO SUCESSÓRIO E SUAS ESPÉCIES

O termo “suceder” significa ocupar o lugar de alguém, substituir. No entanto, é importante destacar que a sucessão aqui tratada é a sucessão *causa mortis*, quando ocorre o falecimento de certa pessoa e a transferência de seus direitos e obrigações aos herdeiros. Sendo também possível uma sucessão decorrente de um feito entre vivos, uma seja, quando há transferência de titularidade de direitos em virtude de negócios *inter vivos*, sendo que tal sucessão não será tratada no presente trabalho.

Assim, esclarecendo tal distinção, observa-se o posicionamento de Venosa:

Quando se fala, na ciência jurídica, em direito das sucessões, está-se tratando de um campo específico do direito civil: a transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte. É o direito hereditário, que se distingue do sentido lato da palavra *sucessão*, que se aplica também à sucessão entre vivos (2013, p. 1).

Explicitada esta diferença, observa-se que o direito das sucessões aqui estudado nasce com a descoberta, já nos tempos antigos, da idéia de propriedade particular e da continuidade do instituto da família. A conservação da propriedade dentro da mesma família faz com que todos os seus integrantes zelem pelos bens coletivos. Portanto, não há direito das sucessões onde não se possui essa noção de manutenção do patrimônio e não se revela a preocupação pela conservação do instituto familiar (DIAS, 2011, p. 25).

É sabido que o direito civil brasileiro tem origem no direito romano, sendo também uma importante fonte do direito sucessório, onde se alicerçou no Código de Justiniano já contendo normativas altamente desenvolvidas nessa área, sendo que o direito das sucessões possui disposições mesmo antes do referido código, se encontrando também presente nos direitos egípcio, babilônico e hindu. Encontram-se inúmeros escritos sobre o tema no Código de Hamurabi, o código babilônico, em vários documentos egípcios e nas leis hindus, consagradas no Código de Manu (CARVALHO NETO, 2008, p. 24).

No direito romano, o testamento teve grande importância pois utilizando-se do testamento, o *pater* elegia qual herdeiro era o mais capacitado para encarregar-se da liderança da família, dando continuidade aos costumes religiosos caseiros, em prol do falecido, e também gerenciar o legado remanescente (RIZZARDO, 2008, p. 03).

Na época da Lei das XII Tábuas, ordenamento que reunia todo o direito romano praticado na época, o testamento se fortaleceu, assim como a autodeterminação plena de versar sobre o patrimônio pensando após a morte (RIZZARDO, 2008, p. 04).

Também já nessa época existiam categorias de herdeiros que, em ordem de preferência estabelecida, herdavam na hipótese de não haver testamento. Assim, Rizzardo define as classes:

a) Os *sui*, ou *heredes sui etnecessarii*, isto é, os filhos sob pátrio poder (atualmente 'poder familiar'), a mulher com filhos e demais parentes sujeitos ao *de cuius*. O Código Civil adotou a expressão 'herdeiros necessários'.

Nessa classe se incluíam os *heredesnecessarii*, que eram os escravos libertados no testamento e concomitantemente herdeiros.

b) Os *agnati*, ou as pessoas sob o então chamado pátrio poder (no Código Civil vigente 'poder familiar'), ou que se subordinavam ao *pater familias*, sendo contemplado o agnado mais próximo.

c) Os *gentiles* – ou pessoas que pertenciam aos membros da mesma *gens*, ou da estirpe (2008, p. 4).

Diante disso, pode-se constatar que a sucessão em virtude da morte de alguém é um instituto presente na sociedade humana desde os tempos antigos, onde havia a necessidade de se transmitir, além do patrimônio, a questão da responsabilidade pela família, exercida pelo pai, onde o herdeiro assumia tal condição com o falecimento deste.

Nesse sentido, é válido enfatizar o entendimento de Wald:

A sucessão *mortis causa* teve, em certa época histórica, um sentido extrapatrimonial, importando, para a família romana, uma continuação da religião doméstica, em que o *pater familias* instituía, na pessoa do herdeiro, o novo titular da soberania familiar. Hoje, o caráter da sucessão é eminente e exclusivamente econômico, caracterizando-se pela assunção dos direitos e deveres do *de cuius* pelos herdeiros e pelo recebimento dos legados pelos legatários (1997, p.15).

Na atualidade, no entanto, não mais se transmite uma relação de cunho familiar, como o cargo de “chefe” da família que antigamente era transferida ao herdeiro, mas somente o patrimônio e obrigações deixadas pela pessoa falecida.

Outro importante marco histórico para o direito das sucessões foi o princípio da *saisine*. Tal princípio leciona que o *de cuius* transfere a posse e a propriedade do espólio ao herdeiro (GONÇALVES, 2011, p. 38). O referido princípio foi adotado pelo Código Civil Brasileiro: “Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (BRASIL, 2017d).

Segundo preceitos de Veloso (2002, p. 1.597 apud RIZZARDO, 2008, p. 5).

Na França, desde o Século XIII, fixou-se o *droit de saisine*, instituição de origem germânica, pelo qual a propriedade e a posse da herança passam aos herdeiros, com a morte do hereditando – *lemortsaisitlevif*. O Código Civil francês, de 1804 – *Code Napoléon*-, diz, no art. 724, que os herdeiros legítimos, os herdeiros naturais e o cônjuge sobrevivente recebem de pleno direito (*sonsaisis de pleindroit*) os bens, direitos e ações do defunto, com a obrigação de cumprir todos os encargos da sucessão.

Portanto nota-se que a transmissão dos bens do *de cuius* ao herdeiro é algo que ocorre há muito tempo, pelo princípio estudado, sendo inclusive regulamentado atualmente na legislação brasileira.

Observando a aplicação prática do princípio da *saisine*, é relevante observar importante decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça acerca do tema:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO *DE CUIJUS*. POSSIBILIDADE DE EMENDA À INICIAL ATÉ A CITAÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE INVENTÁRIO DOS BENS DO FALECIDO. LEGITIMIDADE DO ESPÓLIO PARA FIGURAR COMO DEVEDOR EM AÇÃO DE EXECUÇÃO. REPRESENTAÇÃO. ADMINISTRADOR PROVISÓRIO. POSSIBILIDADE. 1. Até a citação, a parte autora pode emendar a inicial, com a correção do pólo passivo, em razão de não ter ocorrido a estabilização do processo. Inteligência dos arts. 264 e 294 do CPC. 2. O Tribunal de origem, embora fundado em premissa equivocada, manifestou-se expressamente quanto à questão suscitada pelo recorrente, não havendo falar em negativa de prestação jurisdicional. 3. Pelo princípio da *saisine*, previsto no art. 1.784 do CC-02, a morte do *de cuius* implica a imediata transferência do seu patrimônio aos sucessores, como um todo unitário, que permanece em situação de indivisibilidade até a partilha. 4. Enquanto não realizada a partilha, o acervo hereditário - espólio - responde pelas dívidas do falecido (art. 597 do CPC) e, para tanto, a lei lhe confere capacidade para ser parte (art. 12, V, do CPC). 5. Acerca da capacidade para estar em juízo, de acordo com o art. 12, V, do CPC, o espólio é representado, ativa e passivamente, pelo inventariante. No entanto, até que o inventariante preste o devido compromisso, tal representação far-se-á pelo administrador provisório, consoante determinam os arts. 985 e 986 do CPC. 6. O espólio tem legitimidade para figurar no pólo passivo de ação de execução, que poderia ser ajuizada em face do autor da herança, acaso estivesse vivo, e será representado pelo administrador provisório da herança, na hipótese de não haver inventariante compromissado. 7. Recurso especial conhecido e provido (BRASIL, 2017g).

Da análise do julgado acima citado se pode extrair que o princípio da *saisine*, embora surgido haja muito tempo, conserva a sua essência ainda nos dias atuais, sendo inclusive mencionado frequentemente em decisões judiciais e também pela doutrina.

Analisando o instituto da herança, Rizzardo nos traz o seguinte conceito:

A palavra herança envolve um conteúdo com significado de propriedade, já que proveniente de *hereditas*, que é formada por *herus*, que se traduz por dono. Sem dificuldade, pois, a conceituação, tida como aquele conjunto de bens pertencente ao sucedido, no momento de sua morte, e que são transferidos aos herdeiros legítimos ou testamentários (2008, p.13).

Assim, em decorrência do princípio analisado, havendo a morte tem-se a abertura da sucessão e é concebido o direito de herdar, nos termos do artigo 1.784 do Código Civil Brasileiro, já colacionado (BRASIL, 2017d).

No entanto, cabe destacar que apenas são capacitados para suceder quem, no instante em que a sucessão for aberta, for nascido ou já for concebido, em virtude disso o nascituro¹⁰ detém direitos sucessórios estabelecidos pela legislação (RODRIGUES, 2016, p. 22).

A Constituição Federal também estabelece o direito de herança como um direito/garantia fundamental de todo cidadão, vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...] XXX – é garantido o direito de herança (BRASIL, 2017b).

A herança forma o espólio, uma figura que não possui personalidade jurídica e também não pode ser definida como uma pessoa jurídica, mas a legislação estabelece que o espólio possui legitimidade para ingressar em juízo, como também para ser demandado, no entanto, para tal, deve ser adequadamente representado pelo inventariante (TARTUCE, 2015, p. 40). Nesse sentido, dispõe o Código de Processo Civil Brasileiro: “Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: [...] VII – o espólio, pelo inventariante [...]” “Art. 618. Incumbe ao inventariante: I – representar o espólio ativa e passivamente, em juízo ou fora dele [...]” (BRASIL, 2017f).

Ademais, cabe destacar que a herança, embora seja um conjunto de vários bens, constitui, por lei, um único bem imóvel, mesmo constituída apenas de bens móveis. Além disso, esse único bem não pode ser dividido pelos herdeiros antes da partilha e é regido pelas regras concernentes ao condomínio (TARTUCE, 2015, p. 45). Nessa lógica, estabelece o Código Civil Brasileiro:

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:
[...] II – o direito à sucessão aberta

Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

¹⁰Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.(BRASIL, 2017d)

Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio (BRASIL, 2017d).

Portanto, com a abertura da sucessão, após a morte, a herança é de titularidade do espólio enquanto não ocorre a partilha dos bens entre os herdeiros. Em síntese, é um bem imóvel e indivisível e transmitida aos herdeiros na forma de um condomínio.

3.2 DA ORDEM DOS HERDEIROS

Como o testamento atualmente no Brasil é um instituto pouco utilizado, de um modo geral as pessoas não costumam fazer testamento, a sucessão normalmente ocorre na forma da lei, conhecida como sucessão legítima. Conforme se depreende do Código Civil Brasileiro:

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 (BRASIL, 2017d).

Segundo o dispositivo legal mencionado, vigora a sucessão legítima também se, havendo testamento, o mesmo caducar ou for considerado nulo¹¹. Assim, a herança transmite-se aos herdeiros legítimos, que são taxativamente elencados pelo Código Civil Brasileiro, a saber:

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 (BRASIL, 2017d).

Por essa estipulação legal, os primeiros herdam e automaticamente excluem os seguintes, havendo descendentes os ascendentes não herdam, por exemplo, observado a concorrência com o cônjuge quando for caso. Explica Diniz:

¹¹Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade (BRASIL, 2017d).

Na sucessão legítima convocam-se os herdeiros segundo tal ordem legal, de forma que uma classe só será chamada quando faltarem herdeiros da classe precedente. Assim sendo, por exemplo, se o autor da herança for viúvo e deixar descendentes e ascendentes, só os primeiros herdarão, pois a existência de descendentes retira da sucessão os ascendentes. Só se convocam os ascendentes se não houver descendentes. Se casado for, o consorte sobrevivente concorrerá não só com os descendentes, exceto se for casado sob o regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens, mas também com os ascendentes do autor da herança independentemente do regime de bens desde que preenchidos os requisitos do art. 1.830. Daí ser herdeiro necessário privilegiado. O cônjuge supérstite só herdará a totalidade da herança na ausência de descendente e de ascendente e os colaterais até o quarto grau, se inexistirem descendentes, ascendentes e cônjuge supérstite (2003, p. 1260).

Desta forma, falecendo alguém sem deixar testamento, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos, na ordem de preferência estipulada no artigo 1.829 do referido diploma legal e excluindo a classe subsequente.

Além disso, cabe destacar outros três importantes artigos do Código Civil Brasileiro, a saber:

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

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

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima (BRASIL, 2017d).

Pode-se extrair dos dispositivos citados que o testador não poderá dispor da totalidade da herança se possuir herdeiros necessários, que são os descendentes, ascendentes e o seu cônjuge, visto que lhes é garantido, por lei, a metade dos bens da herança, denominada como legítima. Segundo Gonçalves: “Não havendo herdeiros necessários, plena será a *liberdade de testar*, podendo o testador afastar da sucessão os herdeiros colaterais” (2011, p. 43). Observa-se que os colaterais não estão incluídos no rol de herdeiros necessários.

Em relação à concorrência do cônjuge sobrevivente com os demais herdeiros previstos no artigo 1.829, supracitado (exceto a concorrência com os descendentes, que será abordada no tópico subsequente), observamos, no tocante a concorrência com os ascendentes, o disposto no Código Civil Brasileiro: “Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau” (BRASIL, 2017d).

Sobre a concorrência do cônjuge supérstite com os ascendentes, vejamos a lição de Venosa:

No tocante ao cônjuge, sua herança será de um terço da universalidade se concorrer com ascendente de primeiro grau, sendo a metade se concorrer com um só ascendente, ou se maior for o grau. Assim, de acordo com o atual Código, a herança será dividida em três partes iguais se o cônjuge sobrevivente concorrer com sogro e sogra. Se houver apenas o sogro ou a sogra vivo ou se os herdeiros ascendentes forem de grau mais distante, o cônjuge receberá sempre a metade da herança (2013, p. 130).

Ressalta-se que os ascendentes são chamados a suceder apenas quando o *de cuius* não possuir descendentes e a herança pertencente ao cônjuge nessa concorrência irá depender do grau dos ascendentes bem como de haver apenas um ascendente ou ambos.

No tocante ao tema, é importante destacar importante decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

RECURSO ESPECIAL - SUCESSÃO - CÔNJUGE SUPÉRSTITE - CONCORRÊNCIA COMASCENDENTE, INDEPENDENTE O REGIME DE BENS ADOTADO NO CASAMENTO -PACTO ANTENUPCIAL - EXCLUSÃO DO SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO DO DE CUJUS- NULIDADE DA CLÁUSULA - RECURSO IMPROVIDO. 1 - O Código Civil de 2.002 trouxe importante inovação, erigindo ocônjuge como concorrente dos descendentes e dos ascendentes nasucessão legítima. Com isso, passou-se a privilegiar as pessoas que,apesar de não terem qualquer grau de parentesco, são o eixo centralda família. 2- Em nenhum momento o legislador condicionou a concorrência entreascendentes e cônjuge supérstite ao regime de bens adotado nocasamento. 3 - Com a dissolução da sociedade conjugal operada pela morte de umdos cônjuges, o sobrevivente terá direito, além do seu quinhão naherança do de cuius, conforme o caso, à sua meação, agora simregulado pelo regime de bens adotado no casamento. 4 - O artigo 1.655 do Código Civil impõe a nulidade da convenção oucláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei. 5 - Recurso improvido (BRASIL, 2017h).

Do julgado pode-se retirar que não há, na legislação em vigor, qualquer espécie de condição para existir a concorrência entre ascendentes e o cônjuge supérstite, inclusive o regime de bens adotado no casamento em nada influencia.

No que diz respeito a concorrência do cônjuge sobrevivente com os colaterais, na regra geral, quando o cônjuge está apto a herdar, ele exclui os colaterais recebendo a totalidade do acervo hereditário, em obediência a ordem da sucessão legítima estabelecida no artigo 1.829 (CAHALI, 2003, p. 253).

Acerca da possibilidade de alguém falecer sem deixar testamento ou herdeiros, estabelece o Código Civil Brasileiro:

Art. 1.819. Falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância.

Art. 1.820. Praticadas as diligências de arrecadação e ultimado o inventário, serão expedidos editais na forma da lei processual, e, decorrido um ano de sua primeira publicação, sem que haja herdeiro habilitado, ou penda habilitação, será a herança declarada vacante.

Art. 1.823. Quando todos os chamados a suceder renunciarem à herança, será esta desde logo declarada vacante (BRASIL, 2017d).

A legislação determina que o acervo patrimonial do *de cujus* será considerado jacente se porventura não forem identificados os herdeiros, legítimos ou testamentários. O magistrado nomeará curador para ficar com a guarda e administração desses bens, no aguardo dos respectivos sucessores. Serão expedidos editais, durante a ação de inventário, convocando os herdeiros e, não aparecendo qualquer sucessor apto, após um ano a herança será considerada vacante. O mesmo ocorre se houver renúncia à herança por todos aqueles chamados a suceder (COELHO, 2011, p. 270).

Na hipótese de algum herdeiro requerer habilitação para receber a herança, ensina Diniz o seguinte:

Serão declarados vacantes os bens da herança jacente se, após a realização de todas as diligências legais, não aparecerem herdeiros sucessíveis. Entretanto, essa declaração não será feita senão um ano depois da primeira publicação do edital convocatório dos interessados, desde que não haja herdeiro habilitado ou habilitação pendente. A herança jacente que aguardava herdeiro conhecido passa, então, a ser vacante, pela ausência de herdeiro sucessível, que seria o titular do acervo hereditário. Pendendo habilitação, a vacância será declarada pela mesma sentença que a julgar improcedente. Sendo diversas as habilitações, aguardar-se-á o julgamento da última (2005, p. 93).

Portanto, conclui-se que não existindo herdeiros legítimos ou testamentários, a mesma será jacente até sua declaração de vacância, ou na hipótese de haver herdeiros, todos renunciarem à herança, a mesma será considerada vacante diretamente, devendo ser repassada ao Poder Público.

3.3 O CÔNJUGE ENQUANTO HERDEIRO

A figura do cônjuge como herdeiro obteve uma maior valorização com a entrada em vigor do Código Civil, com a sua expressa inclusão no rol de herdeiros necessários, presente no artigo 1.845, já citado. Visto que no Código Civil de 1916 apenas os descendentes e os ascendentes eram considerados herdeiros necessários. Outra importante inovação, envolvendo o cônjuge, trazida pelo Código Civil de 2002 é a concorrência deste com descendentes e ascendentes do autor da herança.

Neste sentido, observa-se os ensinamentos de Coelho em relação ao cônjuge na condição de herdeiro:

O cônjuge teve valorizada a sua participação na ordem de vocação hereditária, com a entrada em vigor do Código Reale. Passou a concorrer com os descendentes e ascendentes do falecido, além de herdar a totalidade da herança quando inexistentes esses familiares sucessíveis. Mas, para ser sucessor, o cônjuge deve estar convivendo com o falecido na data da abertura da sucessão. Se estavam separados judicialmente, o sobrevivente não tem nenhum direito sucessório. Se estavam separados de fato há mais de dois anos, para ser sucessor do falecido o cônjuge supérstite não pode ter sido o culpado pelo rompimento da convivência. (2011, p. 274).

Assim, o cônjuge não possui direitos sucessórios se estava separado judicialmente na abertura da sucessão e, no caso de estarem separados de fato há mais de dois anos, também não será sucessor do *de cujus* se deu causa ao término da relação, conforme estabelecido no Código Civil Brasileiro:

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente(BRASIL, 2017d).

No entanto, essa prova prevista no referido artigo será de difícil produção, a julgar que um dos cônjuges já faleceu.

Cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, igualando o cônjuge e o companheiro para fins sucessórios¹².

Pelo atual Código, o cônjuge também possui direito real de habitação, conforme previsto:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar (BRASIL, 2017d).

Assim, embora possua participação na herança, o cônjuge tem assegurado o direito real de habitação quanto ao imóvel que significava a residência da família, sendo esse o único dessa natureza envolvido no inventário. Tal direito é garantido independente do regime de bens em que foi celebrado o casamento.

Nesse sentido, Imhof traz uma interpretação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, a saber:

Art. 1.831 do CC/2002. Expressão 'sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança'. Interpretação. STJ: "Ao ressaltar que a habitação se constitui "sem prejuízo da participação na herança", o legislador visou resguardar o direito na hipótese em que o cônjuge, por sucessão ou meação, se tornasse proprietário apenas de parte do imóvel, mesmo porque, se herdasse todo o bem, assumindo a propriedade plena, não haveria porque falar em constituição de direito real de habitação. Outrossim, não se pode interpretar a norma no sentido de que, não tendo o cônjuge direito à meação ou à sucessão em relação ao imóvel, não fará jus à habitação, sob pena de se esvaziar a *ratioessendi* da norma. A esse respeito: "O direito de habitação concedido pelo novo sistema ao cônjuge sobrevivente é mais abrangente do que a hipótese do CC/1916 1.611, § 2º. Não importa o regime de bens. Se na partilha não couber ao cônjuge, por inteiro ou por parte, o único bem a inventariar, de natureza residencial, onde possa habitar, esse direito lhe está garantido por este artigo" (NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery, Código Civil Comentado e

¹² Conforme expõe Oliveira: "O Supremo Tribunal Federal, por expressiva maioria, no julgamento do RE 878694, sessão de 10.05.17, considerou inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, que estabelece um sistema diferenciado de herança ao companheiro, em relação ao que o artigo 1.829 dispõe para o cônjuge sobrevivente. [...] Esse entendimento justifica-se pelo princípio da igualdade das pessoas, quando constituem uma família, merecendo igual tratamento e proteção jurídica, conforme prevê o artigo 226 da Constituição Federal. Assim, o companheiro em união estável, ao enviuvar, recebe os mesmos direitos hereditários que o cônjuge, ou seja, concorrência na herança com os descendentes, se o regime de bens era o da separação convencional, ou sobre os bens particulares, se o regime era o da comunhão parcial. Não havendo descendentes, a concorrência do companheiro ou do cônjuge se dá com os ascendentes do falecido, em iguais proporções. Na falta de ascendentes, o companheiro, tal como o cônjuge, tem direito exclusivo à totalidade da herança. As regras valem, também, para as uniões homoafetivas, conforme julgado pelo Supremo na mesma ocasião" (2017, p. 1).

legislação extravagante. 3ª edição. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, p. 845)" (REsp n. 826.838-RJ, rel. Min. Castro Filho, j. 25.9.2006) (2014, p. 1827).

Assim, conforme interpreta o julgado, pelo artigo 1.831 antes mencionado, o cônjuge possui o direito de permanecer residindo no imóvel que era da família antes do falecimento do outro consorte, o legislador objetivou não deixar o mesmo desamparado, no entanto não adquire a propriedade plena do bem.

No tocante a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes do *de cuius*, observa-se que a mesma difere dependendo do regime de bens adotado no casamento. Para o objetivo do presente estudo, cumpre analisar apenas quanto ao regime da separação convencional de bens.

Conforme os ensinamentos de Hironaka (2004, p. 95 apud Gonçalves, 2011, p. 172):

Já foi dito que a regra estabelecida no art. 1.829 do Código Civil de 2002 a respeito da ordem de vocação hereditária é a da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes, optando o dispositivo por enumerar as exceções. Ora, o regime da *separação convencional de bens* não foi excepcionado ou ressalvado, sendo lícito ao intérprete concluir que, nessa hipótese, haverá a aludida concorrência, ocorrendo o mesmo no que respeita ao regime da participação final dos aquestos.

Ainda, em conformidade, ressalta-se decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, trazida por Tartuce:

Inventário. Viúva casada com o autor da herança no regime de separação convencional de bens. Direito à sucessão legítima em concorrência com a filha do falecido. Inteligência do artigo 1.829, I, do Código Civil. Vedação que somente ocorre, entre outras causas, se o regime de casamento for o de separação obrigatória de bens. Recurso improvido. (TJSP, Agravo de Instrumento 313.414-4/1, 3.ª Câmara de Direito Privado, Barretos, Rel. Des. Flavio Pinheiro, j. 04.11.2003) (2015, p. 183).

Assim, conforme a legislação, nos regimes da comunhão parcial (havendo bens particulares do *de cuius*), da participação final nos aquestos e da separação convencional de bens o cônjuge herda em concorrência. Embora haja uma discussão doutrinária quanto à interpretação da inclusão do cônjuge supérstite como herdeiro quando este é casado sob o regime da separação convencional de bens.

4 O CÔNJUGE CASADO SOB REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS E SUA INCLUSÃO NO ROL DOS HERDEIROS EM CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E AUTONOMIA PRIVADA

Analisando o disposto no artigo 1.687¹³ do Código Civil Brasileiro observa-se que o mesmo não faz diferença entre separação convencional e separação obrigatória de bens, o que ocorre no artigo 1.829, inciso I,¹⁴ do mesmo diploma legal, assim considerando herdeiro o cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens, por uma interpretação isolada do referido dispositivo.

No regime da separação convencional de bens o cônjuge herda em concorrência com os descendentes do *de cuius*, conforme leciona Tartuce:

Por outro lado, na separação convencional de bens há uma *separação absoluta de bens*, não havendo comunicação de qualquer componente do patrimônio dos envolvidos e plena liberdade em dispor sobre os bens particulares. Nesse sentido, não deixa dúvidas o art. 1.687 do Código Civil, segundo o qual, “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”. Como não há meação ou qualquer outra participação do cônjuge sobre os bens do outro, deve-se reconhecer a concorrência sucessória. Mantém-se a idéia antes deduzida, no sentido de que o espírito da codificação é trazer a premissa de que o cônjuge ou *meia ou herda sobre os bens do falecido* (2015, p. 182-183 grifo do autor).

No entanto, tal disposição legal vem sendo objeto de inúmeras discussões doutrinárias e até mesmo jurisprudenciais, uma vez que entendem que, para fins sucessórios, o cônjuge casado no referido regime de bens não deveria ser incluído no rol dos herdeiros, assim como ocorre no regime da separação obrigatória de bens, onde o consorte sobrevivente não concorre com os descendentes do falecido na herança.

Sobre a inclusão do cônjuge supérstite como herdeiro quando este é casado sob o regime da separação convencional de bens, é importante se fazer a

¹³Art. 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 (BRASIL, 2017d).

¹⁴Art. 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; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; [...] (BRASIL, 2017d).

análise sob o enfoque de dois importantes princípios do ordenamento jurídico: o princípio da segurança jurídica e da autonomia privada.

4.1 DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica deve ser observado em toda relação ou negócio jurídico que vier a ser celebrado, todo cidadão deve se sentir amparado e protegido pela legislação, tendo seu direito resguardado.

Antigamente, desde o início das tentativas de transcrição do direito em códigos, já se pretendia sustentar a segurança das relações no âmbito jurídico. Inclusive, no direito romano, o ordenamento jurídico possuía como objetivo principal unificar as leis e a jurisprudência da época, garantindo previsibilidade aos cidadãos. Essa organização e unificação das leis, bem como da jurisprudência, em Roma, originou o que se conhece atualmente como *Corpus Iuris Civilis* (COELHO, 2015, p. 87-88).

Segundo ensinamentos de Otharan sobre o princípio em análise:

De acordo com o paradigma liberal, a segurança jurídica era fundamental para a existência do Estado de Direito, pois imprescindível aos cidadãos a previsibilidade de decisões sustentada com o repúdio à interpretação da lei. A segurança jurídica (previsibilidade de decisões) está intimamente ligada à ideia de igualdade, um dos pilares do Estado liberal, pois permite que não haja tratamento desigual para os iguais. Todos são iguais perante a lei ou perante o direito, devendo este tratar de maneira igual todos os cidadãos e jurisdicionados (2010, p. 226-227).

Assim, o princípio possui o intuito de garantir a não-surpresa aos indivíduos em suas relações jurídicas bem como pugna pela igualdade, premissa básica da Constituição Federal de 1988.

Tal princípio é de fundamental importância e pode ser considerado como orientador de todo o ordenamento jurídico, fazendo com que as leis possuam conformidade e garantindo assim invariabilidade e presciência aos indivíduos (COELHO, 2015, p. 85).

De acordo com Coelho, em relação à ideia de segurança jurídica:

A noção de segurança jurídica pode ser vista sob três prismas diversos, porém, complementares. O primeiro é o ângulo da sociedade. Essa possui o direito ao menor número de conflitos e litígios possível. Os órgãos julgadores, sejam jurisdicionais ou administrativos, têm a função não de

estimular conflitos, mas de dirimi-los. Esses devem, a partir de uma função pedagógica, fazer com que as pessoas se comportem de acordo com um padrão esperado, conforme as previsões legais. Assim, de um ponto de vista da sociedade, a segurança jurídica vem em favor da diminuição dos conflitos e da pacificação social. Pensar o oposto seria estimular o litígio, o que, obviamente, não é função de nenhum órgão julgador. Em segundo lugar, do ponto de vista do cidadão, a segurança jurídica vem em favor da proteção da confiança, de um princípio elementar do direito, que é o princípio da não surpresa. Nesse sentido, se um cidadão se comporta de acordo com a lei, em um determinado momento, as alterações posteriores sofridas por essa lei não podem retroagir para tornar irregular o fato já praticado. O mesmo princípio se aplica ao órgão julgador. Se o cidadão se comporta de acordo com o que o órgão julgador considera adequado em um determinado momento, como é possível dizer a esse cidadão, diante do princípio da confiança e do princípio da não surpresa, que sua ação era inadequada, se esse seguiu a lei e a interpretação do órgão competente? Finalmente, o princípio da segurança jurídica também há de ser interpretado do ponto de vista do próprio órgão julgador. O órgão julgador possui a função não somente de solucionar litígios, mas também exerce uma função pedagógica, didática, ao orientar condutas e criar parâmetros a serem seguidos, reduzindo, assim, a incidência dos conflitos sociais; daí a importância do caráter da confiabilidade e certeza de suas decisões. Nesse ínterim, não há como negar a essencialidade da segurança em todo o ordenamento jurídico (2015, p. 86-87).

Assim, observamos que o postulado da segurança jurídica objetiva, dentre outras coisas, visa poupar os cidadãos de litígios. Além disso, pode-se extrair que a irretroatividade da lei é um instituto que decorre da segurança jurídica, visto que se o sujeito pratica um ato lícito em um determinado momento e posteriormente a legislação é alterada tornando tal ato ilícito, a lei deve ser aplicada aos fatos praticados posteriormente a sua entrada em vigor, causaria uma enorme insegurança jurídica caso pudesse retroagir aos fatos praticados anteriormente.

Observamos que o princípio da segurança jurídica não está expresso na Constituição Federal de 1988, mas vale citar a sua previsão na Lei nº 9.784/1999, que “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”, a saber:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (BRASIL, 2017c).

Mesmo não havendo previsão expressa na Constituição Federal de 1988, a segurança jurídica está interligada a alguns princípios indispensáveis ao ordenamento jurídico pátrio, como o princípio da irretroatividade da lei, da legalidade e do juiz natural (COELHO, 2015, p. 100).

O princípio da legalidade possui previsão nos artigos 5º, inciso II, e 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (BRASIL, 2017b).

Também se destaca as previsões do princípio da irretroatividade da lei na Constituição Federal de 1988, a saber:

Art. 5º [...]

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado [...] (BRASIL, 2017b).

Bem como, vejamos a previsão constitucional do princípio do juiz natural:

Art. 5º [...]

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; [...] (BRASIL, 2017b)

Aqui se ilustra a previsão e aplicação dos princípios da legalidade e da irretroatividade da lei em diferentes áreas do direito, como administrativo, penal e tributário, assim como do princípio do juiz natural, demonstrando a importância de tais princípios para o ordenamento jurídico de um modo geral. Relacionando-os com a segurança jurídica, ensina Coêlho:

Numa síntese, a previsibilidade exigida pela segurança jurídica será possível se as condutas humanas estiverem regulamentadas (legalidade) por normas estáveis e anteriores à realização das condutas (irretroatividade), bem como se a violação dessas normas for julgada pelo juiz competente e previamente constituído como tal (juiz natural) (2015, p. 100).

Além dos referidos princípios, a segurança jurídica possui proteção ampla pela Constituição Federal de 1988, por outras garantias, a saber: “Art. 5º [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 2017b). Tais definições também são verificadas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbitrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso (BRASIL, 2017a).

Assim, tais postulados podem ser considerados como previstos na legislação a fim de garantir segurança jurídica. Sobre tais institutos, Coêlho leciona:

A proteção constitucional da segurança jurídica passa também pela garantia do (1) direito adquirido, do (2) ato jurídico perfeito e (3) da coisa julgada, presentes no rol dos direitos e garantias fundamentais. Referidas garantias também encontram previsão na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Como já demonstrado, ambos os diplomas evidenciam a importância do princípio, alçado como direito fundamental e cláusula pétrea pela Constituição Federal de 1988. [...] É por meio desses três institutos que a segurança jurídica se realiza no ordenamento brasileiro. O direito adquirido, frize-se, é aquele assegurado legalmente, que já pode ser exercido pelo seu titular ou alguém por ele e que já se incorporou ao seu patrimônio jurídico. O ato jurídico perfeito, por sua vez, é aquele consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. Por fim, a coisa julgada, fenômeno eminentemente jurídico, diz respeito à definitividade e inalterabilidade das decisões judiciais, que necessitam pôr fim aos processos para que se realize o objetivo da pacificação social e da resolução dos litígios (2015, p. 113-114).

Portanto, resguardando e protegendo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, a Constituição Federal de 1988 também garante especial proteção à segurança jurídica. Além disso, o referido princípio encontra-se reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, vejamos a seguinte decisão:

Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária – INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4.

Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. **Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito.** Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa-fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo do período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido (BRASIL, 2017i, grifo nosso).

Deste modo, verificamos que a segurança jurídica é um postulado essencial para todo o ordenamento jurídico brasileiro, em diversas áreas, embora não possua previsão expressa na Constituição Federal de 1988 é garantido por outros princípios da referida norma, bem como na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sendo também reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal e tendo como principal objetivo garantir aos cidadãos previsibilidade e não-surpresa em suas relações e negócios jurídicos.

4.2 DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

O princípio da autonomia privada garante aos indivíduos o poder de manifestar a própria vontade, determinando o conteúdo e os termos das relações jurídicas de que participam, conforme lições de Amaral:

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão 'autonomia da vontade' tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real (2003, p. 348).

O autor destaca uma importante diferenciação entre a autonomia privada e a autonomia da vontade, sendo que a primeira vem para complementar a segunda, em razão de um direito civil em uma nova perspectiva constitucional. Ainda sobre tal distinção entre os termos, Nanni explica:

Por conseguinte, a forma mais correta atualmente de expressar-se acerca da possibilidade de firmar negócios jurídicos é referir-se à autonomia privada, posto que a autonomia da vontade, há muito tempo, encontra-se superada como ranço do dogma da vontade que não mais reflete a atual feição do direito obrigacional. Ressalta-se que a autonomia privada, sendo um poder de criar normas individuais, é exercida geralmente pelo negócio jurídico. Este é a forma típica de expressão da autonomia privada. É neste ponto, portanto, que ocorre a junção entre aquilo de mais atual que deve ser observado pelo direito civil obrigacional: a simbiose entre a autonomia privada e o negócio jurídico, que reclama a superação dos antigos conceitos do direito civil. Não se fala mais na vontade ilimitada do indivíduo para firmar um negócio, mas na relação da vontade privada que encontra espaço ou autonomia no ordenamento jurídico com a vontade de outrem para firmar-se uma relação jurídica obrigacional. Não prevalece mais a vontade interna do sujeito, mas a vontade observada externa e objetivamente, diante do ordenamento jurídico, em consonância à autonomia privada (2001, p. 172).

Nesse sentido é contemplado o direito civil constitucional, onde se objetiva criar uma relação de coerência, equilíbrio, entre o direito civil e os princípios constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana. As prerrogativas constantes da Constituição Federal de 1988 passam a integrar o ordenamento civil, como preceito que vincula o comportamento, incidindo nas relações privadas e garantindo seus direitos fundamentais (NANNI, 2001, p. 164).

Observando a Constituição Federal de 1988 constatam-se diversos dispositivos que fazem menção ao direito civil, sendo obrigatória a observância do direito privado a esses postulados constitucionais, estando em praticamente todas as áreas civis previstas como família, propriedade, obrigações e sucessões (NANNI, 2001, p. 165).

No sentido da autonomia de vontade ter ficado em segundo plano, em razão dessa nova perspectiva do direito civil constitucional, explica Berti:

Diante dessas modificações, a própria denominação autonomia de vontade perde o seu valor. A expressão utilizada, em substituição, é autonomia privada, com vistas a superar a velha concepção liberal e individualista ligada à ideia de vontade. Verifica-se que a substituição da expressão autonomia da vontade pela autonomia privada baseia-se nessa nova ordem contratual, modificando uma antiga concepção reducionista. Além de assumir uma nova denominação, no momento pós-moderno, em função do fenômeno do Direito Civil Constitucional, [...] o princípio da autonomia privada deixa de ser visto como mero princípio contratual para assumir *status* de direito fundamental, constitucionalmente consagrado, essencial para a regulação da ordem econômica, para a concretização dos direitos fundamentais e, principalmente, para a realização da dignidade da pessoa humana (2014, p. 89-90).

Por conseguinte, se observa a importância e relevância do princípio da autonomia privada para o ordenamento civil, destacando-se que o mesmo deixou de ser apenas um princípio de cunho contratual e pode ser considerado como um direito fundamental, em decorrência dessa nova perspectiva do direito civil constitucional. Tal relevância adquirida pelo princípio da autonomia privada é benéfica aos cidadãos, visto que as suas vontades externas e objetivas, frente aos negócios jurídicos, possuem uma maior garantia.

4.3 A INCLUSÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS COMO HERDEIRO EM CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES: IGUALDADE OU VIOLAÇÃO A SEGURANÇA JURÍDICA E AUTONOMIA PRIVADA?

Conforme já verificado, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do *de cuius* na herança sendo este casado sob o regime da separação convencional de bens. Tal inclusão é frequentemente debatida na doutrina civilista e inclusive encontram-se decisões dos tribunais superiores no sentido de afastar esse cônjuge da concorrência com os descendentes.

Nesse sentido, vejamos decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema:

Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência. - **Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.**-[...] O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: separação legal; separação conv (i) encional.(ii) Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância. - **Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário. -**

Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos. [...] **A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida.** - Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações. - **Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.** - Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens *post mortem*, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria. - Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública. - O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas lícitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens lícitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade. Recurso especial provido. Pedido cautelar incidental julgado prejudicado(BRASIL, 2017j, grifo nosso).

O julgado justifica e fundamenta o afastamento do cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens da concorrência hereditária com os descendentes do *de cuius*, tendo como uma de suas bases o princípio da autonomia privada, atento ao fato de que o direito sucessório não deve desconsiderar a liberdade de autodeterminação que os nubentes possuem em vida ao pactuar o regime de bens, ou seja, a sucessão deve ser entendida como uma continuação das escolhas e dos efeitos patrimoniais perquiridos durante a vida, e não como um fim de toda personalidade do falecido.

Importante também destacar o entendimento do Ministro Moura Ribeiro, em seu voto no Recurso Especial nº 1.472.945 – RJ:

[...] A questão central da lide é a interpretação do art. 1.829, I, do CC, no que se refere ao regime da separação convencional total de bens, visando definir a possibilidade de participação do cônjuge supérstite na sucessão como herdeira necessária em concorrência com a descendente do falecido. Pedi vista dos autos por ousar discordar da interpretação dada à norma em comento pelo Ministro Relator, pois foge à minha compreensão jurídica regime de separação total de bens que não produza efeitos após a morte de um dos cônjuges. Não pode haver efeito jurídico diverso para quem se casa com pacto de separação total de bens, diante dos que se casam em tal regime por força de lei, porque a norma não fez tal distinção. Isso porque não faz sentido possibilitar aos cônjuges a livre escolha do regime de bens, formalizada no pacto antenupcial, para depois negar os efeitos práticos do regime lícitamente escolhido. [...] Cabe esclarecer que o art. 1.829, I, do Código Civil estabelece que a sucessão legítima é deferida aos descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado com o falecido no regime da separação obrigatória de bens. Portanto, a melhor exegese é aquela que entende não ser possível a alteração dos efeitos jurídicos do regime matrimonial *post mortem* na separação convencional de bens, devendo ser mantida a coerência ante a vontade manifestada pelos cônjuges durante a vida em comum. [...] A liberdade, prevista no art. 5º, caput, da CF, é sintetizada na autonomia da vontade no âmbito do Direito privado. O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas lícitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, corrobora a interpretação conjunta dos arts. 1.829, I, e 1.687 do Código Civil. Não há que se confundir regime de bens e direito sucessório, mas há que se interpretar, de forma sistemática, os dispositivos legais que permitam a preservação dos fins da livre manifestação de vontade admitida pela lei. O regime da separação total de bens é obrigatório tanto por força do pacto antenupcial quanto por força de lei e os seus objetivos jurídicos devem preponderar. Interpretação diversa esvaziaria o art. 1.687 do Código Civil e, por consequência, a livre manifestação da vontade no momento crucial da morte de um dos cônjuges. [...] De fato, a interpretação ampliativa do termo "separação obrigatória", constante do art. 1.829, inciso I, do Código Civil de 2002, para abranger não somente as hipóteses elencadas no art. 1.640, parágrafo único, mas também os casos em que os cônjuges estipulam a separação absoluta de seus patrimônios, não esbarra na intenção do legislador quando decide corrigir eventuais injustiças decorrentes da alteração do regime legal, ao mesmo tempo em que respeita o direito de autodeterminação concedido aos cônjuges no atinente a seu patrimônio tanto pela legislação anterior, quanto pela presente. Além disso, se evita a perplexidade retratada no caso em comento, no qual os cônjuges de maneira cristalina e reiterada estipulam a forma de destinação de seus bens e acabam por ter suas determinações feridas, ainda que *post mortem*. [...] Enquanto não houver a alteração legislativa, a melhor solução será interpretar o texto legal de acordo com o sistema jurídico estabelecido na Constituição Federal e no Código Civil. É louvável a posição que vê na Lei Maior proteção ao cônjuge sobrevivente como corolário da dignidade da pessoa humana. No entanto, sob outro prisma, os filhos teriam diminuída sua participação na herança, apesar da livre manifestação da vontade pactuada em vida pelos cônjuges, na maioria das vezes, com a pretensão de melhor proteger o direito sucessório de sua prole. E não se pode esquecer que os filhos também merecem a proteção da lei, visando a preservação da sua dignidade. [...] Feitas tais considerações, a melhor interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil, é a que está em consonância com o disposto no art. 1.687 do mesmo diploma, valorizando a autonomia privada da vontade das partes na escolha do regime de bens, mantendo os seus efeitos jurídicos intactos após a morte. [...] (BRASIL, 2017k).

O Ministro, em seu parecer, fundamenta com propriedade a questão do cônjuge supérstite casado sob o regime da separação convencional de bens não ser considerado herdeiro em concorrência com os descendentes. Primeiramente por ser lícito aos nubentes estipularem tal regime de bens, por meio do pacto antenupcial, e após negar-lhes as consequências práticas do regime escolhido. Tal feito, inclusive, viola o princípio da autonomia privada, visto que é concedida uma livre iniciativa aos consortes em vida e esta é retirada após a morte.

Além disso, não é aceitável condicionar o direito à sucessão ao tempo em que os cônjuges permaneceram casados, visto que esse direito não é uma gratificação ao consorte sobrevivente, mas um direito que lhe é garantido pela Constituição Federal de 1988, respeitando as disposições do regime de bens previamente adotado e o resguardo que cada consorte proporcionar aos seus descendentes após a morte.

Outro ponto de relevante discrepância no tema em análise é a interpretação dada aos artigos 1.687 e 1.829, inciso I, ambos do Código Civil. Visto que a leitura destes dispositivos deve ser feita de forma conjunta, conforme lecionam Reale e Martins-Costa:

[...] se o cônjuge casado no regime de separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança estaríamos ferindo substancialmente o disposto no art. 1.687, sem o qual desapareceria todo o regime de separação de bens, em razão de conflito inadmissível entre esse artigo e o art. 1.829, inc. I, fato que jamais poderia ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática. Veja-se que o Código Civil, ao reger os quatro (4) diferentes regimes de bens, destinou, a cada um deles, um capítulo próprio, de modo que a interpretação deve ser do conjunto do capítulo e não a exegese literal de uma oração intercalada de um texto normativo. Assim sendo, entre uma interpretação que esvazia o art. 1.687¹⁵ no momento crucial da morte de um dos cônjuges e uma outra que interpreta o art. 1.829, inciso I¹⁶ de maneira complementar os dois citados artigos, não se pode deixar de dar preferência à segunda solução, a qual, ademais, atende à interpretação sistemática, essencial à exegese jurídica. [...] Com efeito, a “redação infeliz” acabou por não ensejar que restasse expressa no texto legal a exclusão, no rol dos herdeiros necessários, daqueles casados voluntariamente pelo regime da separação total de bens, deixando de fora tão somente os que casaram com separação total por imposição legal. Porém, é evidente que haveria quebra da unidade sistemática do Código a não-extensão, por analogia (*eademratio*), da solução dada aos casados em separação total de bens por

¹⁵Art. 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 (BRASIL, 2017d).

¹⁶Art. 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; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares (BRASIL, 2017d).;

imposição legal. Mas ainda, haveria quebra da coerência lógica, pois se estaria, concomitantemente, (i) reconhecendo aos nubentes a possibilidade de autodeterminação para escolherem a separação patrimonial e (ii) negando essa mesma possibilidade pela imposição de uma comunicabilidade *post mortem*. **Porque poderiam escolher a incomunicabilidade patrimonial se o patrimônio de um vai coativamente se comunicar com o do outro após a morte? Se é assente que o fenômeno sucessório traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida, como permitir que a projeção contradiga o que foi projetado no momento do casamento?** (2005, p. 224-226 grifo nosso).

Assim observa-se que, conforme lições de Silva e Brito, “é destacada a necessidade de que a interpretação se faça de forma sistemática. Sem dúvida, não é prudente a interpretação isolada de cada dispositivo do Código Civil, contrariando o próprio espírito da codificação” (2011, p. 359).

Reale e Martins-Costa ainda concluem sobre a questão:

Em suma: essas contradições sistemáticas, lógicas e axiológicas poderão ser evitadas se adotada interpretação sistemática e analógica: (i) sistemática para o efeito de alcançar-se a harmonização entre o que permite o Direito de Família (escolha do regime de bens) e o que disciplina o Direito Sucessório (efeitos *post-mortem* do regime escolhido); e (ii) analógica para estender-se, por analogia, por *eademratio*, aos casados pelo regime da separação voluntária, o que foi previsto para os matrimoniados pela separação coativa de patrimônios (2005, p. 226).

Portanto, a solução para tais divergências repousa na interpretação conjunta, sistemática, entre os artigos 1.829, inciso I, e 1.687 do Código Civil, para ser possível essa harmonia entre o direito de família e o direito sucessório, garantindo a segurança jurídica que se faz necessária aos negócios jurídicos, como o pacto antenupcial, e respeitando a autonomia privada que é conferida aos nubentes ao celebrarem o casamento optando pelo regime da separação de bens.

Caberia também uma alteração legislativa, excluindo o termo “obrigatória” do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, igualando, em termos sucessórios, os regimes da separação convencional e obrigatória de bens, com a consequente exclusão do cônjuge casado sob regime da separação convencional da concorrência com os descendentes.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise acerca da inclusão do cônjuge supérstite como herdeiro quando casado no regime da separação convencional de bens, em confronto com os princípios da segurança jurídica e autonomia privada.

Assim, observou-se que a maioria das decisões proferidas pelos tribunais superiores acerca do tema tem-se mostrado favoráveis ao fato de ser herdeiro necessário o cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens, por interpretação literal ao artigo 1.829, inciso I, do Código Civil Brasileiro.

No entanto, deixa-se de analisar o fato de que o Código Civil de 1916 já conferia autonomia aos nubentes no que tange o seu patrimônio, inclusive no regime da separação de bens a incomunicabilidade se perpetuava com o falecimento de um deles, existindo a possibilidade de se excluir o cônjuge supérstite da herança, através do testamento.

Ou seja, a lei anterior respeitava a determinação se um cônjuge renunciasse ao patrimônio do outro, independente do motivo. Diferentemente do que ocorre atualmente, onde se adota uma interpretação literal do artigo 1.829, I, do Código Civil de 2002, sem analisá-lo juntamente com o artigo 1.687 do mesmo diploma legal, o qual não menciona diferença entre separação convencional e obrigatória de bens, concluindo-se pela inclusão do cônjuge supérstite como herdeiro, o que não é aceitável numa legislação onde vigora o princípio da unidade sistemática, onde os artigos devem ser interpretados uns pelos outros, havendo coerência entre eles e não contradição.

Verificou-se no presente estudo que tal inclusão afronta princípios como a autonomia privada, pois o Código Civil está concedendo liberdade de autodeterminação aos nubentes em vida e retirando essa após a morte, descaracterizando, inclusive, a definição jurídica de sucessão, e segurança jurídica, pois os titulares dos bens, antes de ser celebrado o casamento, contavam com a idéia de que eles permaneceriam no âmbito de determinada família e, com a inclusão de seu cônjuge como herdeiro, essas pessoas não poderão mais contar com isso, o que provoca insegurança jurídica.

Portanto, a fim de garantir a segurança jurídica aos nubentes que pactuam o regime da separação de bens e resguardar, também após a morte, a

autonomia que lhes é conferida em vida, se faz necessária uma alteração legislativa retirando o termo “obrigatória” do artigo 1.829, I, do Código Civil, igualando os regimes da separação convencional e separação obrigatória de bens para fins sucessórios.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Lilian Maria Martins de. **Casamento e formação familiar na Roma Antiga**. 2016. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/historiag/casamento-formacao-familiar-na-roma-antiga.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.15, n. 57, p. 69-94, jan./ mar. 2014. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/77297/autonomia_vontade_autonomia_berti.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657**, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 06 out.2017a.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 mai. 2017b.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em: 06 out 2017c.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 10 mai. 2017d.

_____. **Resolução n. 175**, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf> Acesso em: 22 out 2017e.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 set. 2017f.

_____. Superior Tribunal de Justiça - **REsp: 1386220** PB 2013/0161234-3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/09/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/09/2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24165186/recurso-especial-resp-1386220-pb-2013-0161234-3-stj/inteiro-teor-24165187?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08 set. 2017g.

_____. Superior Tribunal de Justiça - **REsp: 954567** PE 2007/0098236-3, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 10/05/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/05/2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19085246/recurso-especial-resp-954567-pe-2007-0098236-3/inteiro-teor-19085247>>. Acesso em: 13 set. 2017h.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de segurança n. 22.357-0** DF. Impetrante: Ivete do Socorro Abreu de Sousa e outros. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: ministro Gilmar Mendes. 05 nov. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85726>> Acesso em: 09 out. 2017i.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 992.749** MS 2007/0229597-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 01/12/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe05/02/2010RSTJ vol. 217 p. 820. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8592148/recurso-especial-resp-992749-ms-2007-0229597-9>> Acesso em: 16 out. 2017j.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.472.945** RJ 2013/0335003-3, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 07/10/2014. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303350033&dt_publicacao=19/11/2014> Acesso em: 17 out. 2017k.

CAHALI, Francisco José. Sucessão dos Colaterais e do Poder Público. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAMBLER, Everaldo Augusto (coord). **Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CARVALHO NETO, Inacio de Carvalho. Introdução ao Direito das Sucessões. In: CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria (coord). **Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.21-30.

CÂNDIDO, João Batista de Oliveira. Do Casamento. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil: família, sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Marcos Vinicius Furtado. **Garantias Constitucionais e Segurança Jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

DANTAS, Santiago. **Direito de Família e das Sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Manual das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

IMHOF, Cristiano. **Código Civil Interpretado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Euclides de. **STF iguala companheiro a cônjuge para fins de herança**. 2017. Disponível em: <<http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=3002>>. Acesso em: 23 out. 2017.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEITE, Heloisa Maria Daltro (coord). **O novo Código Civil do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais** - Apelação Cível 1.0024.04.458058-7/001, Relator(a): Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 31/07/2007, publicação da súmula em 21/08/2007. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.04.458058-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

MOTTA, Carlos Dias. **Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do Direito Civil Obrigacional: a concepção do Direito Civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (coord). **Cadernos de Autonomia Privada**. Curitiba: Juruá, 2001. p.160-174.

OTHARAN, Luiz Felipe. Segurança jurídica: um dos pilares do paradigma liberal. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil (2010)**, São Paulo, SP, v. 12, n. 82, p.221-228, abr. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial. **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro, v. 6, n.24, p. 205-228, out./ dez. 2005.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES, Décio Luiz José. **Família e Sucessões no Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Imperium, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito das Sucessões**. 8. ed. São Paulo: Método, 2015.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; BRITO, Laura Souza Lima e. Sucessão do cônjuge e regime da separação total de bens. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da;

NETO, Theodureto de Almeida Camargo. **Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 340-380.

TARTUCE, Flávio. **Direito das Sucessões**. 8. ed. São Paulo: Método, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil**. No Prelo. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/186.pdf>. Acesso em: 25 maio 2017.

TRIGINELLI, Wânia. Aspectos Gerais dos Regimes de Bens. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 340-370.

VELOSO, Zeno. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013

WALD, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.