

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

LAURA MARIA HYPOLITO PENTAGNA

**O CÔNJUGE CASADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS COMO
HERDEIRO NECESSÁRIO**

JUIZ DE FORA

2012

LAURA MARIA HYPOLITO PENTAGNA

O CÔNJUGE CASADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS COMO
HERDEIRO NECESSÁRIO

Juiz de Fora

2012

O CÔNJUGE CASADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS COMO HERDEIRO NECESSÁRIO

Trabalho de monografia
aprovado como requisito para
obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade Federal
de Juiz de Fora.

Israel Carone Rachid

Daniel Abdalla Curi

Fábio Vargas

Juiz de Fora, 17 de outubro de 2012.

“Se conseguimos ver mais longe hoje, foi por estarmos de pé sobre ombros de gigantes”. (Isaac Newton)

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade demonstrar a qualidade de herdeiro necessário do cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação de bens com o autor da herança, seja este regime convencional ou legal, combatendo assim o julgado de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento do REsp. 992.749 – MS (2007/0229597-9).

PALAVRAS-CHAVE: Sucessão. Direito de Família. Regime de Separação de Bens.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. O REGIME DE BENS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	9
1.1. Conceito e noções gerais.....	9
1.2. O regime de separação de bens.....	12
1.2.1. Regime de separação de bens convencional.....	12
1.2.2. Regime de separação legal de bens.....	13
2. NOÇÕES BREVES ACERCA DO DIREITO DE PROPRIEDADE.....	16
3. SUCESSÃO.....	19
3.1. Conceito.....	19
3.2. Da sucessão legítima.....	20
3.3. Legitimação sucessória.....	22
3.4. O cônjuge e a ordem de vocação hereditária.....	23
4. O julgamento do REsp nº 992.749 – MS, pelo Superior Tribunal de Justiça.....	27
CONCLUSÃO.....	31
BIBLIOGRAFIA.....	32

INTRODUÇÃO

Grande parte do estudo que o presente trabalho se propõe a aprofundar gira em torno do fato de o Código Civil de 2002 ter erigido o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, não fazendo, entretanto, qualquer ressalva quanto ao regime de bens adotado pelo casal, conforme se infere da leitura do art. 1.845: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”. Não obstante, o art. 1.829, I, do referido diploma legal, que trata especificamente da ordem de vocação hereditária, impõe algumas restrições para a concorrência do cônjuge com descendentes do *de cujus* – restrições estas que se referem ao regime de bens adotado pelo casal quando do matrimônio e que se justificam pelo argumento de que aqueles que já são beneficiados com a meação, ou que tiveram o regime de separação de bens imposto pela lei, não concorrerão com os descendentes do falecido.

Apesar de ser clara a redação do já mencionado art.1.829, I, CC/02, tem havido controvérsias na sua aplicação, notadamente pelo Superior Tribunal de Justiça, muito embora este órgão possua como função precípua a uniformização da interpretação e aplicação da lei federal, como bem determina o art.105, III, “a” e “c” da Constituição Federal de 1988. É o que se percebe na análise dos recursos especiais de números 954.567 – PE (2007/0098236-3) e 992.749 – MS (2007/0229597-9).

A doutrina, em sua maioria, segue o entendimento de que, quanto ao regime de separação de bens, apenas o cônjuge casado sob o regime obrigatório (art. 1.641, CC) estaria excluído da concorrência com os descendentes do *de cujus*, eis que o próprio art. 1.829, I, CC, tratou de excepcioná-lo, não fazendo o mesmo quanto ao regime de separação convencional. Indubitável, portanto, que o julgador não deveria estabelecer, ou adotar, interpretação diversa do dispositivo, acarretando tamanha restrição ao direito sucessório do cônjuge sobrevivente casado sob a égide do regime de separação convencional de bens, até porque quem tem a prerrogativa de erigi-lo à condição de herdeiro necessário é a lei e não seu aplicador.

E é justamente esse ponto sensível da matéria que será tratado no presente trabalho, com o objetivo de demonstrar que o direito de concorrência com os descendentes do cônjuge casado pelo regime de separação convencional de bens é legítimo, conquanto o legislador não o tenha colocado no rol das exceções do artigo que trata da vocação hereditária, bem como o art. 1.845, CC, também não tenha feito ressalvas quanto ao regime de bens ora adotado pelo casal para que o cônjuge fosse considerado herdeiro necessário.

Nesse sentido, os estudos terão como ponto de partida o acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Ministro Massami Uyeda, no bojo do Recurso Especial nº 954.567 – PE (2007/0098236-3), prolatado em 18 de maio de 2011, no qual é exarado o entendimento de que, se a dissolução da sociedade conjugal se der pela morte de um dos cônjuges, o regime de bens servirá apenas para regular questões relativas à meação, já que o sobrevivente terá direito ao quinhão na herança do *de cuius* – exceto nos casos de concorrência com descendentes, quando adotados os regimes de comunhão universal e de comunhão parcial, se não houver bens particulares do falecido a serem partilhados, além dos casos em que a própria lei impuser o regime de separação de bens (art. 1.641, CC), quando pode haver ainda a aplicação da súmula 377 do STF, para se evitar o enriquecimento ilícito.

Será com base nesse julgado e em consonância com a doutrina majoritária pátria que se buscará demonstrar o quão equivocada foi a decisão do Resp. nº 992.749 – MS (2007/0229597-9), prolatada pela Ministra Nancy Andrighi, também do STJ, na qual restou consagrada a exclusão do cônjuge casado sob o regime de separação convencional de bens da concorrência com os descendentes do *de cuius*, com o argumento de que tanto este quanto aquele, casados pelo regime de separação obrigatória, não seriam herdeiros necessários, em evidente violação à lei federal (CC, art. 1.845) e, também, em última análise, à Constituição Federal, notadamente seu art. 5º, *caput*. Deste modo, o campo temático dos estudos será o Direito de Família e das Sucessões, buscando-se uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico e estabelecendo-se um diálogo coerente entre as normas civis entre si e entre elas e a Constituição Federal, através de seus princípios hermenêuticos, a fim de uma melhor aplicação do direito, como também sua criação.

1. O REGIME DE BENS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

1.1. Conceito e noções gerais

O casamento, como bem se sabe, gera efeitos na vida dos nubentes, podendo ser tanto de ordem pessoal, quanto patrimonial. No presente estudo serão analisados os efeitos patrimoniais, mormente no tocante ao regime de bens.

Nesse sentido, ao se unirem em matrimônio, os cônjuges passam não só a compartilhar uma vida emocional e afetiva, mas também os aspectos patrimoniais inerentes ao casamento, como a manutenção do lar, o sustento da prole, o dever, ainda que moral, de assistência recíproca, dentre outros que se impõem com o dia a dia.¹

Destarte, para que a convivência do casal lhes seja minimamente estável, harmoniosa, bem como lhes confira um mínimo de dignidade, os consortes precisam estabelecer normas capazes de regular sua vida econômico-financeira. E é neste contexto que surge o regime matrimonial de bens, como forma de regulamentação jurídica dos efeitos patrimoniais do casamento, composto de diversas regras e princípios que vigorarão durante toda sua constância.²

Nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

“(…) é fácil depreender que, não havendo casamento sem projeção (ou, ao menos, com potencialidade de projetar) de efeitos patrimoniais, deve o Código Civil cuidar da regulamentação dessas relações econômicas, de modo a esclarecer a titularidade, a possibilidade de mistura (comunhão), a origem e o destino dos bens do casal. Equivale a dizer: se a convivência familiar promove o entrelaçamento de aspectos afetivos e econômicos (em uma plena comunhão de vida) é indispensável que sejam regulamentados os efeitos patrimoniais em relação aos cônjuges e a terceiros (inclusive eventual prole), de modo a garantir os diversos interesses presentes.”³

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed., 2011, p. 263.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 16ª ed., atualizado por Tânia da Silva Pereira, 2007, vol. V, pp. 187-8.

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*, cit., pp. 264-5.

O estatuto patrimonial do casamento, como também é chamado o regime de bens, tem como função precípua a regência dos bens dos cônjuges, sejam eles presentes (ou pertencentes aos noivos no momento da celebração do casamento) ou futuros, assim entendidos os que vierem a ser adquiridos pelo casal durante a vigência do matrimônio.

No ordenamento brasileiro há a previsão de quatro modalidades de regime de bens, a saber: comunhão universal de bens; comunhão parcial de bens; participação final nos aquestos e separação de bens – princípio da variedade de regimes. O presente estudo restringir-se-á a este último, qual seja, o regime de separação de bens, que poderá ser convencional ou legal, a depender da situação em que se encontrem os nubentes.

Frise-se que o regime de bens tanto pode advir da vontade dos nubentes quanto por imposição legal, em situações predeterminadas pelo legislador – a exemplo do art. 1.641 do CC/02. Assim, os consortes tanto podem escolher um dentre esses quatro tipos de regime de bens, como lhes é conferida ainda a possibilidade de “criar” um regime que mais se adegue à sua realidade, combinando-os ou estipulando cláusulas de sua livre escolha e redação, desde que respeitem certos preceitos de ordem pública, bem como não contrariem a natureza e os fins do casamento⁴, formando dessa maneira regimes intermediários ou mistos – é o que a doutrina pátria caracteriza como o princípio da liberdade de escolha do regime de bens.

Entretanto, segundo o art. 1.640, *caput*, do CC/02, “não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.”. Nesse diapasão, é possível concluir que a regra no nosso ordenamento jurídico, no tocante ao regime de bens, é a comunhão parcial, onde cada nubente conserva o patrimônio anterior ao casamento, sem ocorrer comunicação, mas há o compartilhamento de todos aqueles adquiridos na sua constância.

Ressalte-se, ainda, que o regime de bens, apesar de reger os interesses econômicos de um casamento, “não disciplina determinadas

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, cit., p. 189, onde o jurista cita Lafayette, Ruggiero e Maroi.

relações econômicas oriundas das núpcias, como (...) a sucessão hereditária”⁵. Entendimento este atrelado à idéia de que “a eficácia do regime de bens do matrimônio perdura até que o casamento venha a ser dissolvido pela morte ou pelo divórcio”⁶.

Por fim, podemos concluir que, embora o regime de bens e a sucessão hereditária sejam institutos jurídicos absolutamente diversos, indubitável é que o primeiro repercute no segundo, determinando como será a partilha dos bens do *de cujus*, caso o cônjuge sobrevivente venha a concorrer, especialmente, com os descendentes do mesmo.

O Código Civil trata do instituto dos regimes de bens no Título II (Do direito Patrimonial), no Subtítulo I (Do Regime de Bens entre os Cônjuges), e no artigo 1.639 dispõe:

“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.

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

Deste artigo podemos inferir dois dos os três princípios norteadores do regime de bens: **a)** a liberdade de escolha ou estipulação – evidente no *caput* do artigo; e **b)** a possibilidade de alteração do regime, desde que justificada e “submetida ao crivo judicial”⁷ - explicitado no § 2º do mesmo dispositivo. O terceiro e último princípio é o da variedade de regimes, que pode ser inferido do mesmo Título II (Do Direito Patrimonial), Subtítulo I (Do Regime de Bens entre os Cônjuges) do Código Civil de 2002, que prevê os quatro tipos de regimes bens já apresentados.

Serão analisadas, a seguir, as duas modalidades de regime de separação de bens, o convencional e o obrigatório.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Direito das Famílias*, cit., p. 272.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Direito das Famílias*, cit., p. 295.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Direito das Famílias*, cit., p. 273.

1.2. O regime de separação de bens

1.2.1. Regime de separação de bens convencional

O regime de separação de bens convencional está previsto nos artigos 1.687 e 1.688 do CC/2002, e pode-se dizer que é o mais simples dos regimes.

Isto porque nele cada cônjuge se conserva na total e absoluta propriedade de seus bens, podendo administrá-los como melhor lhes aprouver, não necessitando um de qualquer tipo de outorga do outro para a prática de qualquer ato jurídico que envolva seus bens. Na mesma medida, cada consorte responde individualmente por eventuais dívidas que venha a assumir.

Nas palavras de CAIO MARIO, o regime de separação de bens “caracteriza-se pela distinção dos patrimônios dos cônjuges, que permanecem estanques, na propriedade, posse e administração de cada um”⁸. E complementa MARIA HELENA DINIZ que a responsabilidade pelos “débitos anteriores e posteriores ao matrimônio”⁹ também é exclusiva a cada consorte.

A única obrigação patrimonial imposta a ambos os cônjuges é a contribuição financeira para as despesas do casal, que será feita de forma proporcional aos rendimentos de seus trabalhos e seus bens, salvo estipulação em contrário em pacto antenupcial (art. 1.688 do CC). Nesta mesma linha de raciocínio, CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD concluem que “a única hipótese de comunhão de dívidas no regime separatório convencional diz respeito aos débitos assumidos para a manutenção da família.”¹⁰

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, cit., p. 237, onde o jurista cita Clóvis Beviláqua, Pontes de Miranda, Eduardo Espínola, Washington de Barros Monteiro, Silvio Rodrigues, Ruggiero e Maroi, Trabucchi, Enneccerus, Kipp y Wolf, Planiol et Ripert.

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. 5º Volume. Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 14ª ed., 1999, p. 152, onde a autora se utiliza do conceito de Silvio Rodrigues e Pontes de Miranda.

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Direito das Famílias*, cit., p. 336.

A separação convencional de bens é, sem dúvida, o mais simples dos regimes, justamente por não haver confusão patrimonial entre os cônjuges, por não dependerem eles de qualquer aval ou consentimento um do outro para a prática de atos que envolvam seus patrimônios. Dessa forma, pode mesmo ser visto como o regime que demonstra um maior desinteresse financeiro de um cônjuge pelo outro, evidenciando de forma mais incisiva o real motivo de terem se unido em matrimônio: o afeto verdadeiro e recíproco, a vontade de dividir uma vida a dois, o desejo, enfim, de constituir uma família, no aspecto mais puro que se possa ter.

1.2.2. Regime de separação legal de bens

Também chamado de “separação compulsória”, ou ainda de “separação obrigatória”, o regime de separação legal de bens vem disposto no artigo 1.641 do Código Civil, surgindo mesmo como uma exceção ao princípio da liberdade de escolha do regime de bens, uma vez que o Estado impõe aos nubentes esse tipo de regime nas seguintes situações: **a)** nos casamentos celebrados com inobservância das causas suspensivas previstas no art. 1.523 do CC; **b)** nos casamentos em que ambos ou apenas um dos nubentes tenha idade igual ou superior a setenta anos; e **c)** nos casamentos daqueles que dependerem de autorização judicial para se unirem em matrimônio (suprimento de idade ou de consentimento).

Nítido o caráter protecionista e intervencionista do Estado estampado nesse artigo. É esse também o entendimento dos juristas CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD, *in verbis*:

“São hipóteses verdadeiramente sancionatórias, em que o legislador impõe restrições à disponibilidade patrimonial de determinadas pessoas que resolvem casar. (...) A regra é clara: pretende-se impedir a mistura patrimonial em determinadas núpcias, com o escopo de preservar os interesses individuais de cada cônjuge, em face de um suposto interesse público, cogente.”¹¹

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Direito das Famílias*, cit., p. 276.

Importante salientar que nem mesmo direitos sucessórios persistem ao cônjuge sobrevivente casado por esse regime se vier a concorrer com os ascendentes do *de cuius*, haja vista previsão expressa no art. 1.829, I, do CC.

Entretanto, com o fim de abrandar o rigor excessivo do regime de separação obrigatória de bens, mas também de impedir a legitimação do enriquecimento sem causa, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 377, com a seguinte redação: “*no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento*”.

Observe-se que os bens passíveis de serem divididos pelos cônjuges, no caso da Súmula 377 do STF, são apenas aqueles que forem adquiridos onerosamente (aquestos), não se comunicando os bens adquiridos gratuitamente ou com o produto de alienação de bens anteriores ao casamento.

Outro ponto relevante quanto à aplicação da mencionada súmula é que o esforço comum é presumido, ou seja, não há necessidade de se provar que o consorte tenha contribuído financeiramente para a formação dos aquestos, bastando apenas a convivência afetuosa do casal, sua relação de solidariedade familiar – entendimento este consolidado no Superior Tribunal de Justiça, como se pode ver no julgamento do REsp. 154.896/RJ de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves (STJ, Ac.4ªT., REsp.154.896/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.20.11.03, DJU1.12.03), como também no do REsp. 736.627/PR, *in verbis*:

“As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros.”

Conclui-se daí que o regime de separação obrigatória não gera a separação absoluta dos bens, uma vez que, havendo aquestos, estes serão repartidos entre os cônjuges. E, não sendo a separação absoluta, não há que

se falar na desnecessidade da outorga uxória ou marital prevista pelo art. 1.647 do Código Civil, que será aplicável somente aos casos de regime de separação de bens convencional.

2. NOÇÕES BREVES ACERCA DO DIREITO DE PROPRIEDADE

A Constituição da República assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, segurança e propriedade. Vemos, portanto, que o direito de propriedade foi incluído entre os direitos fundamentais, sendo cláusula pétrea. Não bastasse isso, ainda no artigo 5º, em seu inciso XXII, a Constituição assegura especificamente o direito de propriedade e, no inciso LIV, diz que ninguém será privado da sua liberdade ou dos seus bens, sem o devido processo legal.

Os apontados incisos do artigo 5º trazem a propriedade como um direito. Mas existem também restrições a esse direito de propriedade, de forma que o proprietário do bem não pode dar à sua propriedade a finalidade que quiser. A principal restrição é que a propriedade deverá atender a sua função social (artigo 5º, XXIII, CF). A função social da propriedade é exemplo de dever fundamental. Não há apenas direitos fundamentais, mas, também, deveres fundamentais, dos quais o dever de dar à propriedade uma função social é exemplo.

A partir dessa premissa constitucional, o direito de propriedade é preenchido a partir dos atributos que constam no Código Civil de 2002, notadamente em seu artigo 1.228, segundo o qual: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Quanto às características, a propriedade, como direito real por excelência, se apresenta como direito absoluto, exclusivo, perpétuo, elástico, complexo e fundamental¹².

Dentre tais qualidades, no que é pertinente ao tema do presente trabalho, está a Exclusividade e a Perpetuidade do direito em análise.

A primeira traduz que determinada coisa não pode pertencer a mais de uma pessoa, salvo nos casos de condomínio e copropriedade, a depender esta do regime estabelecido pela sociedade conjugal. Já a segunda preleciona que a propriedade se mantém independente do seu exercício, enquanto não

¹² TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, 2ª ed., pp. 838-839.

houver causa modificativa ou extintiva, sejam elas provenientes da lei ou convenção. Daí a noção de sucessão de bens.

Bem por isso, o Direito de Propriedade é um dos fundamentos do Direito das Sucessões, como uma necessidade de alinhamento do primeiro com o Direito de Família. É que o propósito da transmissão *causa mortis*, além da perpetuidade patrimonial, é também a “proteção, coesão e de perpetuidade da família”¹³.

Tem-se que o Direito de Propriedade tem estreita relação com o direito de herança, como garantia constitucional disposta no art. 5º XXX, da Constituição Federal, concretizando um vínculo indissociável entre os Direitos Reais, Sucessórios e o Direito Constitucional.

Assim, em linhas grandes, o Direito da Propriedade engloba, a um só tempo, vários Princípios Civis Constitucionais.

De um lado presta a personificar o Princípio da Autonomia Privada, segundo o qual o homem pode exercer seu direito real de propriedade nos limites impostos na lei. Por outro, o Princípio Sucessório, o qual há transmissibilidade da generalidade de bens patrimoniais, já que nosso sistema jurídico abarca a noção de quota indisponível, ou seja, legítima. Outro ponto a se destacar é o Direito de Propriedade como instrumento fundamental à manutenção familiar e solidariedade social, já que a função social desempenha papel deveras importante na manutenção do lar.

Diante disso, o legislador, ao estabelecer o cônjuge como herdeiro necessário, não objetivou puramente a simples manutenção dos bens na família, mas também teve como objetivo privilegiar o amparo e a garantia financeira da família.

Como o Código Civil prevê como extinção da sociedade conjugal a morte de um dos cônjuges, não seria razoável, por certo, não o considerar herdeiro necessário, caso contrário, ficaria a mercê de sua própria sorte.

Logo, tal qual se disse que a propriedade deveria promover sua função social, no Direito Sucessório esta função é desempenhada na valorização da dignidade da pessoa humana, notadamente na garantia de

¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed., 2007, p.5.

recursos financeiros ao cônjuge herdeiro, conforme art. 1º, III, e o art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988.

Assim, a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário é uma das grandes novidades do sistema sucessório atual, o que prestigia, sem qualquer dúvida, a perpetuidade e a exclusividade do Direito de Propriedade, visto que o herdeiro necessário a quem o testador deixar a sua parte disponível, ou algum legado, não perde o direito à legítima¹⁴.

¹⁴ Art. 1.849, do NCC.

3. SUCESSÃO

3.1. Conceito e fundamento

Segundo CARLOS ROBERTO GONÇALVES, “a palavra ‘sucessão’, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar da outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens. (...) No direito das sucessões, entretanto, o vocábulo é empregado em sentido estrito, para designar tão somente a decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*. O referido ramo do direito disciplina a transmissão do patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do *de cujus* ou autor da herança a seus sucessores”¹⁵.

Quanto ao fundamento do direito das sucessões, adotaremos o posicionamento de ORLANDO GOMES, citado por CARLOS ROBERTO GONÇALVES, que preceitua que a sucessão *causa mortis* encontra sua justificação “nos mesmos princípios que explicam e justificam o direito de propriedade individual, do qual é a expressão mais enérgica e a extrema, direta e lógica consequência. Esse seu fundamento racional”¹⁶.

No mesmo sentido, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO aduz que “o verdadeiro ponto de vista é aquele que, sem perder a visão de seu aspecto econômico, descortina no direito das sucessões natural complemento do direito de propriedade, projetando-se além da morte do autor da herança conjugado ou não com o direito de família”¹⁷.

Dispõe o art. 1.784:

“Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Da leitura do dispositivo supra torna-se fácil concluir que “a sucessão considera-se aberta no instante mesmo ou no instante presumido da

¹⁵ GOLÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Volume 7. Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2ª tiragem, 2011, pp.19 -20.

¹⁶ GOLÇALVES, Carlos Roberto, cf. *Direito das Sucessões*, cit., p.26.

¹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 32ª ed., 1998, p.7.

morte de alguém, fazendo nascer o direito hereditário e operando a substituição do falecido por seus sucessores a título universal nas relações jurídicas em que aquele figurava. Não se confundem, todavia. A morte é antecedente lógico, é pressuposto e causa. A transmissão é consequente, é efeito da morte. Por força de ficção legal, coincidem em termos cronológicos, presumindo a lei que o próprio *de cujus* investiu seus herdeiros no domínio e na posse indireta de seu patrimônio, porque este não pode restar acéfalo. Esta é a fórmula do que se convencionou denominar *droit de saisine*”¹⁸ – princípio este segundo o qual a lei considera que no momento da morte o autor da herança transmite seu patrimônio, integralmente, a seus herdeiros.

Conforme preceitua MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA, de acordo com o artigo em tela, “a herança transmite-se aos herdeiros legítimos e testamentários, o que é dizer que ela se transmite por meio do condomínio a todos aqueles que foram contemplados com a atribuição de uma quota parte ideal instituída pelo autor da herança por meio de testamento (herdeiro testamentário), ou aqueles que receberão a quota parte ideal determinada por lei (herdeiro legítimo)”¹⁹.

3.2. Da sucessão legítima

Há duas formas de sucessão previstas no ordenamento jurídico pátrio (artigo 1.786, CC): a testamentária e a legítima.

A primeira, como o próprio nome evidencia, é feita através de testamento, que é a disposição de última vontade do falecido. Já a sucessão legítima é aquela proveniente de disposição legal.

¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida no novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/4093>>. 2012. >.

¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida no novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/4093>>.

Observa WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO que “se não há testamento, se o falecido não deixa qualquer ato de última vontade, a sucessão é legítima ou *ab intestato*, deferido todo o patrimônio do *de cuius* às pessoas expressamente indicadas pela lei, de acordo com a ordem de vocação hereditária”²⁰. Nesse sentido é o artigo 1.788 do Código Civil:

“**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.”

Assim, embora a sucessão legítima pareça estar em segundo plano, sendo subsidiária da testamentária, verdade é que ocupa um lugar de maior proeminência no Brasil, haja vista não ser tão disseminada aqui a ideia de se fazer testamentos, sendo, portanto, a forma mais comum de sucessão. A sucessão legítima é o objeto do presente estudo.

Leciona CARLOS ROBERTO GONÇALVES que “na classificação dos herdeiros legítimos, distinguem-se os *necessários*, também denominados *legitimários* ou *reservatários*, dos *facultativos*. Herdeiro *necessário* é o parente e o cônjuge com direito a uma quota-parte da herança, da qual não pode ser privado. No atual Código Civil ostentam tal título os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. A parte que lhes é reservada pela lei e que constitui a metade dos bens do falecido chama-se *legítima*. A existência de tais herdeiros impede a disposição, por ato de última vontade, dos bens constitutivos da legítima”²¹ (grifos do próprio autor).

Princípio fundamental da sucessão é aquele estampado no artigo 1.787 do Código Civil, segundo o qual é no momento do falecimento do *de cuius* que se averiguam os legitimados a suceder, uma vez que é neste instante que o patrimônio se transmite, automaticamente, segundo o princípio da *saisine*, aos herdeiros legítimos e testamentários.

²⁰ MONTEIRO, Washington de Barros, cf. *Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões*, p. 9.

²¹ GOLÇALVES, Carlos Roberto, cf. *Direito das Sucessões*, cit., p. 156.

3.3. Legitimação sucessória

Assevera MARIA HELENA DINIZ que “a base do direito sucessório é a transmissão imediata da herança do *de cuius* aos herdeiros legítimos e testamentários, desde que tenham capacidade ou legitimação sucessória, ou seja, desde que possam ser invocados para habilitar-se a suceder, por possuírem título jurídico para fazer *jus* à sucessão. Não basta ser herdeiro, há que ser capaz de suceder e não ser excluído da sucessão”²².

Desta feita, segundo CARLOS ROBERTO GONÇALVES, “a *legitimidade passiva* é a regra e a ilegitimidade, a exceção. No direito sucessório vigora o princípio de que todas as pessoas têm legitimação para suceder, exceto aquelas afastadas pela lei. (...) Tanto as pessoas naturais como as jurídicas, de direito público ou privado, podem ser beneficiadas. Só as pessoas *vivas* ou *já concebidas* ao tempo da abertura da sucessão podem ser herdeiras ou legatárias”²³.

Daí se extrai o segundo princípio que rege a legitimação sucessória, de que, regra geral, a condição para que o herdeiro participe da sucessão é que ele exista (pessoas nascidas ou já concebidas) ao tempo da morte do *de cuius* – é o chamado princípio da coexistência.

Assim, para verificar a capacidade sucessória, cumpre observar a ocorrência dos seguintes requisitos²⁴:

1) Morte do *de cuius*, pois nesse momento é que ocorre a transmissão da propriedade e posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários.

²² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2002, v.6, 16ª ed. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002), p. 41.

²³ GOLÇALVES, Carlos Roberto, cf. *Direito das Sucessões*, cit., pp. 68-69.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2002, v.6, 16ª ed. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002), p. 43-45.

2) Sobrevivência do sucessor, ao tempo do falecimento do autor da herança. O herdeiro deve estar vivo, ou concebido, para que possa ocorrer a transferência da herança. Se o herdeiro estiver morto, o acervo hereditário é transmitido aos outros da mesma classe ou da classe imediata, se ele for o único.

3) O herdeiro deverá pertencer à espécie humana, pois só o homem e as pessoas jurídicas, por causa dos homens, podem adquirir causa *mortis*. Coisas inanimadas e animais não têm capacidade sucessória, porque não podem ser sujeitos de direitos e obrigações.

4) Título ou fundamento jurídico do direito do herdeiro, pois, para herdar, deve-se atender à convocação da lei ou do testador (art. 1.786, CC).

Há que se observar, ainda, quanto à capacidade sucessória, as hipóteses de exclusão do herdeiro por indignidade, cujas causas estão elencadas nos artigos 1.814 a 1.818 do Código Civil, bem como os casos de deserdação (arts. 1.814, 1.962 e 1.963, CC).

Quanto à legitimação do cônjuge sobrevivente, objeto do presente estudo, temos ainda que analisar o disposto no artigo 1.830 da codificação civilista, responsável pela regulação da matéria, *in verbis*:

“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.”

Ou seja, em se tratando de sucessão de cônjuge supérstite, para que ele efetivamente participe da divisão da herança, será preciso que se avalie tanto os requisitos gerais de capacidade, comuns a todos os tipos de herdeiros, bem como os específicos à sua condição de cônjuge, trazidos á baila pelo artigo supracitado.

3.4. O cônjuge e a ordem de vocação hereditária

Sendo a sucessão legítima, ou seja, deferida por determinação legal, há que se respeitar uma ordem estabelecida pelo legislador para o recebimento

da herança – é a chamada *ordem de vocação hereditária*, prevista pelo artigo 1.829 do Código Civil, senão vejamos:

“**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.”

Da leitura do artigo em comento podemos perceber que o chamamento dos herdeiros é feito segundo uma ordem de preferência, distribuindo-os em classes, levando-se em consideração não apenas o elo sanguíneo, mas, também, os laços de afetividade, a vida compartilhada com a família, o dever de assistência aos hipossuficientes.

Outra fácil conclusão que se pode extrair do artigo supra é que houve imprecisão legislativa, haja vista ter mencionado a separação obrigatória de bens no *caput*, mas ao fazer menção ao artigo referente a este regime, o fez equivocadamente, uma vez que o correto seria o art. 1.641, que traz as hipóteses em que o casamento deve ser celebrado, obrigatoriamente, pelo regime de separação de bens, e não o parágrafo único do artigo 1.640, que versa sobre o princípio da liberdade de escolha do regime de bens, já mencionado anteriormente.

Com o objetivo de corrigir tal incoerência, foi apresentado ao Congresso Nacional, pelo Deputado Ricardo Fiúza, o Projeto de Lei nº 6.960/2002, atual Projeto de Lei nº 276/2007, que atualmente se encontra arquivado na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

Feitas essas considerações, passaremos à análise da posição ocupada pelo cônjuge na ordem de vocação hereditária, lembrando que uma classe só será chamada a herdar caso falem herdeiros da classe antecedente (CC, arts. 1.833; 1.836, §1º; e 1.840).

Ressalte-se ainda, por importante, que o artigo 1.845 do Código Civil erigiu o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, colocando-o em pé de igualdade com os ascendentes e os descendentes do falecido, não impondo, contudo, qualquer condição ou restrição para que ele fosse assim considerado. Conforme se pode inferir de sua leitura:

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

O inciso I do artigo 1.829 nos apresenta a primeira classe de herdeiros, que é composta pelos descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo nos casos em que este já houver sido beneficiado pela meação (hipóteses do regime de comunhão universal e do regime de comunhão parcial, quando não existirem bens particulares) e, ainda, nos casos de regime legal de separação de bens (art. 1.641, CC).

Vale lembrar, neste último caso, da separação obrigatória de bens, a aplicação da Súmula 377 do STF, quando houver bens na herança cuja aquisição tenha se dado mediante esforço comum do casal. Com vistas a se evitar o enriquecimento sem causa, deve o cônjuge supérstite receber a metade desses bens. Não se trata, contudo de burla à legislação pátria, como muitos apontam, mas apenas de correção de uma injustiça com aquele que, de certa forma, tenha ajudado na formação do patrimônio que será partilhado.

Já quando o regime de bens que regia o matrimônio do casal, antes da morte de um dos cônjuges, fosse o da separação convencional de bens, também não há que se falar em exclusão do cônjuge sobrevivente da concorrência com os descendentes do *de cuius*. É que nem mesmo o legislador estabeleceu tamanha restrição; ao contrário, foi extremamente claro ao restringir tal concorrência apenas àqueles a que foram impostos a separação de bens.

É este também o entendimento de CARLOS ROBERTO GONÇALVES²⁵, fazendo alusão à GISELDA HIRONAKA, *in verbis*:

²⁵ GOLÇALVES, Carlos Roberto, cf. *Direito das Sucessões*, cit., p

“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. (...)

“Alguns chegaram a afirmar que o legislador teria invadido a autonomia privada e abalado com um dos pilares do regime de separação, por permitir a comunicação *post mortem* do patrimônio. (...)

“Trata-se, em realidade, de direito sucessório, e não propriamente de comunicação de patrimônio. Com a morte extinguiu-se o regime, subsistindo, todavia, o direito do cônjuge a uma parte da herança.”

O inciso II versa sobre a sucessão pelos ascendentes do falecido em concorrência com o cônjuge supérstite – são os chamados herdeiros de segunda classe. Note-se que neste inciso o legislador não condicionou a concorrência do cônjuge ao regime adotado por ele e o falecido ao tempo do casamento. Assim, indiferente se foram casados, *v.g.*, pelo regime da comunhão universal ou da separação obrigatória – o cônjuge será beneficiado em todas as hipóteses. Assim, seu quinhão será de um terço caso concorra com os ascendentes de primeiro grau do *de cujus* (pai e mãe), entretanto, caso venha a concorrer com um só ascendente, ou se maior for aquele grau (avós, bisavós, etc.), caber-lhe-á a metade do acervo hereditário (art.1.837)²⁶.

Por fim, aparece o cônjuge sobrevivente, isoladamente, na terceira classe dos herdeiros no inciso III do art. 1.829 do Código Civil. Também nesta hipótese é irrelevante o estatuto patrimonial por qual tenha sido celebrado o casamento com o falecido: não havendo descendentes nem ascendentes para a sucessão, toda a herança caberá ao cônjuge supérstite.

²⁶ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente: de acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2004, p. 163.

4. O JULGAMENTO DO RESP Nº 992.749 – MS , PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A análise do tema proposto, qual seja, a condição de herdeiro necessário do cônjuge supérstite ainda que casado pelo regime da separação de bens, nos leva a afirmar que há imprecisão legislativa na redação do art. 1829, I, CC, tendo em vista que o legislador, ao se referir ao regime obrigatório de separação de bens, faz remissão equivocada ao art. 1640, parágrafo único, CC, quando, na verdade, deveria fazer menção ao artigo 1641 do novel Código.

Entretanto, embora o legislador não exija qualquer condição relativa ao regime de bens escolhido pelo casal no momento de celebração do matrimônio para que o cônjuge seja considerado como herdeiro necessário, a Ministra Relatora Nancy Andrichi, em sede de Resp. nº 992.749 – MS (2007/0229597-9), entendeu que adotado o regime de separação de bens, ainda que convencionalmente, fica o cônjuge sobrevivente excluído do rol dos herdeiros necessários, em flagrante interpretação *contra legem*, importando em grave restrição a direito.

A Ministra chega esse veredicto adotando o posicionamento do ilustre jurista MIGUEL REALE, segundo o qual independente se legal ou convencional, adotado o regime de separação de bens, esta será sempre obrigatória, não havendo que se falar em direito hereditário do cônjuge sobrevivente casado em ambos os regimes de separação de bens.

Esse não é, *data maxima venia*, o melhor direcionamento a respeito da matéria, em consonância com o pensamento de INACIO DE CARVALHO NETO, *in verbis*:

“Mas, com a devida vênua, não assiste razão ao insigne mestre. Não é possível aceitar a expressão ‘separação obrigatória’ com um sentido amplo, pois justamente o termo ‘obrigatória’ tem o fim de limitar a uma das espécies de regime de separação, contrapondo-se à separação convencional, que é a outra espécie. Assim, se a lei expressamente se referiu à separação obrigatória, naturalmente quis restringir a esta espécie de separação,

não abrangendo a outra (convencional). Pode até ser que não fosse esta a *mens legislatoris* (de que o autor está mais do que autorizado a falar), mas é certamente a *mens legis* que deve prevalecer.”²⁷

O artigo 1845 do Código Civil de 2002 elenca quais os indivíduos considerados como herdeiros necessários para fins de sucessão, e, dentre eles, se encontra o cônjuge. Ocorre que, embora o artigo retro não faça qualquer menção ao regime de bens erigido pelo casal, o artigo 1.829, CC, que trata da vocação hereditária, traz em seus incisos a ordem de preferência para a entrega da herança e, em seu inciso I, faz algumas ponderações a respeito da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do *de cujus*, estabelecendo restrições com base no regime de bens do casal. Todavia, o mesmo não se observa quanto aos ascendentes, tratados pelo inciso II do mesmo artigo, enquanto que o inciso III entabula o cônjuge como terceiro na ordem de preferência para a sucessão legítima.

Neste sentido, o julgado combatido, ao afirmar que não remanesce para o cônjuge casado mediante separação de bens direito à concorrência sucessória, devendo-se respeitar o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte, confere à lei civil interpretação demasiada restritiva e indevida, eis que o regime de bens rege a VIDA conjugal, que se extingue, por conseguinte, com a morte de um dos cônjuges. É evidente que há casos em que o regime adotado repercutirá na sucessão do cônjuge, casos estes devidamente especificados pela própria lei – como é o caso, *verbi gratia*, da comunhão universal.

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²⁸, “o regime de bens do casamento (...) corresponde a um verdadeiro *estatuto patrimonial do casamento*, como forma de estabilizar, tranquilizar, as relações internas existentes entre os esposos, bem como as relações exteriores, travadas entre eles e terceiros”, regulamentando as questões econômicas do

²⁷ NETO, Inacio de Carvalho. *Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro*. Coleção Prof. Rubens Limongi França; v.1. Coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 130, nota de rodapé nº 21.

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Direito das Famílias*, cit., p. 266.

casal desde a celebração do matrimônio até sua dissolução, em vida ou por morte.

Como bem observou o Min. Rel. Massami Uyeda no julgamento do REsp. 954.567 – PE (2007/0098236-3), “com a dissolução da sociedade conjugal operada pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente terá direito, além do seu quinhão na herança do *de cuius*, conforme for o caso, à sua meação, agora sim regulado pelo regime de bens adotado no casamento”.

Assim, o regime de separação de bens tem como característica principal a permanência de cada cônjuge na PROPRIEDADE, administração e disponibilidade de seus bens durante a vida conjugal, permitindo ao casal uma maior autonomia econômica durante a vida conjugal.

Como já foi dito, e bem se sabe, uma das formas de extinção do vínculo matrimonial é através da morte de um dos cônjuges (art.1571, I, CC). Da mesma forma, com a morte, extingue-se a propriedade que, através da sucessão, passará para a titularidade dos herdeiros (legais e/ou testamentários, conforme for o caso) do *de cuius*. Assim, se o objetivo e a característica *mor* do regime de separação de bens é a permanência exclusiva dos cônjuges na propriedade de seus bens, não há como falar que o mesmo continuará a vigorar após o falecimento de um dos esposos, eis que se trona inviável, uma vez que, além do vínculo matrimonial já restar extinto, também a propriedade que foi objeto do regime também não é mais do morto, mas agora de seus herdeiros, e, dentre eles, o cônjuge.

Ademais, como bem aduz CARLOS ROBERTO GOLÇALVES, fazendo alusão a EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, “o homem desaparece, mas os bens continuam; porque grande parte das relações humanas transmigra para a vida dos que sobrevivem, dando continuidade, via relação sucessória, no direito dos herdeiros, em infinita e contínua manutenção da imagem e da atuação do morto, em vida, para depois da morte”²⁹.

Quanto à propriedade, embora seja individual (especialmente no caso de adoção do regime da separação de bens), “é como que assegurada aos membros do grupo familiar, não porque a todos pertença em comum, mas em razão do princípio da solidariedade, que fundamenta deveres de

²⁹ GOLÇALVES, Carlos Roberto, cf. *Direito das Sucessões*, cit., p. 21.

assistência do pai aos filhos, e por extensão a outros membros da família”³⁰. Assim, nada mais justo que, com a extinção da propriedade pela morte, os bens do *de cujus* sejam transferidos para seus herdeiros, em especial aos necessários, como forma de continuar a garantir sua subsistência, bem como seu patrimônio mínimo.

Neste diapasão, em sendo o cônjuge herdeiro necessário que é, independente do regime de separação de bens, havendo o falecimento de um dos cônjuges, o sobrevivente terá direito, sim, a concorrer com os descendentes em primeiro lugar e com os ascendentes, em segundo, só vindo a receber a totalidade da herança caso não haja nem um nem outro, hipótese em que não há restrição de qualquer natureza quanto ao regime de bens adotado pelo casal ou imposto pela lei.

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva, cf. *Instituições de direito civil*, cit., v. VI, p. 6-7.

CONCLUSÃO

O Direito, como ciência humana que é, sempre nos apresenta diversas possibilidades de interpretação de uma norma ou princípio, haja vista que as leis são abstratas e, quando aplicadas ao caso concreto, nem sempre se adequarão perfeitamente, gerando, por vezes, dúvidas, impasses e contradições.

Desta feita, cabe ao operador do Direito a árdua tarefa de buscar a melhor interpretação, o melhor sentido e a melhor aplicação dessa lei. Cabe a ele, ainda, reconhecer e detectar quando o legislador não anda bem, quando comete equívocos ou imprecisões. Tudo isso porque sua função precípua é a criação, realização e concretização de um Direito mais justo – justiça essa que só terá sua aceção plena se conseguir com que os casos *sub judice* sejam dirimidos de uma forma célere, honesta, comprometida com a verdade, com o Estado Democrático de Direito, mas também, e sobretudo, com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana³¹ e da isonomia³². Afinal, constitui mesmo um dos objetivos fundamentais não só do Direito em si, mas da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação³³.

Isto posto, e adentrando no mérito do tema erigido, podemos concluir que a melhor interpretação da lei civil é aquela que reconhece o direito de suceder do cônjuge supérstite casado pelo regime de separação de bens (convencional ou legal) em concorrência, especialmente, com os descendentes do *de cuius*.

Primeiro porque o direito de herança do cônjuge, além de constitucionalmente previsto, está ratificado pelo art. 1.845 do novo Código Civil ao elencá-lo como herdeiro necessário, não fazendo, contudo, qualquer ressalva quanto a isso, ainda menos condicionando a assunção dessa

³¹ Art. 1º, III, CF/88.

³² Art. 5º, *caput*, CF/88.

³³ Art. 3º, IV, CF/88.

característica a qualquer outro fato senão o matrimônio contemporâneo com a morte do *de cuius*.

Não obstante, o mesmo legislador ainda o elencou como integrante da primeira, segunda e terceira classes sucessórias (art. 1829, CC), só excluindo-o do recebimento do quinhão hereditário nos casos de meação e se casado com imposição do regime matrimonial de separação de bens – hipótese em que não se pode olvidar da aplicação da Súmula 377 do STF. Ou seja, não se cogitou, em nenhum momento, da não participação na sucessão legítima, em concorrência com os descendentes, do cônjuge casado pela égide do regime de separação de bens convencional.

Impende observar que regime de bens e sucessão são dois ramos absolutamente diferentes do direito civil, embora, por muitas vezes, eles se cruzem e se complementem. Destarte, o regime de bens rege a vida do casal, sua convivência, suas relações familiares e com terceiros. Enquanto que o direito das sucessões é o responsável pela distribuição do patrimônio do morto a seus herdeiros e, dentre os quais, o cônjuge.

A propriedade também é um ponto sensível deste trabalho, eis que uma das suas fontes de extinção é através da morte, momento este que também tem fim a vigência do regime de bens, haja vista também se extinguir a vida conjugal. Ora, extinguindo a propriedade do falecido sobre seus bens, pelo princípio da *saisine*, por ficção jurídica, estes passam imediatamente para a propriedade de seus herdeiros, e, dentre eles, o cônjuge,

Outrossim, há que se considerar o dever de sustento e manutenção da família por parte do casal. Dessa forma, levando-se em conta ainda a boa fé dos cônjuges na formação da família, é de se supor que quando da morte de um deles, o falecido não gostaria de deixar o seu cônjuge absolutamente desprevenido financeiramente, lançando-lhe nessa nova vida sem qualquer amparo, ainda mais se há descendentes aptos a herdar.

Destarte, com a morte de um dos cônjuges, o outro fará *jus* à herança independente se casado pelo regime da separação de bens convencional ou legal, vindo a concorrer em primeiro lugar com os descendentes e em segundo com os ascendentes, só recebendo todo o acervo hereditário caso não haja nem um (descendentes), nem outro (ascendentes).

BIBLIOGRAFIA

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente: de acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. 5º Volume. Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 14ª ed., 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. 6º Volume. Direito das Sucessões.** São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 1991.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões.** São Paulo: Saraiva, 2002, v.6, 16ª ed. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002).

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 7. Direito das Sucessões.** São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2ª tiragem, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito das Sucessões.** Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed., 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida no novo Código Civil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4093>>.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 32ª ed., 1998.

NETO, Inacio de Carvalho. **Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro**. Coleção Prof. Rubens Limongi França; v.1. Coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Editora Método, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 15ª ed. Atualização de Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forence, 2005. vol. VI; e 19ª ed., 2002, vol. I.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, 16ª ed., atualizado por Tânia da Silva Pereira, Rio de Janeiro: Forence, 2007, vol. V.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forence, 2012, 2ª ed..