

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC- SP**

CLAUDIA YE HO KIM CAHALE

A SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2007**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC –SP**

CLAUDIA YE HO KIM CAHALE

A SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2007**

CLAUDIA YE HO KIM CAHALE

A SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais, sob orientação do Professor Doutor Francisco José Cahali.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO - 2007**

BANCA EXAMINADORA

“A coragem surge na medida em que reconhecemos o quanto algo é realmente importante para tornar nossa vida mais significativa. Pois quando temos a meta de nos desenvolvermos interiormente, passamos a confiar que nosso potencial de realizá-la é maior do que as interferências que estão à nossa frente”.

(Lama Michel Rinpoche, do livro Coragem para seguir em frente)

Dedico este trabalho a meus pais, exemplos de todos os adjetivos. A *Edgard Cahale*, meu marido, pelo amor, carinho, apoio e compreensão. Aos meus alunos pelo incentivo e torcida.

AGRADECIMENTOS

Ao professor *Francisco José Cahali*, meu mestre e orientador, os sinceros agradecimentos, pessoa generosa que se preocupa em doar um pouco de si, ensinando e compartilhando os seus conhecimentos, inclusive disponibilizando inteiramente seu acervo pessoal, ajuda *sine qua non* a este trabalho.

À minha *mãe*, fonte de amor, carinho, dedicação e bondade, exemplo nobre a ser seguido.

Ao meu *pai*, pela coragem, dedicação e respeito ao próximo.

Ao meu *marido*, companheiro amoroso, incansável incentivador, agradeço o respeito ao meu trabalho e por tudo que compartilhamos juntos.

A Valéria, Ricardo e José Antônio, amigos nossos de quase uma vida e por tantas outras razões que não se consegue explicar.

Amigos e colegas do trabalho da Universidade Bandeirantes de São Paulo, em especial à Dra. *Ariane Azevedo Leonardi*, pela amizade e compreensão; ao Dr. *Flávio Politte Balieiro*, amigo e companheiro de tantas idéias e ajuda inestimável nas pesquisas; à Professora *Iara Rodrigues*, pela correção gramatical do texto; aos estagiários *Oswaldo Domingues de Souza e Luiza Luna da Costa*; à aluna *Janaina Rodrigues* e a todos os alunos do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Bandeirantes de São Paulo.

E a *Deus*, origem de tudo.

CLAUDIA YE HO KIM CAHALE

A SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar o direito sucessório do cônjuge sob a égide do Código Civil de 2002, sua nova posição na ordem de vocação hereditária; para tanto, fizemos uma digressão histórica, iniciando pelo direito romano antigo, passando à evolução histórica brasileira no direito de família e sucessões, até a recente codificação pela Lei 10.407/2002.

Para melhor introduzir o tema, fizemos uma abordagem sobre o direito sucessório em geral, tratando da sucessão legítima, legitimidade sucessória que implica a todos os herdeiros, e os requisitos legais específicos exigidos para que o cônjuge supérstite tenha reconhecido o seu direito sucessório, inclusive com referência ao direito intertemporal.

Na sucessão do cônjuge discorremos sobre a influência do regime matrimonial de bens na ordem de vocação hereditária; na concorrência com os descendentes e independente do regime quando concorrer com os ascendentes, permanecendo herdeiro exclusivo na terceira classe, quando não existir descendentes ou ascendentes. Mas seja qual for a classe, são exigidos o casamento de fato e de direito.

Destacamos ainda a condição do cônjuge, agora herdeiro necessário, e consequentemente o direito à legítima e à limitação imposta às cláusulas restritivas de direito.

No exame, tratamos da exclusão do cônjuge (indignidade – deserdação) e a necessidade da colação, ainda que o Código vigente não lhe faça referência.

Não se pode olvidar que as recentes alterações trouxeram a baila a necessidade de enfrentarmos algumas questões que refletem sobremaneira a mudança de conceitos e estruturas no instituto da sucessão.

Ainda que de forma modesta, tentou-se enfrentar as questões à luz do direito comparado, aos projetos de leis em tramitação, enunciados e propostas de alteração legislativa.

Qualquer que seja a posição a ser estudada, não se pode deixar de reconhecer a verdadeira intenção do legislador (o espírito da lei).

Defendemos acima de tudo que o cônjuge é o único herdeiro legítimo “escolhido” pelo autor da herança, porque os demais herdeiros não o são. De modo claro ao conferir melhores e maiores vantagens ao cônjuge, prestigiou o legislador a única pessoa que escolhemos para fazer parte da nossa existência.

ABSTRACT

This work aims at analyzing the intestate succession right of the spouse under the influence of the Civil Code of 2002 and their new position in the laws of succession. We have made a historic evolution starting by the Ancient Roman Law, going from the Brazilian historic changes, on the Family and Inheritance Law, to the recent codification by the Law 10.407/2002. To better introduce the theme, we have done some general research on the laws of descent and distribution, by thoroughly studying the intestate succession and the lawful successors, whereby all types of heirs and specific legal forms required for the surviving spouse to have their heritage rights recognized, include references of laws which were used in the past. We discourse upon the influence of marriage settlements and spouse position in the Brazilian descent and distribution order the moment they claim the dead person's will with descendants, regardless of the marriage settlement or the competition between the spouse and the ascendants, keeping the former an exclusive heir in third class when there is no living descendant or ascendant. No matter the class the spouse is included (first, second or even third class), the legal requirement is that marriage be legally recognized and the spouses be living together as husband and wife. We also point out the title of spouse, now, as a regular heir, and consequently their right to get the inheritance and the legally limited clause imposed by law. Throughout these studies, we have analysed the exculpatory conditions of the spouse (indignity – disinheritance) and the necessity of the collation even if the new legislation does not mention it. Let us not forget that the recent transformations have brought us the necessity to ponder on some questions that reflect on the changes of the concepts and structures on succession Institute. Modest though it may seem, we have attempted to discuss those questions under the influence of the comparative Law, the law projects in procedure statements and legislative proposal alterations. Whichever the position to be studied, the true intentions of legislative members shall not be left unrecognized (the spirit of law). We defend, above all, that the spouse is the only real heir 'chosen' by the author of the inheritance, because the other heirs are not. By providing the spouse with advantages over the inheritance the legislators have benefited the only person we choose to be part of our existence.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I - TRAÇOS HISTÓRICOS DA SUCESSÃO.....	4
1.1 Roma.....	4
1.2 A Evolução Histórica Brasileira no Direito de Família e no Direito das Sucessões.....	14
1.3 Código Civil de 1916.....	17
CAPÍTULO II - DIREITO DAS SUCESSÕES – OBSERVAÇÕES GERAIS.....	23
2.1 Da Sucessão em Geral.....	24
2.2 Espécies de Sucessão Hereditária.....	29
2.2.1 Da Sucessão Legítima.....	29
2.2.2 Da Sucessão Testamentária.....	30
2.3 Quanto ao Título da Sucessão.....	31
2.4 Aspectos do Direito Intertemporal.....	32
2.5 Aceitação da Herança.....	33
2.5.1 Espécies de Aceitação.....	34
2.5.2 Benefícios do Inventário.....	37
2.5.3 Renúncia da Herança.....	37
CAPÍTULO III - VOCAÇÃO HEREDITÁRIA.....	48
3.1 Aspectos Gerais.....	48
3.2 Legitimidade Sucessória.....	49
3.3 Herdeiros Necessários.....	55
CAPÍTULO IV - ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA.....	62
4.1 Sucessão dos Descendentes.....	63
4.2 Sucessão dos Ascendentes.....	68
4.3 Os Direitos Sucessórios do Cônjuge na Sucessão Legítima.....	69
4.3.1 Sucessão do Cônjuge.....	69
4.3.2 Cônjuge Separado de Fato.....	73

4.3.3	Casamento Putativo.....	82
4.3.4	Distinção entre Meação e Herança.....	84
4.3.5	Regime de Bens – Rápidas Consideração.....	86
4.3.5.1	Regime da Comunhão Universal.....	88
4.3.5.2	Regime da Comunhão Parcial.....	91
4.3.5.3	Regime da Separação de Bens.....	93
a)	Regime da Separação Obrigatória.....	93
b)	Regime da Separação Convencional.....	95
c)	Aplicabilidade da Súmula n. 377 do STF no Código Civil de 2002.....	99
4.3.5.4	Regime da Participação Final nos Aqüestos.....	101
4.3.5.5	Mutabilidade do Regime de Bens.....	101
CAPÍTULO V – CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE.....		108
5.1	Sucessão do Cônjuge em Concorrência com os Descendentes....	108
5.1.1	Cônjuge Casado sob o Regime da Separação de Bens.....	110
5.1.2	Cônjuge Casado sob o Regime da Comunhão Parcial de Bens.....	111
5.1.3	Cônjuge Casado sob o Regime da Participação Final nos Aqüestos.....	118
5.1.4	Cônjuge Casado sob o Regime da Comunhão Universal de Bens.....	119
5.2	Quinhão do Cônjuge Sobrevivente.....	119
5.3	O Cônjuge Concorrendo com Ascendentes.....	123
CAPÍTULO VI - SUCESSÃO DO CÔNJUGE - HERDEIRO EXCLUSIVO.....		125
CAPÍTULO VII – DIREITO REAL DE HABITAÇÃO EXCLUSIVO.....		126
CAPÍTULO VIII – USUFRUTO DO CÔNJUGE.....		129

CAPÍTULO IX – SUCESSÃO DOS COLATERAIS.....	130
CAPÍTULO X – OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE NA SUCESSÃO LEGITIMÁRIA.....	132
10.1 Colação de Bens.....	132
10.1.1 Bens Sujeitos à Colação.....	135
10.1.2 Aos que a Lei impõe o Dever de Colacionar.....	136
10.1.3 Dispensa da Colação.....	141
CAPÍTULO XI - CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE DIREITO.....	147
CAPÍTULO XII - EXCLUSÃO DA HERANÇA.....	153
12.1 Indignidade.....	154
12.2 Deserdação.....	157
12.2.1 Deserdação do Cônjuge.....	166
12.2.2 O Cônjuge Deserdado e o Direito Real de Habitação.....	170
12.3 Soluções Diversas para os Casos de Exclusão por Indignidade e Deserdação.....	171
BIBLIOGRAFIA.....	173

CAPÍTULO I - TRAÇOS HISTÓRICOS DA SUCESSÃO

1.1 Roma

A sucessão remonta à antigüidade. Para os gregos e romanos duas coisas vivem intimamente ligadas entre si, tanto nas crenças como nas leis: o culto¹ e a propriedade familiar. Nesse período a sucessão ocorre unicamente por razões religiosas: a substituição do falecido na condução dos cultos domésticos². Desse princípio originam-se todas as regras do Direito das Sucessões.

Sendo a religião doméstica e hereditária passa de varão para varão, cabendo ao filho continuar o culto³. Este princípio não é convenção entre os homens e sim de suas crenças, o que faz o filho herdar não é a vontade do pai e sim a necessidade de continuar o culto dos antepassados. Não cabe ao filho aceitar ou renunciar à herança; o benefício do inventário não era admitido e só muito mais tarde foi introduzido no direito romano.

Distinto do modelo atual de família em sentido estrito, aquele formado pelos cônjuges e filhos, o modelo da família romana foi estruturado em um sentido

¹ Cf. NUMA DENIS FUSTEL DE COULANGES, "Como, entre os antigos, o morto necessitasse de alimentos e de bebida, concebeu-se ser dever dos vivos satisfazer-lhe esta sua necessidade. O cuidado de levar aos mortos os alimentos não foi relegado ao capricho ou aos sentimentos variáveis dos homens: foi obrigatório. Assim se estabeleceu uma verdadeira religião de morte, cujos dogmas logo desapareceram, perdurando, no entanto, os seus rituais até o triunfo do cristianismo". (*A Cidade Antiga, estudos sobre os cultos, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*, São Paulo: Hemus editora, 1975 p. 17).

² Cf. ARNALDO RIZZARDO, "Em Roma, numa primeira fase, dizia-se que o herdeiro continuava a personalidade do defunto, de quem haveria sua força e coragem. Havia, no começo, mais uma transmissão do ser espiritual do parente falecido". (*Direito das sucessões*, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.2).

³ Cf. NUMA DENIS FUSTEL DE COULANGES, "Os mortos tinham necessidade de que a sua descendência jamais se extinguisse. No túmulo, onde continuavam a viver, os mortos não tinham para a sua inquietação outro motivo mais forte que o receio de vir a romper-se sua cadeia de descendência. O seu pensamento único, assim como o seu único interesse, resumiam-se em terem sempre um varão de seu sangue para lhes levar as ofertas ao túmulo. A descendência masculina era tão importante, que em caso do *pater* ter apenas descendentes mulheres, estava autorizado a adotar um filho varão, ou mesmo tomar para si o primeiro filho homem de sua filha, ou ainda, o homem casado que não tivesse sido abençoado com um filho, poderia manter relações extraconjugais com o objetivo de procriação de um filho homem para sucedê-lo". (*A Cidade Antiga*, p.40).

amplo, levando em consideração cinco grupos de pessoas vinculadas pelo parentesco ou pelo casamento, assim descritos por JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES⁴.

- “a) A gens, cujos membros, que se denominavam gentiles, julgavam descender de um antepassado comum, lendário e imemorável, do qual recebiam o nome gentílico (e era esse nome, e não, necessariamente, o parentesco consangüíneo, que os unia);*
- b) A família comuni iure, conjunto de pessoas que, sendo agnadas (isto é, ligadas por parentesco agnático) estariam sujeitas a potestas de um pater familias comum, se ele fosse vivo;*
- c) O conjunto de cognados em sentido restrito, isto é, aqueles que, não sendo agnados uns dos outros, estavam ligados apenas pelo parentesco consangüíneo;*
- d) A família próprio iure, o complexo de pessoas que se encontravam sob a potestas de um pater familias; e*
- e) A família natural (denominação devida a romanistas modernos), agrupamento constituído apenas dos cônjuges e de seus filhos independente de o marido e pai ser, ou não, pater familias da mulher e dos descendentes imediatos”.*

O Direito Romano apresentou ainda, distintas alterações dos institutos em diferentes períodos; para tanto, necessária a divisão por formas de governo e por fases históricas⁵.

“1º - período real (vai das origens de Roma à queda da realeza em 510 a.C.);

2º - período republicano (de 510 a 27 a. C., quando o Senado investe Otaviano – o futuro Augusto – no poder supremo com a denominação de princeps);

⁴ *Direito Romano*, Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. I p.1e 2

⁵ *ibidem*, p.1 e 2

3º - período do principado (de 27 a.C. a 285 d.C., com o início do dominato por Diocleciano);

4º - período do dominato (285 a 565 d.C., data em que morre Justiniano)”.

Segue JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, elucidando a respeito das três grandes divisões da história interna.

“1º - a do direito antigo ao pré-clássico (da origem de Roma à Lei Aebutia, de data incerta, compreendida aproximadamente entre 149 e 129 a.C.);

2º - a do direito clássico (daí ao término do reinado de Diocleciano em 305 d.C.); e

3º - a do direito pós-clássico ou romano-helênico (desta data à morte de Justiniano, em 565 d.C. – dá-se, porém, a designação de direito justinianeu ao vigente na época em que reinou Justiniano, de 527 a 565 d.C.)”.

O Direito das XII Tábuas, (450 a 449 a.C.), não chegou completo até nossos dias, no entanto são encontradas várias disposições referentes à matéria sucessória, como no caso de morte *ab intestato*, em que a sucessão era deferida a três classes de herdeiros: os *sui heredi*, os *agnati* e os *gentiles*.

O primeiro grupo de herdeiros eram o *sui heredes* (parentes mais próximos que se encontravam sob o pátrio poder do *de cuius*)⁶, segundo aos *agnatus* (parentes colaterais na linha masculina, irmãos, tios, sobrinhos, primos, etc.)⁷ e na falta dos dois grupos anteriores, a herança era deferida entre os *gentiles* (membros da mesma *gens*, grupo familiar em sentido lato)⁸.

⁶ Cf. EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA, “Os *sui heredi*, que compunham a primeira classe dos herdeiros, eram aqueles que se achavam sob poder e a dependência do *pater familias*, abrangendo não somente os filhos, homens ou mulheres, como também a esposa, que estava sujeita ao poder marital”(*Direito de Herança – A nova ordem da sucessão*, São Paulo: Saraiva, 2005, p.19).

⁷ *ibidem*, “Na segunda classe de herdeiros situavam-se os *agnatus* (*agnado* ou *agnato*), de acordo com a proximidade de seu parentesco em relação ao *de cuius*. Consideravam-se agnados os colaterais de origem exclusivamente paterna, como os irmãos consangüíneos, o tio que fosse filho do avô paterno, o filho desse mesmo tio, e assim por diante, sem restrição de grau”.(*Direito de Herança*, p.19 e 20).

⁸ *ibidem*, “Em terceiro lugar, eram chamados a suceder os *gentiles* (membro da mesma *gens*, ou gente), que seriam as pessoas ligadas por parentesco mais longínquo como, parece ser o caso dos ascendentes sobreviventes do autor da herança”. (*Direito de Herança*, p. 20).

No período pré-clássico a família romana é primitiva, estabelecida como um organismo político precedendo ao próprio Estado, a *gens* era um agrupamento de famílias no sentido lato, com caráter político.

O enfraquecimento das *gens* tem início com a formação do Estado, quando declina a função política do organismo familiar.

Característica da sucessão romana, a filha casada não herda, pois não é apta a dar seqüência à religião doméstica; ao se casar com *manus*, passa a pertencer e a adorar a religião da família do marido⁹, e, em relação aos seus parentes consangüíneos, passa a manter somente o parentesco por cognação. Assim, se a filha herdasse a propriedade do pai, ficaria divorciado do culto, o que seria inadmissível.

O casamento *com manus* proporcionava à mulher um segundo nascimento, colocada no lugar de filha de seu marido, *filiae loco*, ficava sujeita ao poder marital¹⁰, ou do *pater famílias* do marido, também sob o ponto de vista patrimonial. E no casamento sem *manus*, continuava sob o poder do *pater famílias* de seus ascendentes.

Com a evolução do direito romano, na sucessão legítima do direito quirritário, a mulher casada com *manus* passa a ser herdeira. THOMAS MARK¹¹, assim exemplifica, “*deixando o de cujus três filhos vivos e mulher casada cum manu, cada um deles teria uma quota-parte da herança.*” Mas aqui ela sucede não como esposa e sim devido àquela situação em que é colocada como filha de seu marido.

⁹ Cf. NUMA DENIS FUSTEL DE COULANGENS, “Era, pois, o filho que era sempre esperado, quem era necessário: era o filho por quem a família, os antepassados e o fogo sagrado reclamavam”. (*A Cidade Antiga*, p.43)

¹⁰ Cf. PHILIPPE ARIÈS. “O casamento é apenas um dos atos da vida, e a esposa não passa de um dos elementos da casa, que compreende igualmente os filhos, os libertos, os clientes e os escravos. (...) Os senhores, chefes de uma casa, resolvem as coisas entre si, como de poder a poder, e se um deles deve tomar uma grave decisão reúne o “conselho de amigos” em vez de discutir com a mulher (...). A mulher é uma criança grande da qual se deve cuidar por causa do dote e do nobre pai”. (*História da Vida Privada – Do império romano ao ano mil*, vol.I, p.50).

¹¹ *Curso elementar de Direito Romano*, 8º ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p.186.

Para remediar tal injustiça, algumas famílias instituíam para a filha um dote, e em caso de dissolução do casamento, que se dava pelo divórcio¹² ou morte, esse dote somente era restituído à mulher ou a sua família quando expressamente prometido pelo marido, em geral, a propriedade do dote ficava com o marido¹³.

O dote é um instituto dos mais antigos, já previsto na primeira codificação que se tem notícia, o Código de Hamurabi¹⁴ datado de 1.694 a.C., nele foram encontradas as primeiras referências à doação e sucessão, trazendo no seu corpo a seguinte redação: “162º se alguém toma uma mulher e ela lhe dá filhos, se depois essa mulher morre, seu pai não deverá intentar ação sobre seu donativo; este pertence aos filhos”.

Também usual, desde os tempos mais remotos, eram as doações nupciais, aquelas destinadas pelo noivo por ocasião dos esponsais. Por seu turno, Teodósio I, em 382 d.C., estabeleceu que a viúva, ao contrair novo matrimônio, manteria somente o usufruto sobre aquelas doações, passando a nua propriedade aos descendentes do *de cuius*.

Preceito da sucessão romana, a sucessão legítima e a testamentária não poderiam coexistir, sendo a sucessão testamentária¹⁵ prestigiada em detrimento da legítima, poderia ainda o testador dispor de todos os seus bens com absoluta

¹² Informa JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, “O matrimônio em Roma era uma situação de fato que se iniciava, sem quaisquer formalidades, com o simples acordo de vontade do homem e da mulher, e que perdurava enquanto persistia a intenção dos cônjuges em permanecerem casados, dissolvendo se, de imediato, momento em que um deles (ou ambos) deixasse de tê-la”. Tornando o divórcio muito comum. Somente no período pós-clássico, o casamento passou à exigência de um certo formalismo. (*Direito Romano*, p.286)

¹³ A explicação desta prática está fundamentada no texto de PHILLIPE ARIÈS. “Para que as pessoas se casavam? Para esposar um dote (era um dos meios honrosos de enriquecer) e para ter, em justas bodas, rebentos que sendo legítimos, recolheriam a sucessão; e perpetuariam o corpo cívico, o núcleo dos cidadãos. (*História da Vida Privada*, p. 47)

¹⁴ Khammu-rabi, rei da Babilônia no 18º século a.C., estendeu grandemente o seu império e governou uma confederação de cidades-estados. (...) mandou escrever em 21 colunas, 282 cláusulas que ficaram conhecidas como Código de Hamurabi. Extraído do site www.dhnet.org.br/direitos/antihist/hamurabi.htm – acesso em 08/04/2007.

¹⁵ Escreve PHILIPPE ARIÈS e GEORGES DUBY, “A autoridade da família e a dignidade social dos pais de família têm o testamento como arma e como símbolo. Pois o testamento constitui uma espécie de confissão em que o homem social se revela inteiramente e pelo qual seria julgado. Havia nomeado como herdeiro o mais indigno? Legara alguma coisa a todos os seus fiéis? Falava da mulher em termos que fossem para ela um certificado de boa esposa?(...) Todos os membros da família, próximos ou distantes, devem receber alguma coisa, e também o pessoal da casa: os escravos que o merecem são libertados pelo testamento.(...) A leitura do testamento era o acontecimento público do momento, pois as disposições e heranças não eram tudo e o testamento adquiria valor de manifesto. (...) Um testamento era algo tão grandioso, do qual

liberdade.¹⁶ Na sucessão legítima herdavam somente os filhos varões, e na sucessão testamentária a mulher não tinha capacidade ativa ou passiva.

BONFANTE¹⁷ coloca a tese da “...*inexistência, no direito romano de qualquer vestígio de primogenitura...*”. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, por sua vez, apõe que se esta teoria estivesse correta seria necessário que na falta do testamento, o legislador houvesse disposto como proceder a partilha do bens. Ainda que suscetível de objeções, pois as provas são sempre difíceis, nenhum texto foi encontrado nesse sentido.

Razão assiste a JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, quando se refere a “*todas estas teorias – aliás como ocorre, em geral, com os problemas referentes às origens dos institutos jurídicos – são conjecturais*”.

E entre os varões predominava o benefício da primogenitura¹⁸, com a morte do *pater familias*, o filho mais velho tomava o lugar daquele, administrando todo o patrimônio do morto, bem como dos demais membros da família; esse benefício se manteve também no direito feudal como forma de manter poderosa a família, impedindo a divisão de terras e da fortuna familiar. Este benefício persiste hodiernamente na Escócia.

E ainda na falta dos filhos varões, cabia a sucessão aos colaterais, sempre na linha masculina, mas nunca à filha.^{19 20}

todos se orgulhavam tanto, que muitos dificilmente resistiam ao desejo de iniciar a leitura depois de beber, para agradar de antemão os legatários e se fazer estimar”. (*História da Vida Privada*, p.43).

¹⁶ ORLANDO GOMES, “No Direito das XII Tábuas, o *pater familias* tinha absoluta liberdade de dispor dos seus bens para depois da morte, mas, se falecesse sem testamento, a sucessão se devolvia, seguidamente a três classes de herdeiros”. (*Sucessões*, 12.ed. atualiz. Mario Roberto de Carvalho de Faria, Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.4).

¹⁷ Citado por JOSE CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, vol. II, p. 361 e 362.

¹⁸ NUMA DENIS FUSTEL DE COULANGES, “A antiga religião estabelecia diferenças entre o filho mais velho e o mais novo (...) o filho mais velho tinha depois da morte do pai, o privilégio de presidir a todas as cerimônias do culto doméstico”. (*A Cidade Antiga*, p. 66).

¹⁹ *Ibidem*, “Um homem morria sem filhos; para saber quem era o herdeiro dos seus bens, seria suficiente procurar aquele que devia ser o continuador do seu culto. Se um homem morre sem filhos, o seu herdeiro será o irmão do falecido, sendo irmão consanguíneo; na falta dele, o filho do irmão, porque a sucessão passa sempre aos varões e aos descendentes dos varões”. (*A cidade Antiga*, p. 62 e 63).

²⁰ Ainda hoje, os países islâmicos mantêm desigualdades em matéria sucessória, os filhos varões recebem o dobro do que é reservado às filhas.

No direito clássico, com o fim da República, operam-se gradativas transformações nas relações sociais.

Legitimado o parentesco consangüíneo; o direito pretoriano confere o direito sucessório entre os parentes *cognados*, na falta dos *agnados* e desaparece a sucessão dos *gentiles*.

No principado, a partir do século I a.C., o casamento com *manus* entra em decadência, sendo prestigiado o casamento sem *manus*, pelo qual a mulher continua a pertencer à família de origem, e, por ocasião da dissolução do casamento, se era *sui iures* e possuísse bens, estes lhe pertenciam.

Como consequência, os *senatus consultos* Tertuliano e Orficiano criaram a sucessão hereditária civil entre mãe e filho, aperfeiçoando o direito das sucessões criados pelo pretor, beneficiando o parentesco *cognatício*²¹.

Durante o período pós-clássico, Justiniano reinou em Roma de 527 a 565 d. C., este imperador, através do *Corpus Juris Civilis*, regulamentou de maneira sistemática muitos dos institutos já existentes e criou tantos outros. A importância dessas edições levaram este período a ser referenciado como Justinianeu.

Através das Novelas e Digestos Justiniano revolucionou o Direito Civil, passados séculos e ultrapassado o milênio continuou influenciando as legislações, principalmente dos países ocidentais, inclusive a pátria, por ser nosso Código Civil de base romanística.

Das implementações:

Na sucessão testamentária, merece referência a Novela XXII, na qual admitiu-se a cláusula aposta no testamento, em que o testador deixa bens à viúva,

²¹ *Direito Romano*, p.252

condicionados à permanência da viuvez. Com o advento da Novela CXVII, permitiu-se à viúva pobre recolher a herança antes do Estado na falta dos outros herdeiros sucessíveis.

E através da Novela CXVIII, Justiniano aboliu a sucessão do parentesco *agnático*, prestigiando o parentesco *cognático*, trazendo importantes conseqüências em matéria de família e sucessões.

Proibiu, ainda, o marido de alienar os imóveis dotais localizados na Itália, sem o consentimento da mulher e estabeleceu que as doações em favor da filha, antes uma liberalidade das famílias, se tornassem uma obrigação, chamada de dote necessário.

Com as reformas definitivas de Justiniano nas Novelas CXVIII em 543 d.C. e CXXVII de 548 d.C., extinguiu as distinções entre os parentes *agnados* e *cognados*, pessoas *sui iures* e *alieni iuris*, parentesco da linha masculina e feminina e sistematizou que nos casos de concurso entre herdeiros, resolve-se pela primazia dos parentes de grau mais próximo.

A *Lex Julia et Papia Poppea*²² disciplinou o direito do Estado em recolher a totalidade da herança na falta dos demais herdeiros

Várias foram as alterações na ordem de vocação hereditária do direito romano, destacamos aqui aquelas que maior influência exerceram nos países ocidentais e sobremaneira em nossa legislação.

Não são pacíficas entre os historiadores as discriminações sucessórias quanto ao sexo e primogenitura. Porém, forçoso deixar de admitir que estas existiram, deixando vestígios até os dias atuais.

Da Concentração Obrigatória²³: nesse sistema, a totalidade da herança é entregue a um único herdeiro, em geral ao filho mais velho - benefício da primogenitura, encontrado na antigüidade e no direito feudal como forma de manter poderosa a família, impedia a divisão da fortuna; comum até a Revolução Francesa e que persiste ainda na Escócia.

Compropriedade Familiar²⁴: no direito germânico primitivo, baseava a sucessão na compropriedade familiar, sempre na linha masculina, primeiro aos descendentes, na falta aos ascendentes, depois aos irmãos, na falta destes aos tios, primos. Vigora ainda na Sérvia e nos países Islâmicos, e nesses últimos, a filha mulher recebe a metade do que cabe ao filho homem.

Liberdade Absoluta²⁵: não há a figura do herdeiro necessário, o testador pode dispor livremente de todos os seus bens – já era encontrada na Lei das XII Tábuas, vigora hodiernamente nos países de influência anglo-saxônica²⁶.

Disposição com Reserva²⁷: divisão necessária com reservas e partilha igualitária entre todos os filhos do autor da herança. Sistema atual brasileiro que reserva da metade do patrimônio aos herdeiros necessários.

²² ORLANDO GOMES, *Sucessões*, p.4.

²³ WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, "Mesmo entre os homens havia injustos privilégios hereditários, como o decorrente do direito de primogenitura. Esse princípio, de origem mui remota, como se depreende do episódio de Esaú e Jacó, encontrou no direito feudal, a mais forte expressão, impregnado do desejo de conservar a propriedade em mão de um só ramo familiar. De acordo com o mesmo, recolhia o primogênito a totalidade da herança, permanecendo na opulência os demais filhos jaziam na pobreza, subordinados assim, social e economicamente, à autoridade do irmão mais velho, que herdava toda a fortuna". (*Curso de direito civil: direito das sucessões*, 35. ed. Atualiz. Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 6, p. 2).

²⁴ Observa WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, "Com efeito, originariamente, existia o direito sucessório preferencial em benefício dos varões. Se o finado deixava simultaneamente filhos e filhas, estas não herdavam. Sua exclusão era ditada ou porque a lei assim determinava, ou em virtude de renúncia, que se lhes impunha, forçadas à aceitação de um simples dote. A Lei Sálica, que apenas contemplava os varões na distribuição da propriedade imobiliária, constituía típico exemplo dessa injustiça social. Também a Lei Vocônia, inspirada por Catão no intento de colocar um freio à dissipação e à independência das mulheres e que vigorou até certo período do direito romano, as privava da capacidade testamentária passiva; mas essa lei, que contrariava a equidade e a própria natureza, logo foi revogada". (*Curso*, p. 2).

²⁵ ORLANDO GOMES, (*Sucessões*, p.9).

²⁶ Cf. ZENO VELOSO, "Diferentemente, nos regimes de influência anglo-saxônica, dá-se predominância ao princípio da liberdade de testar, em que impera um exacerbado individualismo, só limitado pelo eventual direito a alimentos sobre a herança daqueles familiares que viviam sob a dependência econômica do *de cujus*". (*Direito de Família e a necessidade de alteração do Direito Sucessório*).

Séculos separam a sucessão dos gregos e romanos antigos da sucessão do século XXI. As religiões domésticas exigiam que os descendentes cultuassem seus mortos, aliando a propriedade e a descendência criou-se o direito sucessório. O conceito de hereditariedade²⁸ permanece na maioria dos países ocidentais, mas as razões e fundamentos são outros.

Disserta GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA²⁹:

“Durante muito tempo no curso da história o direito sucessório conviveu com princípios e regras atributivas de privilégios e primazias à determinadas categorias de pessoas, em evidente tratamento discriminatório e odioso relativamente a outras pessoas, excluídas de qualquer benefício sucessório”.

Vários dos hábitos foram gradativamente sendo abandonados e a maior parte dos homens passou a cultuar um único Deus, do qual não possui nenhum vínculo familiar; porém, a idéia de que a propriedade deve perpetuar na família continua arraigado. O Direito Sucessório vem evoluindo³⁰ na busca da maior igualdade e uniformemente à pessoa dos herdeiros, deixando de lado as atribuições discriminatórias, seja em relação ao sexo, primogenitura ou origem. E mais recentemente deferindo privilégios ao cônjuge e companheiros, herdeiros escolhidos, que efetivamente compartilharam do amor e do afeto do *de cuius* até o último momento. Ainda que presumida, a sucessão do século XXI está

²⁷ Cf. ORLANDO GOMES, “Pelo sistema da divisão necessária, o espólio partilha-se entre todos os filhos do autor da herança, ou entre os parentes mais próximos”. (*Sucessões*, p.9).

²⁸ DE PLÁCIDO E SILVA, “Derivado do hereditário, do latim *hereditarius*, mostra a qualidade da pessoa que, por direito de sucessão, deve participar, como sucessor a título universal (herdeiro), da totalidade ou parte dos bens deixados por uma pessoa, após a sua morte. É a qualidade, assim, inerente ao herdeiro, que se mostra parente sucessível, ou seja, vinculado ao *de cuius* por laço de parentesco, que o coloca na posição de sucessor legal, ou parte hábil na sucessão legítima, em face de parentesco em grau sucessível. É assim, a sucessão fundada no parentesco consanguíneo”. (*Vocabulário jurídico*. 3. Ed. Vol. I e II, p. 379).

²⁹ *Direito Civil – Sucessões*, Fundamentos Jurídicos, São Paulo: Atlas, 2003, p.26.

Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do CC 2002. *Revista Brasileira do Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM), n.29, p.15, abr/maio 2005.

³⁰ Cf. observou WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, “O direito sucessório remonta à mais alta antigüidade. Perde-se na sua origem na noite dos tempos, parecendo que se prende à comunidade da família, de que constituiria prolongamento natural. Sua fisionomia atual, todavia, em nada parece à primitiva. Sem receio de errar, pode-se afirmar que, de todos os ramos do direito civil, o direito das sucessões foi aquele que mais se transformou”. (*Direito Civil*, p.2).

intimamente ligada ao amor em vida que nutria o morto, em contraposição à religiosidade e ao temor pós-morte na antigüidade.

1.2 A Evolução Histórica Brasileira no Direito de Família e no Direito das Sucessões

No Brasil colônia vigoravam as Ordenações do Reino³¹ (Ordenações Afonsinas 1446 – Ordenações Manuelinas 1512 – Ordenações Filipinas 1603). Mesmo pós a proclamação da Independência do Brasil, a falta de legislação própria fez com que ainda fossem aplicadas as Ordenações Portuguesas.

O Brasil foi o único país da América Latina que, no final do século XIX, ainda era regido pelo Código do Colonizador. O primeiro Código Civil Brasileiro data de 1916.

Influenciados com a promulgação do Código Civil Francês datado de 1804, outros países, principalmente no ocidente, passaram por um período de codificações (Chile 1851; Peru 1852; El Salvador 1859; Venezuela 1862; Itália 1865; Portugal 1867; Argentina 1869; México 1871; Honduras 1880; Espanha 1889, entre outros).

No Brasil, a Constituição Federal de 25 de março de 1824³², deliberou no artigo 179, inciso XVIII³³, a elaboração do Código Civil; muitas foram as tentativas sem sucesso. Ultrapassado aquele com a promulgação da Constituição Federal de 1891 ainda continuavam sendo aplicadas as Ordenações de Portugal.

³¹ As Ordenações do Reino, eram as compilações de todas as leis vigentes em Portugal, mandadas fazer por alguns de seus monarcas e que passavam a constituir a base do direito vigente. São verdadeiras consolidações. Para esta e demais referências ao direito pré codificado utilizou-se o site <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Ver_03/ordenamento%20jur%20brasil.htm> (acesso em 26/06/2007).

³² A Constituição de 1824 adotou para o Brasil a Quadripartição dos Poderes Políticos: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial. O Poder Legislativo era exercido pela Assembléia Geral (composta pela Câmara dos Deputados e pela Câmara dos Senadores), apreciando os projetos de lei, que, uma vez aprovados, eram submetidos ao Imperador sob a forma de Decreto, sendo sancionados como Leis. extraídos do site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Ver_03/ordenamento%20jur%20brasil.htm (acesso em 26/06/2007).

³³ O referido inciso do artigo trazia a seguinte redação: " Organizar-se-á quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade" Para essa e todas as referências às Constituições Brasileiras foi usado o livro *Constituições do Brasil*, 10 ed., São Paulo: Atlas, 1992, p.769. Organizado por ADRIANO CAMPANHOLE e HILTON LOBO CAMPANHOLE.

No ano de 1855, D. Pedro II confiou a Augusto Teixeira de Freitas a elaboração de um trabalho que consistia na Consolidação das Leis Civis³⁴, que até então se encontravam esparsas³⁵.

Em 24 de dezembro de 1858, após parecer favorável da comissão, autorizado pelo Decreto nº 2.318, Teixeira de Freitas foi convidado a elaborar o Projeto do Código Civil. No ano de 1866, em estágio avançado, o Esboço foi abandonado incompleto no capítulo das sucessões e não chegou a ser transformado em lei. Mas em razão de sua grandiosidade e genialidade entrou para a história do direito como verdadeira obra de arte.

No ano de 1881, foi elaborado por Joaquim Felício dos Santos, os Apontamentos para o Projeto do Código Civil Brasileiro, no entanto, a comissão nomeada não deu parecer favorável e mais uma vez foi paralisado o seguimento dos trabalhos.

Entre as várias tentativas de elaborar um projeto do Código Civil Brasileiro, no ano de 1889, o Ministro da Justiça Cândido de Oliveira, presidiu e nomeou uma comissão para organizar o projeto do Código Civil; entre outros, participaram dessa comissão, Silva e Costa, Afonso Pena e Coelho Rodrigues. Com a promulgação da República essa comissão foi dissolvida e o Projeto do Código engavetado³⁶.

³⁴Cf. CLÓVIS BEVILÁQUA. *In Códigos Civis do Brasil: do Império a República*, versão em CD-Rom. Brasília Senado Federal, 2002. p.14

A ordem de vocação hereditária era tratada nos termos do artigo 959, "a sucessão *ab intestato* dar-se-ia na ordem seguinte: §1º. Aos descendentes; §2º. Na falta de descendentes, aos ascendentes; §3º. Na falta de uns e outros, aos colaterais até o décimo grau por Direito Civil; §4º. Na falta de todos, ao cônjuge sobrevivente; §5º. Ao Estado em último lugar. No mesmo diploma o artigo 973, dizia: "Na ordem dos cônjuges, a herança seria deferida ao sobrevivente desde que, ao tempo da morte, vivessem juntos, habitando na mesma casa". (*Consolidação das Leis Civis*, Brasília: Senado Federal, 2003).

³⁵ Explicou MIGUEL REALE, "Foi um Código, ainda que sem formalismos, no qual Teixeira de Freitas depurou aquilo que , digamos assim, era o direito substancial do Brasil na época imperial".(*O Projeto do Novo Código Civil*, p.144)

³⁶ Cf. CLÓVIS BEVILÁQUA. *In Códigos Civis do Brasil: do Império a República*, versão em CD-Rom. Brasília Senado Federal, 2002. p. 9

Em 24 de janeiro de 1890, dois meses após a proclamação da República, o Governo Republicano editou o Decreto n.181 instituindo o casamento civil no Brasil.

No governo do Presidente Campos Sales, por sugestão de seu Ministro da Justiça Epiácio Pessoa, foi convidado um dos maiores juristas de sua época, o professor da Universidade de Recife, Clóvis Beviláqua para elaboração do Projeto do Código Civil. Entregue ao Governo, este nomeou uma comissão presidida pelo seu ministro formada por nomes como Aquino e Castro, Joaquim da Costa Barradas, Francisco de Paula Lacerda de Almeida, Saião de Bulhões Carvalho³⁷.

Este projeto foi enviado no ano de 1900 pelo Presidente Campos Sales ao Congresso Nacional; o presidente da casa nomeou uma comissão de vinte e um membros sob a presidência do deputado J.J. Seabra, e após longa discussão, o projeto, com ligeira modificação, foi aprovado pela Câmara dos Deputados e remetido à comissão do Senado.

Aprovado pelo Senado e após os trâmites regimentais do Congresso, foi sancionado pelo então Presidente da República Wenceslau Braz, sendo promulgado em 1º de janeiro de 1917; Código este que passaria a vigorar por mais de oito décadas.

Durante a tramitação do Código Civil, até o ano de 1907 (vigência das Ordenações Filipinas), a ordem de vocação hereditária era formada por descendentes, ascendentes, colaterais até o décimo grau, cônjuge sobrevivente e o fisco. Clóvis Beviláqua³⁸, criticando a disposição de chamar os colaterais até o décimo grau, observa que “não se distingue mais o parente do conterrâneo”.

³⁷ Cf. CLÓVIS BEVILÁQUA. *In Códigos Civis do Brasil: do Império a República*, versão em CD-Rom. Brasília Senado Federal, 2002. p.10.

³⁸ Cf. CLOVIS BEVILÁQUA, “Posta à margem esta sucessão excepcional do aforamento vitalício, a organização dos grupos de sucessíveis por força de lei, que nos veio do Código Visigótico e se achava exarada nas Ordenações Filipinas, se tinha o mérito de simplicidade, pecava visivelmente, por não dar a colocação devida ao cônjuge sobrevivente. Os cônjuges devem achar-se numa situação tal que, pela força vinculadora dos sentimentos afetivos e pela harmonia dos interesses, possam apresentar-se com uma individualidade biológica, embora composta”. (*Direito das sucessões*, Rio Janeiro, p. 96).

Nesse ano, o Decreto Lei n. 1.839, de 31 de dezembro, mais conhecido como Lei Feliciano Pena³⁹, (em homenagem ao autor) alterou a ordem de vocação hereditária para colocar o cônjuge como herdeiro anterior à classe dos colaterais, estes passaram a concorrer na quarta classe, ademais limitou o parentesco sucessível ao sexto grau⁴⁰. Elevou ainda a quota disponível do testador de um terço para metade⁴¹ e facultou aos ascendentes submeterem os bens da legítima às cláusulas de incomunicabilidade e livre administração da mulher herdeira e de inalienabilidade temporária ou vitalícia⁴².

1.3 Código Civil de 1916

A Lei n. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916, promulgou o primeiro Código Civil Brasileiro, que vigeu de 1º de Janeiro de 1917 a 10 de Janeiro de 2003.

Clóvis Beviláqua, até hoje considerado um jurista de idéias brilhantes, influenciado pelo direito germânico e visão jusfilosófica do positivismo de Augusto Comte, defendeu, entre outros, durante o projeto do Código, a *“libertação da mulher de uma inferioridade que não mais se compadecia com a concepção atual da vida”*, nas suas palavras.

Para acompanhar a evolução do direito de família⁴³ e das sucessões nas legislações vigentes, é necessário uma análise conjunta da situação da mulher brasileira, das Ordenações ao Código Civil vigente.

³⁹ Decreto Lei 1.829 de 31/12/1907, versão extraída do site < <http://www.senado.gov.br> >, em 07 de agosto de 2006.

⁴⁰ Nos anos que sucederam à tentativa de elaborar o Código Civil Brasileiro, a ordem de vocação hereditária era a seguinte: “Art. 1º. Na falta de descendentes e ascendentes defere-se a sucessão *ab intestato* ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos colaterais até ao sexto grau por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Distrito Federal, se o *de cujus* foi domiciliado nas respectivas circunscrições, ou à União, se tiver o domicílio em território não incorporado a qualquer delas”.

⁴¹ “Art. 2º. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível só poderá dispor de metade de seus bens, constituindo a outra metade a legítima daqueles, observada a ordem legal”.

⁴² “Art. 3º. O direito dos herdeiros, mencionado no artigo precedente, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras espécies os bens que constituírem a legítima, prescreva-lhes a incomunicabilidade, atribua à mulher herdeira a livre administração, estabelecidas as condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentária e, na falta deste, a transferência dos bens aos herdeiros legítimos, desembaraçados de qualquer ônus”.

⁴³ Cf. Descreve OSWALDO PEREGRINA RODRIGUES, “Elaborado no final do século XIX e vigendo a lei no início do século XX, o Código Civil de 1916 apresenta como família o convívio entre pessoas com constituição matrimonial, ou seja, a

A figura da mulher no final do século XIX é de pouca expressão na sociedade, a ela é limitado o papel de mãe e de dona de casa; o homem ao restringir sua capacidade jurídica, restringia a sua atividade econômica e política.

Assim, as leis posteriores, ao tratarem das medidas protetivas do casamento e da sucessão, têm por foco principal proteger a mulher.

Porém, é notório que as influências da sociedade machista reinante, e a oposição da igreja, através da Comissão Revisora do projeto vetou a discussão do assunto. Lembra FLORISA VERUCCI⁴⁴, a situação jurídica da mulher no século XIX a meados do século XX:

“O tão esperado Código Civil acabou confirmando a tendência conservadora e consagrou a superioridade do homem, dando o comando único da família ao marido, sendo a mulher casada marcada pela incapacidade jurídica relativa, equiparada aos índios, aos pródigos e aos menores de idade. (...) O marido era o chefe da sociedade conjugal e o administrador exclusivo dos bens do casal, e somente ele tinha o direito de fixar o domicílio da família. (...) A mulher era obrigada a adotar o nome do marido. Não podia trabalhar sem sua autorização. (...) Os bens particulares da mulher também respondiam pelas dívidas do marido”.

A Lei n. 3.071/16 promulgou o Código Civil brasileiro de 1916, sem as necessárias alterações, mantendo ainda a mesma ordem na vocação hereditária estabelecida pela Lei Feliciano Pena.

No Decreto Lei n. 3.200/41, chamado de Lei de Proteção à Família, o legislador beneficiou a mulher brasileira casada com estrangeiro residente no

família era formada em decorrência do casamento válido entre marido e esposa...(A família decorrente do casamento e sua repercussão no Código Civil de 2002.p.92). Tese de Doutorado, apresentada à banca examinadora da PUC/SP em 2005.

⁴⁴A mulher no direito de família brasileiro – uma história que não acabou, *Revista dos Tribunais*. 769:49, 1999.

Brasil quando o regime do casamento fosse diverso da comunhão, deferindo o usufruto em favor da mulher, da quarta parte dos bens, se houvesse filhos brasileiros do casal, e a metade, se não houvesse.

O Decreto Lei n. 9.461 de 15 de julho de 1946, ainda na vigência do Código Civil de 1916, limitou os herdeiros colaterais sucessíveis até o quarto grau. Pela Lei n. 883/49, o legislador determinou que concorrendo o cônjuge com filho adúlterino do seu consorte, reconhecido na forma da Lei, teria direito à metade dos bens da herança se o falecido não tivesse deixado testamento. Ressalte-se que essa Lei guarda importância, como a primeira forma de concorrência com os descendentes exclusivos do autor da herança, ainda que o intuito tenha sido o de beneficiar o filho adúlterino *a patre*, beneficiou indiretamente a mulher viúva.

Em 1962 após tramitar por mais de 10 anos, foi editado pela Lei n. 4.121/62, o denominado Estatuto da Mulher Casada, o qual dentre outros, extirpou do mundo jurídico a mencionada relativa incapacidade da mulher casada ao aplicar nova redação ao artigo 6º da Lei Civil, excluindo-a do rol das pessoas com capacidade limitada⁴⁵; desvinculou a autorização marital para o exercício da atividade laboral pela mulher, e no Direito das Sucessões, criou o usufruto viual, para o cônjuge casado no regime diverso da comunhão universal, deferindo o usufruto da quarta parte dos bens, ou a metade na falta de filhos comuns ou não, condicionados à permanência da viuvez (artigo 1.611, § 1º, do Código Civil de 1916). E o direito real de habitação⁴⁶ para os casados no regime da comunhão universal, desde que fosse o único imóvel daquela natureza a inventariar, também condicionados à permanência da viuvez (artigo 1.611, § 2º, do Código Civil de 1916).

Diante da rápida evolução social e o crescimento das relações jurídicas de massa o Governo incumbiu Orlando Gomes de elaborar um anteprojeto do novo

⁴⁵ Cf. OSWALDO PEREGRINA RODRIGUES. *A família decorrente do casamento e sua repercussão no Código Civil de 2002. Tese de Doutorado, biblioteca PUC/SP, 2005, p.96.*

⁴⁶ O Código Civil de 2002 manteve o direito real de habitação no art. 1.831, independente do regime de bens do casamento, sendo omissa quanto a vigência na permanência da viuvez.

Código Civil, versando sobre Direito de Família, Direitos Reais e Direito das Sucessões. O anteprojeto do Direito das Obrigações coube a Cáo Mário da Silva Pereira.

Convertidos em projetos pela comissão, ambos foram concluídos e enviados ao Congresso em 31 de março de 1963. No entanto esse projeto foi retirado pelo governo militar. No projeto, Orlando Gomes defendeu entre outros, elevar o cônjuge à categoria de herdeiro necessário quando os descendentes fossem filhos exclusivos do *de cuius*, ou quando este deixasse somente ascendentes, atribuindo em ambos os casos $\frac{1}{4}$ da herança.

Em 11 de janeiro de 1973 a Lei n. 5.869, instituiu o novo Código de Processo Civil, regulando a matéria relativa à inventariança. No artigo 990 do referido Código estabeleceu o cônjuge como inventariante em primeiro lugar, desde que casados no regime da comunhão⁴⁷ e estivesse convivendo com o finado consorte.

A Lei n. 6.515/77, introduziu no Brasil a Lei do Divórcio, editada para regulamentar a Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, a instituição do divórcio no sistema jurídico brasileiro⁴⁸. Lei esta que não se limitou a tratar da separação judicial e do divórcio alterou entre outros o artigo 240 do Código Civil, tornando facultativa a adoção do patronímico do marido pela mulher, e o artigo 258, alterando o regime legal de bens para o de comunhão parcial, e a Lei n. 883/49, permitindo o reconhecimento dos filhos havidos fora do matrimônio, em testamento cerrado ainda na vigência do casamento, reconhecendo o direito de herança em igualdade de condições.

⁴⁷ O Superior Tribunal de Justiça assim decidiu. “ Para que o cônjuge supérstite desfrute da primazia na nomeação à inventariança, basta que o casamento tenha sido o da comunhão parcial (STJ – 4 Turma – Recurso Especial n. 31.152-8-SP – Relator Min. Barros Monteiro – julgado em 09/nov./1993).

⁴⁸ Cf. YUSSEF SAID CAHALI, “ Com a emenda Constitucional 9, de 1977, admitindo a dissolubilidade do vínculo matrimonial, o Brasil ingressou no rol dos países divorcistas, rompendo assim com uma tradição de vários séculos”. (*Divórcio e Separação*, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.53).

Em 1969, o Presidente da República Arthur da Costa e Silva, constituiu uma comissão para elaborar um Anteprojeto do Código Civil, convidou o jurista Miguel Reale para superintender e coordenar os trabalhos da Comissão formado pelos juristas: Agostinho de Arruda Alvim, José Carlos Moreira Alves, Clóvis do Couto e Silva, Sylvio Marcondes, Torquato Castro e Ebert Chamoun.

A tramitação do projeto original do novo Código Civil, Projeto de Lei n. 634, datado de 1975, no governo militar de Ernesto Geisel. O texto do projeto foi elaborado sob a coordenação do Miguel Reale, sendo aprovado pela Câmara dos Deputados e remetido ao Senado Federal, até a sua apreciação decorreram 20 anos e diante do longo período, sofreram alterações, inclusive com o advento da Lei do Divórcio em 1977 e da Constituição Federal de 1988, que inseriu no artigo 5º, inciso XXX, do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, o direito de herança. Privilegiando a dignidade da pessoa humana, reconheceu a união estável como entidade familiar no artigo 226, § 3º e no artigo 227, § 6º, assegurou a igualdade entre os filhos, havidos ou não das relações de casamento ou por adoção.

Com a vigência da Constituição Federal, e a necessária reformulação da tutela à pessoa do menor e a família, foram criadas inúmeras Leis Infraconstitucionais, como forma de regulamentar e harmonizar o Direito da Família e Sucessões. O § 2º do artigo 41 da Lei n. 8.069, de 13/07/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, revogou o artigo 358 do Código Civil, não podendo mais vigorar a distinção entre os descendentes sangüíneos e os adotados, deferindo a herança àqueles em prejuízo destes.

E em 29 de dezembro de 1994, a Lei n. 8.971 criou o direito sucessório em favor do companheiro sobrevivente à totalidade da herança, na falta de descendentes e ascendentes.

Em 10 de maio de 1996, a Lei n. 9278 regulamentou o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, instituindo o direito real de habitação ao companheiro sobre o imóvel destinado à residência da família, enquanto não constituísse nova união ou casamento. A Lei n. 1.050, de 14 de novembro de 2000, acrescentou o § 3º ao artigo 1.611 do Código Civil conferindo o mesmo direito real de habitação ao filho deficiente físico incapacitado para o trabalho (não tendo o legislador de 2002 previsto a permanência deste benefício).

Com o advento da Lei n. 10.406, de 10/01/2002, instituiu o Código Civil Brasileiro, com preceito de vigência após uma ano (11/01/2003), sob a supervisão e coordenação da “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”. O Prof. MIGUEL REALE⁴⁹, em discurso na solenidade de sanção do Código Civil Brasileiro disse:

“(..) Costumo dizer que o Código Civil é o código do homem comum, visto como ele dispõe sobre a situação social e a conduta dos seres humanos, mesmo antes de seu nascimento, dadas as normas protetoras dos nascituros, e depois de sua morte, por preservar a sua última vontade e fixar o destino de seus bens”.

⁴⁹ Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/discfhc.htm>> (acesso em 15/08/06).

CAPÍTULO II - DIREITO DAS SUCESSÕES – OBSERVAÇÕES GERAIS

O Direito das Sucessões está previsto no inciso XXX do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

No Código Civil, a matéria é tratada no Livro V, em quatro títulos a saber:

Título I – Da sucessão em geral – (artigos 1.784 ao 1.828): disciplina as normas gerais pertinentes à sucessão legítima, à sucessão testamentária e à sucessão do companheiro; da herança e sua administração e à vocação hereditária. Estabelecendo regras que abrangem a abertura, transmissão, posse, titularidade, aceitação e renúncia da herança, dos excluídos da sucessão, da herança jacente e petição de herança.

Título II – Da sucessão legítima – (artigos 1.829 ao 1.856): regula a sucessão que se opera por força de lei, as regras atinentes à transmissão do patrimônio seguido de normas expressas descritas na ordem de vocação hereditária.

Título III – Da sucessão testamentária – (artigos 1.857 ao 1.990): contém disposições relativas à transmissão de bens para após a morte, por ato de última vontade.

Título IV – Do inventário e da partilha – (artigos 1.991 ao 2.027): trata das normas procedimentais pelas quais se efetua a partilha dos bens entre os herdeiros e normas pertinentes à colação e aos sonegados.

Livro Complementar - Das Disposições Finais e Transitórias do Código Civil - artigos 2.028 ao 2.046.

No Código de Processo Civil, a matéria é tratada sob o aspecto processual, nos artigos 982 ao 1.045, do Capítulo IX do Livro IV dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa.

Recentemente, a introdução da Lei n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007, que alterou os artigos 1º e 2º, ambos da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, facultando a realização de inventário e partilha consensual por via administrativa.

2.1 Da Sucessão em Geral

Com a morte da pessoa natural, abre-se a sucessão nos precisos termos da legislação civil, transmitindo-se aos herdeiros legítimos e testamentários o seu lugar nas relações jurídicas. O patrimônio é objeto de direito que não se extingue com a morte, os sucessores sub-rogam-se nos direitos e obrigações sobre os bens do morto⁵⁰, excetuando-se tão somente aquelas relações jurídicas não patrimoniais⁵¹ e as de caráter personalíssimo,⁵² que com o morto se extinguem.

Na lição de ARTUR VASCO ITABAIANA DE OLIVEIRA⁵³:

“A idéia de sucessão está toda na permanência de uma relação de direito que perdura e subsiste a despeito da mudança dos respectivos titulares”.

⁵⁰ Entretanto os herdeiros respondem pelos encargos deixados pelo morto no limite da quota herdada, conforme dispõe o art. 1.792 CC, com a seguinte redação. “O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a excuse, demonstrando o valor dos bens herdados”.

⁵¹ No entanto oportuno observar que mesmo os não patrimoniais comportam as suas exceções, conforme disserta GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA. “Contudo no período contemporâneo é imperioso ressaltar que a sucessão *causa mortis* não se restringe a referir-se às situações jurídicas patrimoniais, abrangendo inúmeros aspectos relacionados às situações jurídicas existenciais, como na eventualidade de reconhecimento de filhos em testamento, nomeação de tutores e testamentários, disposições testamentárias em favor de pessoas pobres de certas localidades, a transmissão *mortis causa* de alguns direitos morais do autor de obra científica, artística ou literária, entre outras. (*Direito Civil – Sucessões*, p. 24).

⁵² Cf. FRANCISCO JOSÉ CAHALI, “Entretanto são excluídas da herança as relações jurídicas não patrimoniais e as personalíssimas, mesmo com conteúdo econômico, tituladas pelo falecido, como por exemplo, o pátrio poder, a tutela, a curatela eventualmente exercidos pelo *de cujus*, o usufruto, o uso, o direito real de habitação, as rendas vitalícias, a pensão previdenciária, o contrato de trabalho, porque o sucessor não é a continuação da pessoa do *de cujus*”. (*Curso avançado de Direito Civil*, 2. ed vol 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.31

⁵³ *Tratado de direito das sucessões*, 5 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 28.

Conceitua ORLANDO GOMES⁵⁴:

“A expressão sucessão hereditária emprega-se nos sentidos objetivo e subjetivo. No sentido objetivo, é sinônimo de herança, massa de bens e encargos, direitos e obrigações que compunham o patrimônio do defunto. No sentido subjetivo, equivale ao direito de suceder, isto é, de recolher os bens da herança”.

Completando o conceito SILVIO RODRIGUES⁵⁵ aduz:

“(…) o direito das sucessões se apresenta como um conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores. A definição usa a palavra patrimônio, em vez de referir-se à transmissão de bens ou valores, porque a sucessão hereditária envolve a passagem, para o sucessor, tanto do ativo como do passivo do defunto”.

No exato instante da abertura da sucessão, a herança⁵⁶ transmite-se *ipso iure*⁵⁷ aos herdeiros legítimos e testamentários (*droit saisine*)⁵⁸, para que o patrimônio não fique sem dono, entre os momentos da delação e aquisição, possibilitando ainda a aquisição e transmissão pelo herdeiro que sobrevive, ainda que por um instante, após a morte do autor da herança; mesmo que ignore a sua condição de herdeiro⁵⁹.

⁵⁴ *Sucessões*, para esta referência e todas as demais foi usada a 12.ed. atual. por Mário Roberto Carvalho de Faria, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 5.

⁵⁵ *(Direito Civil – Direito das Sucessões*, vol.7, 26 ed. atualiz. por Zeno Veloso, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 3.

⁵⁶ No dizer de ORLANDO GOMES⁵⁶, “(…) A sucessão por morte compreende todas as espécies de aquisição, sendo complexa por sua natureza. É modo, por excelência, de sucessão universal, tendo tamanha significação que o substantivo se emprega comumente para designá-la. Caracteriza-se pela completa identidade da posição jurídica do sucessor e do autor da sucessão, de tal modo que, ressalvado o sujeito, todos os outros elementos permanecem na relação jurídica: o título, o conteúdo, o objeto”. (*Sucessões*, p.12). A herança é o patrimônio deixado pelo autor da herança, que não se deve ser confundido com o acervo hereditário que pode ser constituído apenas de passivos.

⁵⁷ Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

⁵⁸ *Le mort saisit le vif*, (o morto transmite ao vivo) do direito gaulês, representa a investidura do herdeiro independente de qualquer formalidade na titularidade e posse da herança.

⁵⁹ GISELDA MARIA FERNANDEZ NOVAES HIRONAKA, “Não é necessário nenhum ato do herdeiro para que lhe seja deferida a herança no momento exato em que se abre a sucessão. Morto o autor da herança, há transferência imediata e de pleno direito aos herdeiros legais ou instituídos, ainda que estes não tenham sequer tomado conhecimento da morte ocorrida, e ainda que dela não venham a saber, por sobrevir ao herdeiro morte posterior”. (*Comentários ao Código Civil*, parte especial, vol 20 *Direito das Sucessões*, coord. Antônio Junqueira de Azevedo, São Paulo: Saraiva, p.25.

Podem os herdeiros, inclusive, buscar as proteções possessórias, ou prosseguir nas ações anteriormente ajuizadas pelo autor da herança, em caso de esbulho, ameaça ou turbação, pois o herdeiro mantém a posse de seu antecessor⁶⁰ com os mesmos caracteres⁶¹. O herdeiro passa a ter, a partir da abertura da sucessão, direito aos frutos dos bens da herança⁶². Ainda que indivisa até o momento da partilha⁶³, ao herdeiro legítimo e testamentário é deferida a posse indireta, mantendo o inventariante a posse direta até a partilha dos bens⁶⁴.

⁶⁰ Leciona ARTHUR VASCO ITABAIANA DE OLIVEIRA. "Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, sem necessidade de ato algum de seu sucessor e ainda que este ignore, autorizando este fato que o herdeiro entre na herança da pessoa falecida como seu continuador" (*Tratado de direito das sucessões: da sucessão em geral e sucessão legítima*, 5.ed p. 51).

⁶¹ "Art. 1.203. Salvo prova em contrário, entende-se manter à posse o mesmo caráter com que foi adquirida". e "Art. 1.206. A posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres". Art.1.207. O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do seu antecessor, para os efeitos legais".

Conforme leciona SILVIO RODRIGUES, "(...) de modo que o herdeiro se sub-roga, no que diz respeito à posse da herança, na própria situação que o finado desfrutava. Se era titular de uma posse justa e de boa-fé. Se, ao contrário, for injusta a posse do *de cuius*, a posse de seu sucessor terá igual defeito, pois ninguém pode transmitir mais direito do que tem". (*Direito civil – Direito das sucessões*, p. 15).

⁶² Assim decidiu o STJ no RECURSO ESPECIAL Nº 570723 - (27 de março de 2007) por maioria dos votos a 3º Turma do STJ condenou o herdeiro que ocupa sozinho o imóvel deixado pelo falecido a pagar aluguel proporcional aos demais herdeiros não ocupantes do imóvel, o qual é devido desde o momento em que é cobrado. No Rio de Janeiro, um irmão (por parte de pai) ajuizou ação em face do outro irmão, pedindo aluguel sobre o imóvel deixado pelo falecido pai, ocupado, desde antes da morte do genitor, exclusivamente, pelo segundo irmão, menor de idade, acompanhado de sua mãe. O juiz acolheu o pedido para condenar o segundo irmão a pagar, desde a abertura da sucessão (data da morte do pai – 7/3/1988) valor a título de aluguel, na proporção de seu quinhão. O processo chegou ao STJ, sob o argumento de que não há obrigatoriedade de o herdeiro, ocupante do imóvel deixado pelo pai, pagar aluguel, se o bem não produz frutos – isto é, se o ocupante não auferir renda com a utilização do bem. A ministra Nancy Andrigui sustentou, em seu voto que, "com a abertura do inventário e até a partilha, os bens do falecido ficam em comunhão hereditária, isto é, todos os herdeiros são co-titulares do patrimônio deixado pelo falecido, devendo, portanto, serem observadas as mesmas regras relativas ao condomínio (art. 1.791, parágrafo único, do CC/02)". Seu voto considerou que, "para o surgimento da obrigação de pagar aluguel proporcional seria necessário que o ocupante fosse cobrado com atos de oposição, judicial ou extrajudicial, por parte dos demais herdeiros". Na hipótese, o herdeiro que pleiteou o aluguel cobrou o irmão para que fosse depositado em sua conta o equivalente à metade de um aluguel e não houve resposta. Assim por ter ocorrido a oposição (a cobrança do outro herdeiro) e diante do silêncio do ocupante do imóvel, concluiu a ministra pelo reconhecimento do dever de pagar pelo aluguel proporcional do imóvel. Quanto ao momento a partir do qual seria devido o pagamento, ficou decidido que a obrigação surgiu com a cobrança do irmão, devendo a partir daí, o ocupante do imóvel pagar o valor estipulado na sentença e não a partir da abertura da sucessão.

Em sentido contrário – RECURSO ESPECIAL Nº 622472 – a 3º Turma do STJ – "Uma moradora que possui apenas uma parte de um imóvel não está obrigada a pagar aluguel aos outros herdeiros do bem, que não têm interesse em nele morar. O entendimento, unânime, é da Corte Especial do STJ, que confirmou decisão da 3º Turma. Segundo o ministro relator, Luiz Fux, "simples consentimento de que outro proprietário more no imóvel não dá o direito de cobrar aluguéis". Ele acentou que "só seria o caso de receber o benefício caso alguém sofresse algum impedimento de usar a casa". Hylsea Mesquita de La Rocque Vieira – que herdou um terço da casa que era de sua mãe, pretendia ser indenizada pela outra herdeira no caso, a sua cunhada Hortência Maria Silva Vieira, que mora no imóvel herdado, em Vila Isabel, Rio de Janeiro. A questão chegou até o grau de embargos de divergência. A recorrente sustentou que houve oposições contrárias entre a decisão da 3º Turma, de relatoria da ministra Nancy Andrigui, e a da 6º Turma, de relatoria do ministro Vicente Lel (já aposentado) sobre o mesmo tema. A ementa de julgado da 6º Turma afirmava que "na propriedade em comum, quem ocupa integralmente imóvel de que é co-proprietário deve pagar aluguel aos demais condôminos, aos quais são assegurados os direitos inerentes ao domínio e perceber os frutos produzidos pela coisa comum". Para a 3º Turma, no entanto, a autora não comprovou que havia algum impedimento para ela usar o imóvel, caso isso fosse de seu interesse. O órgão Especial do STJ, decidindo a divergência, estabeleceu que "o condômino deve provar de plano qual o cerceamento ou resistência ao seu direito à fruição da quota parte que lhe é inerente do bem imóvel, a fim de justificar a cobrança dos frutos em razão de aluguel, sob pena de ensejar situação esdrúxula, em que, a despeito de concordarem os condôminos com a divisão de domínio sobre uma mesma coisa indivisa, estes seriam obrigados a indenizarem preferisse não gozar do condomínio".

Ainda que julgados em sentido contrário, fica claro que o dever de pagar fica condicionado à prova da existência da oposição para com os demais co-herdeiros.

⁶³ Cf. FRANCISCO JOSÉ CAHALI, "A indivisibilidade da herança faz com que ela permaneça como uma universalidade *iuris* impartível, criando entre os herdeiros um regime de domínio forçado, cada qual sendo titular de uma parte ideal do todo. E os direitos dos co-herdeiros, quanto à propriedade e a posse deste todo unitário, serão regidos pelas normas relativas ao condomínio (CC., art. 1.791, parágrafo único). Decorre da indivisibilidade imposta por lei a prerrogativa, para cada herdeiro, de reclamar qualquer dos bens que compõe a herança de quem injustamente os possua. E assim agindo, mesmo sendo titular apenas de parte ideal do acervo, o herdeiro que teve a iniciativa beneficiará a todos os demais, não lhe sendo exclusivo o resultado. (*Curso avançado*, p.75)

⁶⁴ SILVIO RODRIGUES, "Enquanto o inventariante conserva a posse direta dos bens do espólio, os herdeiros adquirem a sua posse indireta. Ambos ostentam, simultaneamente, a condição de possuidores". (*Direito Civil, Direito das Sucessões*, 26. ed. vol 7, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15).

No dizer de ROSA ANDRADE NERY⁶⁵, o direito pátrio adotou um sistema híbrido, do direito romano germânico de transmissão da herança:

“a) para incluir os herdeiros testamentários na regra da transmissão ipso iure da herança;

b) para admitir que há transferência tanto da posse direta quanto da indireta, própria ou imprópria, direito à posse ou à reaquisição da posse;

c) para admitir que a transferência automática da posse ao herdeiro é ficção jurídica, pois não depende nem da apreensão física da coisa, nem do conhecimento do herdeiro que ostenta essa condição para aperfeiçoar-se a transmissão;

d) para admitir que a transmissão se dá no momento da morte, independentemente da aceitação da herança pelo herdeiro;

e) para admitir que não há herança sem dono, razão de ser da transferência imediata e automática da herança aos herdeiros, no momento da morte do de cujus”.

Situação distinta do legatário⁶⁶ que tecnicamente não é herdeiro e não responde pelas dívidas do morto⁶⁷ tem legitimada a responsabilidade proporcionalmente ao legado⁶⁸, o legatário não é investido automaticamente na coisa legada, depende da partilha ou deferimento da posse por decisão judicial, pois sucede a título singular um bem certo e determinado destinado em testamento.

⁶⁵ ROSA MARIA BARRETO BORRIELLE DE ANDRADE NERY, *O novo código civil – estudos em homenagem ao prof. MIGUEL REALE*, São Paulo: LTr, 2003. P. 1.368

⁶⁶ O legatário em regra não se torna possuidor com a abertura da sucessão, tem tratamento jurídico particular como referência, FLAVIO AUGUSTO MONTEIRO DE BARROS, “Quanto ao legatário, a situação é distinta. Se infungível a coisa legada, adquire-se a propriedade desde a abertura da sucessão; se fungível, só adquire após a partilha. Quanto a posse, seja a coisa fungível ou infungível, a aquisição só ocorre após a partilha”. (*Manual de direito civil – Direito das sucessões*, vol 4. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 182).

⁶⁷ No entanto faculta ao testador impor encargos específicos ao legatário.

⁶⁸ ARNALDO RIZZARDO, *Direito das sucessões*, p.408.

Com a abertura da sucessão, nasce para o herdeiro, antes mesmo de efetuada a partilha, a faculdade de transferir a titularidade do seu quinhão hereditário ou o legado por ato inter vivos, através da cessão de direitos hereditários⁶⁹, seja a título gratuito ou oneroso.

Anota FRANCISCO JOSÉ CAHALI⁷⁰:

“(...) com a abertura da sucessão, o quinhão hereditário, embora não individualizado ou discriminado, passa a integrar o patrimônio do herdeiro (como direito, e não bem móvel ou imóvel), podendo, nestas condições, ser transmitido, no todo ou em parte, por ato inter vivos, através de cessão de direitos hereditários, ou até mesmo ser objeto de penhora ou constrição judicial por eventuais credores do herdeiro”.

O legislador do Código vigente tratou de modo expresse o direito de preferência dos co-herdeiros à aquisição da quota parte na cessão dos direitos hereditários, e segundo orientação balizada, aplica-se o direito de preferência mesmo aos inventários em curso, abertos na vigência da lei anterior. Observação feita por FRANCISCO JOSÉ CAHALI⁷¹, quanto a aplicabilidade imediata da norma e o direito intertemporal:

“Convém destacar a aplicabilidade imediata das novas regras aos processos em curso, mesmo relacionados à sucessão aberta na vigência da lei anterior. É que o ato jurídico de disposição (no caso a cessão de direito hereditário) deve seguir as exigências legais existentes na data de sua efetivação. Não se trata, aqui, de direito sucessório, para o qual aplicar-se-á lei vigente na data da abertura da sucessão, mas de ato inter vivos, que, como tal, submete-se ao império do Direito positivo existente quando de sua prática”

⁶⁹O Código de 2002 foi expresse ao tratar do direito de preferência exercido pelos co-herdeiros nos arts.1791 e parágrafo único, 1.794 e 1.795, todos do CC.

⁷⁰FRANCISCO JOSÉ CAHALI e GISELDA MARIA FERNANDEZ NOVAES HIRONAKA, *Curso de direito civil avançado*, p.

46

⁷¹ *Ibidem*, p.79

2.2 Espécies de Sucessão Hereditária

O Código vigente manteve as duas formas de sucessão, a legítima e a testamentária.⁷² Pela sucessão legítima, são chamados os herdeiros do falecido, obedecida uma ordem de preferência pré-determinada em lei (ordem de vocação hereditária); enquanto na sucessão testamentária, são atendidas as disposições de última vontade deixadas pelo autor da herança em forma de testamento, conferindo aos beneficiários, a herança ou legado.

2.2.1 Da Sucessão Legítima

Apesar da sucessão legítima ser a mais comum⁷³, pois se dá em virtude de lei, é modo subsidiário de transmissão, esta ocorre na ausência de testamento válido⁷⁴ (se for caduco, ter-se rompido, ter sido revogado ou considerado inválido; nulo ou anulável),⁷⁵ quando as disposições não abrangerem a totalidade do patrimônio do *de cuius*⁷⁶ ou ainda quando houver herdeiros necessários, também denominados de herdeiros legitimários⁷⁷ (por não poder atingir a legítima), nesses casos inevitavelmente se opera a sucessão *ab intestato*.

Na sucessão legítima, serão chamados a suceder o *de cuius*, a título universal, os familiares do finado, obedecida a ordem de preferência por classes distintas e dentro da mesma classe de herdeiros os parentes mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação.

⁷² Art. 1.786. do CC. “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. Ao contrário do direito romano, convivem no direito pátrio, as duas formas de sucessão (legítima e testamentária). Informa SILVIO RODRIGUES, *que no direito romano, a sucessão era legítima ou testamentária, uma excluindo a outra*. “*Nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*”. (*Direito Civil- Direito das Sucessões*, ,p.16).

⁷³ Que seria a vontade presumida do falecido, e para alguns como Giselda, razão pela qual se explicaria o pouco número de testamentos no Brasil (*Direito das Sucessões*).

⁷⁴ A respeito das críticas ao art. 1.788 do CC, que faz referência somente aos casos de testamento caduco e nulo, não abrangendo as outras hipóteses o projeto de Lei n. 6.960 de 2002, de autoria do Dep. Ricardo Fiúza, propõe a seguinte redação: “Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos: mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, romper-se, ou for inválido”. (NR)

⁷⁵ Explica ORLANDO GOMES, a respeito do testamento. “Quando *ineficaz*, por haver caducado, ou ter sido declarado nulo, aplicam-se, em substituição, as regras da sucessão *ab intestato*”. (*Sucessões*, p.17).

⁷⁶ “Art. 1.966. Se forem determinadas as quotas de cada herdeiro, e não absorverem toda a herança, o remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos, segundo a ordem da vocação hereditária”. O artigo acima se refere às quotas remanescentes que não foram absorvidas no testamento, enquanto o artigo 1788, Segunda parte, se refere aos bens que não foram compreendidos”

⁷⁷ “Art. 1789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

A ordem de preferência concorrente ou não, estabelecida por lei, denomina-se ordem de vocação hereditária, na vigência do Código revogado, a existência de um único herdeiro da classe precedente independente do grau, excluía o herdeiro da classe subsequente, caracterizando a total primazia de um em relação ao outro.

Com as devidas alterações, o Código vigente passa a contemplar a possibilidade de herdeiros de classes diversas a concorrer na mesma sucessão. Submetidos a certos critérios, quando o cônjuge sobrevivo concorrer com os descendentes e outros quando concorrer com os ascendentes do autor da herança em quotas legalmente determinadas.

A classe dos sucessíveis é formada pelos descendentes, ascendentes ambos sem limitação de grau, pelo cônjuge e pelos colaterais até o quarto grau. Na classificação, todos são herdeiros legítimos sendo os três primeiros herdeiros necessários, e o último herdeiro facultativo⁷⁸.

2.2.2 Da Sucessão Testamentária

A sucessão testamentária se dá por ato de disposição de última vontade, faculta a lei ao autor da herança⁷⁹ atribuir os seus bens para depois de sua morte, a pessoas determinadas,⁸⁰ porém, dentro de limites previamente estabelecidos e condicionados à capacidade de disposição do autor.

⁷⁸ E conforme assertiva de ORLANDO GOMES, "Todo herdeiro necessário é legítimo, mas nem todo herdeiro legítimo é necessário". (*Sucessões*, p.41).

⁷⁹ Podem testar as pessoas capazes que tenham a livre administração dos seus bens.

Art. 1.860 do CC. "Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de 16 (dezesseis) anos".

⁸⁰ Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: I- a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; II- as testemunhas do testamento; III- o concubino do testador casado, salvo se este estiver separado de fato do cônjuge há mais de 5 (cinco) anos; IV- o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento".

A sucessão testamentária prefere a sucessão legítima desde que respeitadas as quotas dos herdeiros necessários. Havendo essa classe de herdeiros o autor da herança somente pode testar sobre a porção disponível que corresponde à metade dos seus bens⁸¹.

Na sucessão testamentária, o ato de disposição pode se dar a título universal ou singular, nesta o beneficiário é contemplado com um bem certo e determinado, denominado de legado, enquanto que naquela o herdeiro é convocado para receber o todo ou uma quota parte dos bens do autor da herança.

2.3 Quando ao Título da Sucessão

A sucessão *causa mortis* pode se dar a título universal ou a título singular⁸².

Conforme FRANCISO JOSÉ CAHALI⁸³:

“A sucessão a título universal caracteriza-se pela transmissão do patrimônio do defunto como um todo (universitas iuris), atribuindo-se de forma abstrata, aos sucessores, as respectivas partes ideais (ou quota hereditárias, em percentual), podendo ser verificada tanto na sucessão legítima como na testamentária, esta última quando o testador institui herdeiro em fração de herança (p. ex., “deixo para A 30% da herança”). Também assim se dará a sucessão se o herdeiro, mesmo único, receber a integralidade da herança, assumindo, nestas condições, não em porção ou percentual, mas na totalidade as relações jurídicas antes tituladas pelo falecido, sub-rogando-se na sua posição. A sucessão a título singular implica a transferência de bens determinados a pessoas determinadas.

⁸¹ “Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens ou parte deles, para depois de sua morte. § 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento”.

⁸² Cf. ORLANDO GOMES, “A primeira caracteriza-se pela transmissão do patrimônio do defunto, ou de sua quota parte deste; a segunda, pela transferência de bens determinados” (*Sucessões*, 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 6).

⁸³ *Curso avançado*, p.53

Dá-se apenas na sucessão testamentária, onde a disposição de última vontade contempla um ou vários beneficiários, com bem certo e determinado, como, por exemplo, um terreno, ou uma caderneta de poupança, uma moto etc. O bem deixado denomina-se legado, e o beneficiado legatário, substituindo o falecido apenas na coisa legada. Este não deixa de ser sucessor, mas tecnicamente não é considerado herdeiro em sentido estrito, pois recebe a título singular, e não universal como aquele, tendo inúmeras conseqüências esta distinção....”.

Desse modo, na sucessão legítima, o herdeiro indicado por lei sempre sucede a título universal; na sucessão testamentária, a sucessão pode se dar a título universal (ao herdeiro testamentário) ou a título singular (ao legatário).

2.4 Aspectos do Direito Intertemporal

No momento de transição de um Código a outro, ou seja, com a revogação da Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 e o advento da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com preceito de vigência a partir de 11 de janeiro de 2003, importante destacar a questão da eficácia da lei no tempo, pois a sucessão está intimamente ligada ao aspecto temporal.

Dispõe o Código Civil, no artigo 1.787, *“regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela”*. Assim, convocado o herdeiro à sucessão, seja por um título (testamento) ou fundamento jurídico (ordem de vocação hereditária)⁸⁴, será aplicada à sucessão a legislação em vigor na data do falecimento do autor da herança (*tempus regit actum*).

A sucessão aberta da vigência da lei revogada, por ela será regida,⁸⁵ independentemente da data da abertura do inventário, que em geral ocorre em

⁸⁴ “Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”.

⁸⁵ Cf. FRANCISCO JOSÉ CAHALI, “E pela abrangência expressa no dispositivo, não só a capacidade é verificada no momento do falecimento, como também a lei aplicável àquela sucessão. Assim, por exemplo, o imposto *causa mortis* é devido pela alíquota vigente na data do óbito (STF, súmula 112)” (*Curso avançado*, p. 45).

momentos distintos. A legislação posterior alterando a ordem de vocação hereditária, ou alterando a alíquota do imposto *causa mortis* e todas as demais disposições materiais, devem obedecer à lei vigente ao tempo da abertura da sucessão, ainda que o inventário esteja em curso, reforçando esta, o artigo 2.041, do Livro Complementar das Disposições Finais e Transitórias do Código Civil com a seguinte redação:

“As disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (artigos 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916)”.

Com relação às alterações, na ordem de convocação e distribuição da herança, mais especificadamente, quanto à concorrência do cônjuge e o companheiro à herança com outros herdeiros, somente será possível nas sucessões abertas a partir de 11 de janeiro de 2003.

2.5 Aceitação da Herança

Aberta a sucessão, a herança é transmitida automaticamente aos herdeiros legítimos e testamentários, no entanto, não é definitiva⁸⁶. Concede a lei a faculdade do herdeiro deliberar se aceita ou recusa a herança⁸⁷; a aceitação seria a mera confirmação da aquisição, e uma vez aceita, torna-se definitiva a transmissão, sendo este ato jurídico de caráter unilateral e irrevogável,⁸⁸ e

⁸⁶ “Art. 1.804. Aceita a herança, torna-se definitiva a transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão”.

⁸⁷ Cf. J.M CARVALHO SANTOS, “O Código Civil Brasileiro aceita o princípio dominante que só é herdeiro quem quer. Em nossa legislação todo herdeiro é voluntário, nem precisando dizer que não se conhecem os herdeiros necessários, no sentido do Direito romano, para os quais a herança era imediatamente deferida, mesmo contra a sua vontade, *necessarii ideo dicuntur quia omnimodo sive velint sive nolint tam ab intestato quam ex testamento heredes ficient.*” (*Código Civil interpretado*, 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, vol XXII, p.104 e 105).

⁸⁸ Uma vez aceita a herança, esta é irrevogável. “Art. 1.812. São irrevogáveis os atos de aceitação ou de renúncia da herança” Observa SILVIO DE SALVO VENOSA, “É evidente que não se confunde a irrevogabilidade com as nulidades. A aceitação ou a renúncia podem ter decorrido de vícios de vontade e como tal os atos são anuláveis” (*Direito Civil – Direito das Sucessões*, 5 ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 37).

A aceitação passa a ser irrevogável, como assinala FRANCISCO JOSÉ CAHALI, “Pela legislação de 2002, entretanto, a aceitação passa a ser irrevogável, como sempre foi a renúncia (art. 1.812). Assim, assume especial importância a verificação da aceitação pois, uma vez ocorrida, qualquer ato posterior de disposição, pelo sucessor, de sua quota hereditária terá natureza de cessão de direitos hereditários, e como tal será tratada, com a incidência inclusive, de tributação pela transmissão *inter vivos* promovida, ressalvadas as hipóteses de isenção previstas na legislação pertinente”. (*Curso avançado*, 90).

retroagindo os efeitos à data da abertura da sucessão, conforme FRANCISCO JOSÉ CAHALI⁸⁹:

“Veja-se, pois, tratar-se de confirmação do herdeiro, pois já com a abertura da sucessão lhe é deferida a herança. Bastará a anuência com a transmissão incontinenti do acervo hereditário, que se opera por força de lei (ex vi legis), com o falecimento em favor do sucessor legítimo ou testamentário. Daí por que se falar em consolidação dos direitos hereditários, produzindo efeito retrooperante. E nesse sentido o art. 1.804, ao consignar: Aceita a herança, torna se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão”.

Sendo a herança uma universalidade de direitos e obrigações, é inadmissível a aceitação parcial do conteúdo da herança, salvo se conferidos a títulos diversos⁹⁰, como também é vedada a aceitação sob condição ou termo, sob pena de ferir a segurança jurídica das relações⁹¹.

2.5.1 Espécies de Aceitação

Expressa: quando declarada por escrito⁹² de maneira inequívoca em instrumento particular ou termo nos autos, declarando receber a herança. Não se admite no direito pátrio a aceitação verbal.

Tácita ou implícita: Haverá aceitação tácita quando tão somente os atos praticados forem evidenciados como apenas aqueles que tão somente poderia o

⁸⁹ *Curso avançado de Direito Civil*, p.88.

⁹⁰ Art. 1.808 do CC, Não se pode aceitar ou renunciar à herança em parte, sob condição ou a termo. § 1º O herdeiro, a quem se testarem legados, pode aceitá-los, renunciando à herança ou, aceitando-a, repudiá-los. § 2º O herdeiro, chamado, na mesma sucessão, a mais de um quinhão hereditário, sob título sucessório diversos, pode livremente deliberar quanto aos quinhões que aceita e aos que renuncia”.

Aqui se encontram duas exceções ao princípio da inadmissibilidade da aceitação parcial da herança, prevista no §1º do art. 1.808, que permite ao herdeiro renunciar à herança e aceitar o legado e vice-versa. O § 2º permite ao herdeiro deliberar, aceitando a herança, por exemplo, da sua parte legítima e repudiar a herança testamentária e também vice-versa.

⁹¹ Conforme observa FRANCISCO JOSÉ CAHALI, a aceitação só pode ser incondicional, ou seja, não suporta ficar submetida a condição ou termo (CC, art. 1.808), já que a suspensão ou resolução do domínio deferido ao herdeiro, por força de tais modalidades, constituiriam fatores de insegurança jurídica, contrários à natureza do ato. A esta característica denomina-se aceitação pura e simples. (*Curso avançado*, p. 95)

⁹² Art. 1.805.1º parte. “ A aceitação da herança, quando expressa, faz-se por declaração escrita;...”.

herdeiro praticar⁹³. J. M. CARVALHO SANTOS⁹⁴, na vigência do Código revogado assim descreveu:

“O que a lei quer é que o ato praticado seja de natureza tal que não deixe dúvida que foi praticado na qualidade de herdeiro. Se a intenção permanece dúbia, em razão do ato poder ter sido praticado em outra qualidade que não a de herdeiro, excluída estará a manifestação de vontade de aceitar a herança, porque a dúvida é excludente da vontade definitiva e visível, que a lei quer que haja para a aceitação tácita da herança”

No entanto, não são reputados modos de aceitação tácita da herança, embora praticados pelo herdeiro, os atos oficiosos de funeral, ou meramente conservatórios dos bens do *de cuius* e todos os demais atos morais e familiares praticados com sentimentos humanitários⁹⁵, assim como não importa a aceitação à cessão gratuita, pura e simples da herança aos demais co-herdeiros⁹⁶.

Presumida ou provocada⁹⁷: A aceitação é presumida em decorrência do próprio silêncio, pois a lei prevê o efeito da aceitação para o herdeiro devidamente notificado pelo interessado⁹⁸ (credor do herdeiro, co-herdeiro, ou sucessor que se beneficie com a renúncia) e esse deixa correr o prazo judicial até 30 dias sem se manifestar, nesse caso o silêncio é considerado manifestação de vontade, sendo presumida a aceitação da herança.

⁹³ Art. 1.805. 2º parte “...quando tácita, há de resultar tão somente de atos próprios da qualidade de herdeiro”.

⁹⁴ *Código Civil brasileiro interpretado*, 8 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, vol. XXII p. 127 e 128.

⁹⁵ § 1º do art. 1.805. “Não exprimem aceitação de herança os atos oficiosos, como o funeral do finado, os meramente conservatórios, ou os de administração e guarda provisória”.

⁹⁶ § 2º do art. 1.805. “ Não importa igualmente aceitação a cessão gratuita pura e simples, da herança aos demais co-herdeiros”.

⁹⁷ Cf. ARNALDO RIZZARDO, “ O interessado provoca o herdeiro, a fim de ouvir a sua manifestação. Decorridos 20 dias da abertura da sucessão sem o pronunciamento, então requererá ao juiz a intimação, em 30 dias...” (*Direito das sucessões*, p. 70).

⁹⁸ “Art. 1.807. “O interessado em que o herdeiro declare se aceita ou não, a herança, poderá, 20 (vinte) dias após aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo razoável, não maior de 30 (trinta) dias, para nele, se pronunciar o herdeiro, sob pena de se haver a herança por aceita”.

A aceitação é direta quando o próprio herdeiro aceita a herança. Indireta, quando manifesta por seu sucessor,⁹⁹ tutor, curador ou pelo credor do herdeiro.¹⁰⁰

O parágrafo único do artigo 1.809 do Código Civil prescreve que: *“Falecendo o herdeiro antes de declarar se aceita a herança, o poder de aceitar passa-lhe aos herdeiros, a menos que se trate de vocação adstrita a uma condição suspensiva, ainda não verificada.”*

Os sucessores do herdeiro falecido antes da deliberação podem aceitar ou renunciar à primeira herança, desde que aceitem em receber a segunda.

Conforme ARNALDO RIZZARDO¹⁰¹, *“Nada de anormal se encontra neste poder, já que a transmissão do poder de adir, expressão esta comum em direito hereditário. Ocorrendo a morte do vocacionado a herdar, transmite-se também a faculdade de aceitar ou recusar a herança. Mas desde que se encontre na ordem sucessória do art. 1.829 (art. 1.603 do Código anterior), e não seja herdeiro testamentário sob condição suspensiva, visto que, nesta hipótese, realiza-se a transmissão se, após a morte do de cujus, é cumprida a condição para o recebimento (...). Assegura-se-lhe, no entanto, aceitar a herança do primeiro autor da herança em relação a eles, e recusar a do anterior. Por outras palavras, estão autorizadas a aceitar a herança por morte do progenitor, e não aceitar de seu avô (...). Para se viabilizar a hipótese, devem existir acervos patrimoniais distintos”*.

⁹⁹ Conforme dispõe o art. 1.809 do CC. “Falecendo o herdeiro antes de declarar se aceita a herança, o poder de aceitar passa-lhe aos herdeiros, a menos que se trate de vocação adstrita a uma condição suspensiva, ainda não verificada”. Nesse caso, transfere-se aos sucessores do herdeiro que faleceu antes de manifestar a aceitação o poder de deliberar, pois morto o herdeiro sem ter manifestado a aceitação da herança, impede a transmissão aos seus sucessores. Porém esta transferência é obstada quando na pendência da condição suspensiva.

¹⁰⁰ Cf. ARNALDO RIZZARDO, chama de aceitação obrigatória, “possuindo o herdeiro dívidas pessoais, o herdeiro é coagido a aceitar o quinhão, sob pena de, por ele, os credores ou interessados aceitarem a parte que lhe cabe. E isto com o fito de serem pagos em seus créditos.” (*Direito das sucessões*, p. 71).

Art. 1.748, inciso II do CC, “Compete também ao tutor, com autorização do juiz: II – aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos”;

¹⁰¹ *Direito das sucessões*, p.72.

GUILHERME CALMON DA GAMA¹⁰², tratou como a *transmissão da faculdade de aceitar*, com escólio no J M CARVALHO SANTOS, “*diante do sistema jurídico brasileiro que envolve a herança. Segundo o civilista, duas condições devem concorrer para transmissão da faculdade de aceitar a herança do primeiro falecido: a) a possibilidade do herdeiro da primeira sucessão de manifestar aceitação da herança do primeiro autor da sucessão (primeiro falecido), pois, se tratava de vocação condicional, ainda não havida sido adquirida tal faculdade; b) a aceitação dos herdeiros do herdeiro pós morto ao primeiro falecido da herança, já que a faculdade de aceitar havia-se integrado ao patrimônio do herdeiro do autor da herança e da impossibilidade da aceitação parcial (op. cit., p.148). Desse modo, a segunda condição já existia no período da vigência do CC 1916, mas o legislador de 2002 preferiu expressamente estabelecer que a faculdade de aceitar somente será transmitida se os vocacionados do herdeiro falecido aceitarem a segunda herança, caso em que terão oportunidade de manifestar aceitação ou renúncia da primeira herança.*”

2.5.2 Benefício do Inventário

Nada obsta que o herdeiro renuncie ao benefício do inventário, declarando de forma expressa que assume as dívidas do *de cujus* acima da força da herança, porém não é prática comum. Outorgado pelo Código de 1916 e repetido no Código atual, o benefício do inventário foi estendido a todos os herdeiros, independentemente de manifestação, que continuam não respondendo pelas dívidas acima das forças da herança¹⁰³.

2.5.3 Renúncia da Herança

¹⁰² *Direito civil, sucessões*, p. 78

¹⁰³ Ao contrário do direito anterior, conforme relata, SILVIO RODRIGUES: “De fato no direito anterior, ao suceder o falecido, o herdeiro tomava-lhe o lugar, substituindo-o em todas as suas relações jurídicas, quer em seus créditos, quer em seus débitos. Assim, se o passivo excedesse o ativo, o herdeiro continuaria responsável pelo saldo devedor, que saía do seu bolso. Para se eximir desse risco, mister se fazia que, ao manifestar seu assentimento em adir a herança, declarasse que a aceitava sob o benefício do inventário. Aceita sob benefício de inventário significava que a aceitação era condicional, só tendo eficácia se o ativo superasse o passivo. Assim, a responsabilidade do herdeiro ficava circunscrita às forças da herança. (*Direito Civil – Direito das sucessões* 26. ed. v. 7, atualiz. Zeno Veloso, São Paulo: Saraiva, 2003, p.54).

Embora a herança deva transmitir-se desde o momento da abertura da sucessão, pela *droit de saisine*¹⁰⁴ tal fato pode não ocorrer: é quando o herdeiro repudia à herança, renunciando-a, nesse caso os efeitos retroagem ao momento da abertura da sucessão, considerando como se jamais houvesse ocorrido a transmissão, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 1.804 do Código Civil.

“A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança”.

Na sucessão legítima a renúncia abdicativa (pura e simples) da herança leva o quinhão do renunciante a acrescer aos demais co-herdeiros da mesma classe e grau¹⁰⁵; se for o único herdeiro ou se todos os herdeiros daquele grau renunciarem¹⁰⁶, a herança é atribuída aos seus descendentes por direito próprio¹⁰⁷ porque ninguém pode suceder o herdeiro renunciante por representação¹⁰⁸. Somente na falta desses a herança é atribuída à classe subsequente¹⁰⁹, conforme dispõe o artigo 1.811 do Código Civil.

ARTUR VASCO ITABAIANA DE OLIVEIRA, na vigência do Código revogado, já alertava para a confusão entre herdeiros da mesma classe que são divididos em grau, e classes diversas. No entanto o legislador no Código vigente,

¹⁰⁴ “Art.1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

¹⁰⁵ Na sucessão testamentária, a renúncia do herdeiro torna caduca a disposição de última vontade, salvo se o testador indicou um substituto. Cf. ORLANDO GOMES, “Na sucessão testamentária, variam as soluções conforme as hipóteses que se podem apresentar. A parte do herdeiro renunciante caberá a seu substituto, se o testador o houver designado. Quando não tenha havido designação, transmite-se aos herdeiros legítimos a cota vaga do renunciante”. (*Sucessões*, p. 26).

¹⁰⁶ Resp 36076/MG 1993/0017004-0 Rel. Min. Garcia Vieira – primeira Turma – DJ 29.03.1999 p.76. “A renúncia de todos os herdeiros da mesma classe, em favor do monte, não impede seus filhos de sucederem por direito próprio ou por cabeça. Homologada a renúncia, a herança não passa para a viúva, e sim aos herdeiros remanescentes. Esta renúncia não configura doação ou alienação à viúva, não caracterizando o fato gerador do ITBI, que é a transmissão da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis.

¹⁰⁷ Cf. Resp 67490/RS – 1995/50028058-2 Relator Min. PAULO COSTA LEITE (353) Órgão Julgador – Terceira Turma – data do julgamento 24/06/1996 – Data da Publicação/Fonte DJ 19.08.1966 p. 28471. RD vol.7 p.246 – RSTJ vol.86 p. 224. Ementa: Capacidade para suceder, renúncia. “ os filhos do herdeiro renunciante, nas hipóteses que trata o art. 1.588 do Código Civil, somente podem vir a sucessão por direito próprio, daí que a capacidade para suceder deve existir ao tempo da abertura da sucessão, segundo o princípio do art. 1.577 do mesmo Código, e não ao tempo da renúncia, que opera “*ex tunc*”. Recurso conhecido e provido”.

¹⁰⁸ Exemplificando; se o *de cuius* tinha 3 filhos e um deles renuncia, ainda que tenha descendentes, a herança se divide entre os dois outros filhos.

¹⁰⁹ Cf. EUCLIDES DE OLIVEIRA, “ A parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe ou, se o renunciante for único de sua classe, a herança atribui-se aos descendentes, por direito próprio, ou devolve-se aos da classe subsequente (arts. 1.810 e 1.811 do Código Civil). Importa dizer, assim, que ninguém pode suceder por representação do herdeiro renunciante.” (*Direito de herança*, p. 62).

incorre no mesmo erro ao redigir o artigo 1.810, “Na sucessão legítima, a parte do renunciante acresce a dos outros herdeiros da mesma classe e, sendo ele o único desta, devolve-se aos da subsequente”. (grifei) O correto seria “a parte do renunciante acresce a dos outros herdeiros da mesma classe e grau”. A “classe” é o gênero, sendo o “grau” a espécie, o grau está dentro das classes. Os co-herdeiros são herdeiros da mesma classe e grau, conforme explica o autor.

“O nosso Código Civil, no art. 1.589, emprega a palavra classe no mesmo sentido de ordem de vocação hereditária. Naquele sentido o Código se refere à classe dos descendentes, à classe dos ascendentes, etc., na mesma ordem de vocação hereditária do art.1.603. O art. 1.589 deve ser interpretado em harmonia com o art.1.588: a herança só se devolve à classe subsequente (art. 1.589) quando o renunciante, sendo o único de sua classe, não deixar filhos, porque se deixar filhos estes herdarão por direito próprio e por cabeça”.

A renúncia é negócio jurídico formal, é o único modo de abdicar ao quinhão hereditário. Tratando-se de negócio jurídico da maior relevância, reclama a lei a declaração de forma expressa e solene¹¹⁰, O legislador do Código vigente substituiu a escritura pública pelo instrumento público, mantendo o termo judicial nos autos do inventário, sendo que a falta de formalidade torna o ato nulo¹¹¹, não admitindo a renúncia tácita ou presumida.

¹¹⁰ “Art. 1.806. A renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial”.

¹¹¹ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: IV – não se revestir a forma prescrita em lei”.

Ensina RENAN LOTUFO, ‘O presente artigo em exame, trata da nulidade, que é uma forma de sanção, imposta pelo ordenamento jurídico, para a privação dos efeitos do negócio praticado por conter defeitos irremediáveis, que versam sobre elementos essenciais. Tal sanção, importa esclarecer, pode não ser a única prevista no sistema. Castro y Bravo refere que negócio nulo é aquele cuja ineficácia é intrínseca, ou seja, cuja carência de efeitos negociais ocorre sem necessidade de prévia impugnação. O legislador desse Código, assim como o do antecedente, baseou-se no respeito à ordem pública e aos valores sociais, de forma a estabelecer que, se nulo, o negócio não produz efeitos. Assim, podemos afirmar que a nulidade decorre de tipificação de violação das normas, portanto emana da vontade do legislador na prevenção de agravo à ordem pública. (...) O inciso IV trata da observância à forma prescrita em lei, já referida na parte inicial do inciso III do art. 104. Assim, imposta determinada forma pela lei, esta constitui elemento do suporte fático do negócio jurídico. Por exemplo, se o negócio jurídico é de renúncia de herança, para ser válido há de ser por instrumento público ou termo judicial, conforme previsto no art. 1.806 desde Código Civil”. (Código Civil, p. 459 e 461).

Prevalece a orientação de que a renúncia pelo instrumento público dispensa a homologação judicial, conforme observa FRANCISCO JOSÉ CAHALI¹¹²:

“Embora com antiga orientação em sentido contrário, tem prevalecido o entendimento de que a renúncia dispensa homologação judicial (...)”

No Código revogado, constava de modo expresso, a retratação da renúncia, quando a manifestação resultasse de um dos vícios de consentimento, como emprego de violência, erro ou dolo¹¹³. E por absoluta desnecessidade, o legislador não mais repetiu o artigo 1.590 do Código Civil revogado que trazia o seguinte texto:

“É retratável a renúncia, quando proveniente de violência, erro, dolo, ouvidos os interessados.(...)”

Pois, como em quaisquer outras manifestações de vontade que podem ser anuladas¹¹⁴ quando eivadas de vícios, independentemente de previsão específica declarada em lei, conforme disposto no artigo 171, *caput* e inciso II do Código Civil¹¹⁵ (correspondente ao artigo 147 do Código Civil de 1916), submetida ao prazo decadencial do artigo 178¹¹⁶, incisos I e II do Código Civil.

¹¹² *Curso avançado*, p.96 e 97.

¹¹³ Cf. ARTUR VASCO ITABAIANA DE OLIVEIRA, “A renúncia é retratável quando proveniente de violência, erro e o dolo, ouvidos os interessados, porque são causas que viciam o consentimento, que é uma das condições essenciais à validade de qualquer ato jurídico, por traduzir livre manifestação de vontade, em o qual o ato não pode subsistir.” (*Tratado de direito das sucessões*, p. 108)

¹¹⁴ Explica RENAN LOTUFO “(...) diz que a principal finalidade da previsão da anulabilidade é o resguardo de pessoas que, por certas razões, não estariam aptas a realizar determinados negócios sem a observância de cautelas especiais. Há finalidades outras, como a relativa aos portadores da referida aptidão, mas que acabam por manifestar a vontade sob influência de vícios, que afetam o consentimento, contrariando o ordenamento jurídico. Assim, o ato anulável contém um vício que diz respeito à proteção de interesses individuais, ao contrário da nulidade, que, como já exposto, versa sobre questões de interesse geral, social, ou, como diz a maior parte da doutrina, a ordem pública”. (*Código Civil comentado*, parte geral arts. 1º a 232, vol 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p.473

¹¹⁵ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”.

¹¹⁶ Art. 178. É de 4 (quatro) anos o prazo de decadência para pleitear-se anulação do negócio jurídico, contado: I – no caso de coação, do dia em que ela cessar. II – no de erro, dolo fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, no dia em que se realizou o negócio jurídico: “

No caso, não se tratava de retratabilidade, como bem observa SILVIO DE SALVO VENOSA¹¹⁷, "...mas a situação como se vê, era de anulabilidade dos negócios jurídicos em geral".

O artigo 1.812 do Código vigente, de forma peremptória, dispõe: " São irrevogáveis os atos de aceitação ou de renúncia da herança."

Assim como a aceitação, é vedada a renúncia sob condição ou termo, ou a renúncia parcial da herança, visto que a herança é um todo indivisível antes de ultimada a partilha. Entretanto, excepcionam a aceitação e a renúncia concomitante da herança, obtidas a título diverso¹¹⁸, conforme disposto no artigo 1.808 e seus parágrafos do Código Civil¹¹⁹.

Assiste ao herdeiro, legítimo e testamentário, a faculdade em repudiar a herança, no entanto este encontra restrições na própria lei: primeiro só podem renunciar à herança aqueles que têm capacidade e a livre disposição dos bens¹²⁰. Não basta, somente, possuir a capacidade civil genérica, reclama a lei a capacidade para alienação. Se menor ou incapaz, somente fará através de seu representante legal, submetido à apreciação judicial, demonstrado o interesse e necessidade, conforme dispõe o artigo 1.691 do Código Civil¹²¹.

A incapacidade absoluta torna nula a renúncia. A incapacidade relativa torna anulável o ato.¹²²

¹¹⁷ *Direito Civil*, p.39

¹¹⁸ Cf. ARNALDO RIZZARDO, " Admite-se que, na sucessão, o herdeiro seja contemplado com herança e legado. A abdicação da herança não determina a renúncia ao legado. Isto, por evidente, quando no inventário se cumularesem as sucessões legítima e testamentária. De igual forma prevalece o oposto: a renúncia do legado não acarreta a herança". (*Direito das sucessões*, p.84).

¹¹⁹ "Art. 1.808. Não pode aceitar ou renunciar à herança em parte, sob condição ou a termo. § 1º O herdeiro, a quem se testarem legados, pode aceitá-los, renunciando à herança; ou, aceitando-a repudiá-los. § 2º O herdeiro, chamado, na mesma sucessão, a mais de um quinhão hereditário, sob título sucessórios diversos, pode livremente deliberar quanto aos quinhões que aceita e aos que renuncia".

¹²⁰ Cf. ARNALDO RIZZARDO, " Nesta ordem não podem renunciar os menores e outros incapazes, exceto em situações especiais, como, por exemplo, se a herança não trazer vantagens para eles, ou constitui-se mais de encargos e obrigações, mas sempre, aí, com autorização judicial. (*Direito das Sucessões*, p. 79).

¹²¹ "Art. 1.691. Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole e, mediante prévia autorização do juiz".

Omisso o legislador, discute a doutrina¹²³ se o herdeiro casado pode renunciar à herança independentemente do consentimento do cônjuge, apesar da sucessão aberta ser considerada bem imóvel, para FRANCISCO JOSÉ CAHALI:

*“Tratando a sucessão aberta como imóvel (art. 80, II), a renúncia à herança depende do consentimento do cônjuge, salvo se casado pelo regime da separação absoluta (CC, art. 1.647, I). considera-se que a ausência do consentimento torna o ato anulável, uma vez passível de ratificação (RT 675/102)”.*¹²⁴

Nesse sentido o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹²⁵.

“Sendo a renúncia à herança um ato alienativo, na hipótese do renunciante ser casado sob o regime de comunhão de bens faz-se necessário, para que se torne eficaz, o consentimento do outro cônjuge não herdeiro. A falta de outorga marital, todavia, apenas torna o ato anulável, pois passível de ratificação.”

Proíbe a lei, a renúncia que possa causar possíveis prejuízos aos credores, nesse caso, diante da renúncia do herdeiro devedor, poderão os credores, com autorização do juiz, aceitar a herança no lugar do renunciante¹²⁶, para tanto desnecessária a prova da má-fé do herdeiro, conforme dispõe o artigo 1.813 e incisos do Código Civil¹²⁷.

¹²² SILVIO DE SALVO VENOSA, *Direito Civil*, p.40

¹²³ Em sentido contrário, propugna pela dispensa do consentimento, GISELDA MARIA FERNANDEZ NOVAES HIRONAKA, (*Comentários ao novo Código Civil*), v.20, p. 122).

¹²⁴ MARIA HELENA DINIZ, “A pessoa casada pode aceitar ou renunciar à herança independentemente do prévio consentimento do cônjuge.”. (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, p.59).

¹²⁵ Agr. Instr. n. 143.696-1/2, 1..Câm. Civ. Do TJSP, de 19/11/1991. *Revista dos Tribunais*, 675/02.

¹²⁶ Art. 1.813 § 1º do CC, “Quando o herdeiro prejudicar os seus credores, renunciando à herança, poderão eles, com autorização do juiz, aceitá-la em nome do renunciante. § 1º A habilitação dos credores se fará no prazo de 30 (trinta) dias seguintes ao conhecimento do fato”.

¹²⁷ “Art. 1.813. Quando o herdeiro prejudicar os seus credores, renunciando à herança poderão eles, com autorização do juiz, aceitá-la em nome do renunciante. § 1º A habilitação dos credores se fará no prazo de 30 (trinta) dias seguintes ao conhecimento do fato. § 2º Pagas as dívidas do renunciante, prevalecerá a renúncia quanto ao remanescente, que será devolvido aos demais herdeiros”.

ARNALDO RIZZARDO¹²⁸, comentando o artigo em referência diz, tratar-se de *aceitação obrigatória*, “*extrai-se a obrigatoriedade da aceitação, se a renúncia trazer prejuízos a terceiros.(...). Não fosse desta maneira, a mera renúncia importaria em fraude, ou maquinações entre o devedor e os demais herdeiros, para o não cumprimento das obrigações pendentes. Nos próprios autos do inventário, ou em expediente apensado, formularão os credores o pedido de aceitar a herança pelo herdeiro devedor.*”

Diante do novo modelo, em que herdeiros de classes diversas podem ser convocados na mesma sucessão, algumas questões devem ser enfrentadas.

Preliminarmente, necessário situar o cônjuge na nova ordem de vocação hereditária; na vigência do Código revogado o cônjuge ocupava a terceira classe de herdeiros sucessíveis. Hodiernamente, concedendo maiores privilégios ao cônjuge este passou a ser herdeiro concorrente nas primeiras classes condicionado a critérios e quotas previamente estabelecidos pelo legislador, no entanto ele permanece a ocupar a terceira classe na ordem de vocação hereditária, interpretação diversa levaria a contrariar o artigo 1.836 do Código Civil que assim dispõe:

“Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente”.

Na concorrência sucessória do cônjuge com único herdeiro descendente e este renunciar, a quem acresceria a cota do renunciante?

Para EDUARDO OLIVEIRA LEITE¹²⁹, nesse caso o cônjuge herdaria sozinho. “*Ressalte-se, porém, que, se o cônjuge concorrer com descendentes e estes não puderem ou não quiserem aceitar, o cônjuge sobrevivente recebe, por*

¹²⁸ *Direito das Sucessões*, p. 71.

¹²⁹ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, *Comentários ao novo Código Civil Direito das sucessões*, vol XXI, 4.ed. coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.219

acrescer, a totalidade. José de Oliveira Ascensão já se referia à hipótese em relação ao direito português. E a solução é certamente, insuficiente. Se não houvesse descendentes, o cônjuge teria de partilhar com os ascendentes, assim recebe tudo(...)”.

Não parece ser a solução mais adequada. Ao adotar esse entendimento a renúncia de todos os herdeiros descendentes levaria o cônjuge a herdar sozinho, ainda que na existência dos ascendentes do *de cujus*.

Desse modo, a renúncia do único descendente¹³⁰, ou de todos os descendentes, levaria ao chamamento dos ascendentes em concorrência com o cônjuge, com fundamento nos artigos 1.810 e 1.836 ambos do Código Civil.

Comporta situação diversa, quando o cônjuge estiver concorrendo com vários descendentes e um deles renunciar. Nesse caso a quota do descendente renunciante passaria a integrar o monte partível, acrescentando à quota dos demais co-herdeiros, inclusive a do cônjuge, conforme dispõem os artigos 1.810 e 1.832, ambos do Código Civil,¹³¹ sendo assegurado ao cônjuge o quinhão igual ao dos descendentes, a única exceção cabível é aquela em benefício do cônjuge.

Na mesma solução incorre para os descendentes, se o herdeiro renunciante for o cônjuge, a sua quota parte volta ao monte partível para ser dividido entre os demais co-herdeiros, sendo da mesma classe e grau, serão divididos de modo equânime, conforme dispõe o artigo 1.834, “*Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes*”¹³².

¹³⁰ Mesma solução a ser aplicada se forem vários os descendentes e todos renunciarem.

¹³¹ “Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”.

¹³² Aqui cabe uma observação, o que o legislador quis dizer é descendentes do mesmo grau, pois os descendentes são sempre da mesma classe.

Se a concorrência do cônjuge for com os ascendentes do *de cuius* e um deles renunciar à herança, deverão ser observadas as regras do artigo 1.837 do Código Civil:

“Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará 1/3 (um terço) da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”.

Ou seja, se um dos ascendentes renunciar, a sua quota volta ao monte para ser partilhado na proporção de metade para o cônjuge e metade para o ascendente remanescente. Não nos parece aceitável o quinhão do renunciante crescer somente ao outro ascendente na proporção de 2/3 e 1/3 para o cônjuge.

Se todos os ascendentes renunciarem, o cônjuge herdará sozinho, pois além de ser herdeiro concorrente na segunda classe, é exclusivo na terceira, com as observações de J. M. de CARVALHO SANTOS¹³³:

“Não se confunde a classe com o grau dos herdeiros. Falecendo alguém, pertencerão à classe dos seus descendentes, os filhos e os netos, e à classe dos ascendentes, os pais e avós. Tendo nesta causa, ocorrido renúncia da mãe da falecida e a sua única ascendente, a herança não poderia passar para a colateral da falecida, mas para a classe subsequente à da renunciante, isto é, para o cônjuge sobrevivente, viúvo da falecida”.

Nessa mesma concorrência se a renúncia for do cônjuge, o seu quinhão voltará ao monte para ser repartido entre os ascendentes do autor da herança.

Na inexistência dos descendentes ou ascendentes do falecido, a renúncia do cônjuge na sucessão legítima, levará ao chamamento dos colaterais até ao quarto grau, conforme o artigo 1.839 do Código Civil, *“Se não houver*

¹³³ J. M. DE CARVALHO SANTOS, *Código Civil interpretado*, p. 173

cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau”.

Renúncia translática (translativa).

O herdeiro que renunciar de forma a indicar determinada pessoa diversa dos co-herdeiros ou quando realizar cessão de sua quota parte da herança, estará fazendo uma renúncia translativa, que não é renúncia pura, (abdcativa) implica o reconhecimento de prévia aceitação para posterior cessão de direitos hereditários.

Essa é a lição de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

“Mas, para excluir a aceitação, não basta que o herdeiro tenha feito cessão gratuita a todos os co-herdeiros. Torna-se mister ¹³⁴ainda que essa cessão seja pura e simples. Se o herdeiro, cedendo a herança, estipula cláusula, encargo ou condições, está verdadeiramente aceitando a herança, embora de maneira disfarçada, e a praticar negócio somente compatível com a condição de herdeiro. Por outro lado, a cessão gratuita há de ser feita indistintamente a todos os co-herdeiros, ou melhor em benefício do monte. Se o cedente transfere a sua quota hereditária em favor de determinada pessoa, indicando nominalmente, realiza dupla ação: está aceitando a herança e doando-a, em seguida para pessoa designada. Atos nestas condições não equivalem à renúncia. Renúncia dita translativa é figura de alienação, alheia portanto, ao campo da renúncia”.

A renúncia translativa, por envolver duas operações distintas, incorre ao recolhimento de dois impostos, o *causa mortis* (transmissão da herança) e o *inter vivos* (cessão de direitos).

¹³⁴ WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, p.54

SEBASTIÃO AMORIM e EUCLIDES DE OLIVEIRA classificam em três as modalidades de renúncia com a seguinte distinção¹³⁵:

- “a) renúncia pura e simples ou abdicativa;*
- b) renúncia a posteriori, que na realidade é desistência da herança;*
- c) renúncia translativa ou em favor de terceiros, equivalendo à doação ou cessão de direitos hereditários.*

No primeiro caso, só incide imposto causa mortis, pela transmissão da herança aos herdeiros remanescentes (excluindo o renunciante).

Na hipótese ‘b’ o herdeiro renunciante fica sujeito ao imposto causa mortis, visto que aceitou a herança, e ao imposto intervivos, pela transmissão do direito ao sucessor, beneficiado pela renúncia.

Por fim, se o renunciante indica o beneficiário, está a lhe ceder os direitos à herança, com incidência do imposto inter vivos, além do causa mortis, pela transmissão sucessória”¹³⁶.

Embora nas duas últimas assemelhe-se a uma possível bitributação, importante salientar que o ato jurídico é duplo (aceitação e cessão), o que caracteriza dois fatos geradores, plenamente tributáveis e de recolhimento indiscutível.

Na verdade, o ato em si, nada condiz com o nome *iures* do instituto da “renúncia”, pois o que importa é a natureza (o conteúdo) do ato, que é de aceitação e posterior cessão.

¹³⁵ *Inventários e Partilhas – Teoria e Prática*, 15ª edição, Livraria e Editora Universitária de Direito, p.223 e 224.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 240

CAPÍTULO III - VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

3.1 Aspectos Gerais

A morte é o cerne da sucessão, acarretando a transmissão da herança aos herdeiros; a vocação hereditária é o chamamento virtual (abstrato) dos herdeiros legítimos e testamentários para receber a herança ou legado e sendo a sucessão *ab intestato*, serão convocados os herdeiros legítimos, obedecida a ordem de vocação hereditária.

Conforme ensina FRANCISCO JOSÉ CAHALI¹³⁷:

“A vocação hereditária representa a indicação, de forma abstrata, de pessoas sucessíveis; não a atribuição em si da herança a um sucessor, para a qual, além da previsão legal, há necessidade de conjugação de outros elementos, como a legitimação sucessória, sobrevivência, ainda que por um instante, do herdeiro indicado, e a aceitação da herança. Só com o preenchimento desses requisitos é que se dará a transmissão hereditária. Daí porque é adequado qualificar a vocação hereditária como chamamento virtual, outorgando às pessoas designadas um título, ou fundamento hereditário, que as habilite a apresentar quando reclamarem a herança, para análise dos demais pressupostos indispensáveis à efetiva conversão do chamamento.”

¹³⁷ FRANCISCO JOSÉ CAHALI, *Curso avançado*, p.165 e 166.

Observa ORLANDO GOMES¹³⁸:

“A vocação hereditária não é apenas a designação virtual de sucessíveis, mas também, a atribuição às categorias indicadas, de certa posição jurídica, quando se concretiza. Ao estabelecer a hierarquia das classes, a lei não se limita a apontar os destinatários da sucessão. Atribui-lhes, do mesmo modo, o direito de suceder, deferindo-o a quem se encontre na classe chamada e, dentro dela, a quem tinha preferência sobre outros parentes. A essa atribuição pode denominar-se devolução para qualificar a vocação unicamente como seu aspecto subjetivo. A devolução seria o aspecto objetivo da vocação, a própria atribuição. A distinção converte-se, em última instância, numa questão terminológica”.

Então, poderia se dizer que a vocação hereditária é a legitimação específica conferida a alguém, mediante ao preenchimento de certos requisitos à condição de herdeiro.

A ordem de vocação hereditária, por si só, não gera o direito de herança, esta se encontra circunscrita como forma de priorizar uns em relação a outros, porém, o seu chamamento é considerado virtual, pois ainda que herdeiro, deverá sustentar outras qualidades exigidas em lei; necessário a pré existência de três pressupostos: i) a existência do herdeiro no momento da abertura da sucessão (incluindo o nascituro¹³⁹; ii) ser apto a receber a herança (não ser dela excluído); iii) e aceitar a herança.

3.2 Legitimidade Sucessória

¹³⁸ *Sucessões*, p.42 e 43

¹³⁹ Cf. Art. 2º do CC. “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Para entender a legitimidade sucessória, faz-se necessário preliminarmente verificar o próprio conceito de legitimidade.

DONALDO ARMELIN¹⁴⁰, assevera:

“A legitimidade é uma qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou a ser praticado. Qualidade outorgada exclusivamente pelo sistema jurídico e exigível, como é óbvio, em se tratando de negócios jurídicos multilaterais, de todos os seus participantes, qualquer que seja o pólo da relação jurídica em que se encontrem. Essa qualidade resulta de uma situação jurídica oriunda precipuamente da titularidade de uma relação jurídica ou de uma posição em uma situação de fato, a qual o direito reconhece efeitos jurídicos. A característica de a legitimidade emergir de uma situação jurídica ou fática leva muitos autores a qualificá-la como uma situação ou relação, e não como qualidade do sujeito”.

A legitimidade sucessória é a condição estabelecida por lei para que o sucessor possa ocupar o lugar do sucedido *“esta legitimação de alguém ser herdeiro, por preencher os requisitos, chama-se vocação hereditária. Enquadrando-se no ordenamento legal que atribui à pessoa a condição de herdeira, diz-se que possui vocação hereditária. Mais resumidamente, há legitimação para herdar¹⁴¹.”*

É no momento da abertura da sucessão, que se tem por verificada a qualidade do herdeiro¹⁴². Pela *droit saisine*, a transmissão se opera imediata, assim, só pode ser herdeiro aquele que estiver vivo no momento da morte do autor da herança, porque a existência do herdeiro sucessível é antes de tudo um pressuposto da sucessão hereditária¹⁴³.

¹⁴⁰ DONALDO ARMELIN, (*Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1979, p.11).

¹⁴¹ ARNALDO RIZZARDO, *Direito das Sucessões*, p.47.

¹⁴² “Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

A legitimação sucessória superveniente não altera a condição do herdeiro, conforme leciona SILVIO RODRIGUES¹⁴⁴:

“O Decreto-lei n. 4.737, de 24 de agosto de 1942, veio possibilitar o reconhecimento do filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio, após o desquite de seu progenitor, faculdade que a Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, ampliou para estendê-la a todos os casos de dissolução da sociedade conjugal. Ora, muitos julgados, na vigência de uma ou de outra dessas leis, proclamaram que, quando a sucessão se houvesse aberto antes da promulgação daqueles textos, não podiam os filhos, vencedores em ação de investigação de paternidade, pleitear a herança de seus falecidos pais, pois como eram incapazes de suceder por ocasião da morte do de cujus, o patrimônio deste, no exato momento de sua morte, incorporara-se ao patrimônio de seus outros herdeiros, que dele não mais podiam ficar privados, sob pena de catacterizar-se retroação proibida em lei”.

A priori, estão legitimadas a receber a herança, as pessoas físicas nascidas,^{145 146} e as jurídicas legalmente constituídas¹⁴⁷ por ocasião da abertura da sucessão. Para que se dê a sucessão em favor do herdeiro é fundamental que este seja dotado de personalidade jurídica, porque só possuem direitos os entes personificados .

Para MARIA CRISTINA ZAINAGHI¹⁴⁸, *“o conceito de personalidade, sob a ótica jurídica, está intimamente ligado ao conceito de pessoa, porque as*

¹⁴³ SILVIO RODRIGUES, *Sucessões*, p. 38.

¹⁴⁴ *Direito Civil – Direito das Sucessões*, p.12.

¹⁴⁵ Cf. SILVIO RODRIGUES, a existência do herdeiro por ocasião da sucessão é pressuposto para tal, “Na sucessão legítima, até por imperativo lógico, o herdeiro ou legatário tem de sobreviver ao *de cujus*. Trata-se do denominado princípio da coexistência: o sucessor (herdeiro ou legatário) e o *de cujus* devem coexistir no momento da morte, ao tempo da abertura da sucessão, em que, pela *saisine*, dá se a transmissão da herança. (...)”. “Quem já está morto quando o *de cujus* faleceu, ou não existe quando o hereditando morreu, na verdade, não sucede porque a existência do herdeiro sucessível é antes um pressuposto da sucessão hereditária do que uma causa de incapacidade de exercício ou de falta de legitimação”. *Direito das Sucessões*, p.37e 38.

¹⁴⁶ Art.1.798. 1º parte. “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas (...)”.

¹⁴⁷ Confere a lei a personalidade também às entidades morais, fundamentada na existência da pessoa jurídica com capacidade para adquirir direitos e obrigações.

¹⁴⁸ *Os meios de defesa dos direitos do nascituro*. São Paulo: LTr, 2007. p.66.

legislações abordam os temas de forma correlacionadas, acabando-se por conjugá-las de forma que eles se relacionem”.

O direito pátrio adotou o entendimento de que a personalidade jurídica é adquirida ao nascer com vida, conforme dispõe o artigo 2º primeira parte do Código Civil; *“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida;...”*

Mas o legislador concedeu legitimidade para suceder também em duas situações especiais¹⁴⁹, na sucessão legítima aos nascituros¹⁵⁰ ainda que não gozem de personalidade jurídica, a lei lhes preserva a titularidade de seus direitos, inclusive quanto aos frutos¹⁵¹, para que, após o seu nascimento, recebam a herança¹⁵².

MARIA CRISTINA ZAINAGHI¹⁵³, citando o direito alemão, colaciona a legitimidade jurídica excepcional do nascituro, nas palavras prolatadas por KARL LARENZ.

“Se a lei aplicar rigorosamente o princípio de que o filho no seio materno não é ainda juridicamente capaz, aquele, em consideração ao princípio do art. 1.923, 1, tampouco poderia herdar caso seu pai falecesse antes do nascimento, mesmo que nascesse com vida. Para evitar esse resultado, certamente equivocado, a lei se serve de uma ficção: segundo o art. 1.923, 2, que estabelece que se considerará como nascido antes da abertura da sucessão o filho que concebido ao tempo da morte venha a nascer com

¹⁴⁹ Cf. MARIA CRISTINA ZAINAGHI, “Caberá aqui lembrar que se um ser tem direitos, conseqüentemente deveria ter personalidade civil, pois como se poderão aplicar direitos existentes se não tiver esta para se fazer cumprir o que a lei deferiu?” (*Os meios de defesa dos direitos do nascituro*, p.19).

¹⁵⁰ “Art.1.798.”Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

¹⁵¹ O nascituro adquire direitos antes mesmo da aquisição da personalidade, é o que dispõe o art. 2º do CC, com a seguinte redação. “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

¹⁵² Cf. MARIA CRISTINA ZAINAGHI, descreve vários direitos do nascituro; “ Como se pode verificar, o nascituro possui direitos expressos no Código de Processo Civil nos artigos 878 parágrafo único, quando estabelece a curatela; e aos artigos 877 e 878, caput, prevêm a posse em nome do nascituro. O Código Civil, artigo 542, estabelece o direito à doação; artigo 1.609, parágrafo único, o reconhecimento da paternidade antes do nascimento; artigo 1.779 refere-se às regras de curatela; e o artigo 1.798 garante os direitos de herança. A Constituição Federal, em seu artigo 5º garante o direito à vida que pode ser interpretado, extensivamente, como garantia à vida do concebido.” (*Os meios de defesa dos direitos do nascituro*. São Paulo:LTTr, 2007. p.27).

¹⁵³ *Os meios de defesa dos direitos do nascituro*, p.77.

vida. Isso significa que conforme o art.1922, 2, a herança passa já com a sucessão ao nascituro ainda não nascido, porém já concebido.”

Na sucessão testamentária poderão ser beneficiados os concepturos, filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, condicionado a estarem vivas ao tempo da abertura da sucessão¹⁵⁴ com prazo de dois anos para serem gerados (*prole eventual*), para que ao nascerem com vida seja-lhes deferida a herança. Enquanto não realizada a condição suspensiva, os bens ficarão ao cargo de um curador nomeado pelo juiz,¹⁵⁵ que poderá ser o próprio indicado a gerar o concepturo ou sucessivamente um daqueles indicados no artigo 1.797 do Código Civil¹⁵⁶, se de modo diverso não dispôs o testador.

Estabelecido o prazo de dois anos para a existência de prole eventual, impede que os bens da herança fiquem um longo período fora do comércio. Se a condição suspensiva não se realizar dentro do prazo, os bens serão transmitidos aos herdeiros legítimos, se de modo diverso não dispôs o testador¹⁵⁷.

Discute a doutrina a origem dos concepturos, se estes estariam restritos aos filhos biológicos do herdeiro indicado pelo testador, ou de maneira ampliativa aplicariam também à prole advinda da adoção.

A respeito escreve MARIA CRISTINA ZAINAGHI¹⁵⁸:

¹⁵⁴ “Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

¹⁵⁵ Art. 1.800. *caput* No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz”.

Cf. SILVIO RODRIGUES, “Esse curador, salvo disposição testamentária em contrário, será a própria pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e sucessivamente as pessoas indicadas no art. 1.797 (art. 1800. § 1º, que por engano faz remissão ao art. 1.775, e não ao art. 1.797, que é o correto). Essas pessoas são as que, em ordem sucessível, estão autorizadas a administrar a herança, até o compromisso do inventariante”. (*Direito Civil – Direito das Sucessões*, p.43).

¹⁵⁶ “Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente: I – ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão; II – ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e se houver mais de um nessas condições, ao mais velho; III – ao testamentário; IV – a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz.”

¹⁵⁷ “ § 4º do art. 1.800. Se, decorrido 2 (dois) anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”.

¹⁵⁸ *Os meios de defesa dos direitos do nascituro*, p.79.

“O problema surgiu porque a doutrina decidiu distinguir a prole eventual limitada apenas aos filhos legítimos excluindo os adotivos. Entretanto, em face do princípio igualitário do parágrafo 6º do art. 227, bem como do disposto no art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Zeno Veloso inclui na prole eventual o filho adotivo da pessoa designada pelo testador.”

Também estão legitimadas a suceder pelo título testamentário, as pessoas jurídicas de direito público e privado, devidamente inscritas e constituídas¹⁵⁹ e excepcionalmente, as fundações, ainda que não constituídas¹⁶⁰.

Então, para ser herdeiro é necessário a existência da pessoa física ou jurídica, no momento da abertura da sucessão, a constatação da legitimidade para suceder¹⁶¹, aceitar a herança e não ser dela excluído, a incapacidade sucessória não pode ser confundida com a incapacidade civil, assim também não deve ser confundida com a exclusão, que são institutos distintos que geram efeitos diversos¹⁶².

A esse respeito, MARIA HELENA DINIZ: ¹⁶³

“É preciso não confundir a capacidade para suceder com a capacidade civil. A capacidade civil é a aptidão que tem uma pessoa para exercer por

¹⁵⁹CF. FRANCISCO JOSÉ CAHALI, “Para a pessoa jurídica, de direito público ou privado, como requisito à titularidade da herança, é verificada sua existência legal, representada pela inscrição de seu ato constitutivo no respectivo registro, no momento do falecimento”(Curso avançado,p.132).

¹⁶⁰ Cf. FRANCISCO JOSÉ CAHALI, “A hipótese é representada pela destinação do patrimônio à fundação projetada no próprio testamento (CC, arts. 1.799, III, e 62), a ser regularizada após a morte do testador. Permanecerá a herança afeta a esta finalidade imobilizada até a formalização da entidade, outorgando-lhe a indispensável personalidade jurídica. A partir de então, incorpora-se a herança ao patrimônio da fundação”. (Curso avançado,132 e 133).

Ainda na vigência do Código Civil de 1916, SILVIO RODRIGUES já apontava; “Algumas decisões, porém, têm entendido que estabelecimentos de caridade, ainda quando não sejam pessoas jurídicas, podem recolher herança ou legado (RT, 272/211). (Direito civil, p.39). Agora reconhecidas pela Lei, no inciso III do art. 1.799 do CC de 2002.

¹⁶¹ CF. FRANCISCO JOSÉ CAHALI, “Essa legitimação consiste na aptidão para receber a herança, ou seja, é a condição da pessoa que lhe permite ser titular do direito sucessório invocado. E esta capacidade é pressuposto indispensável ao recolhimento da herança pelo interessado. Não basta a previsão genérica de transmissão, com a morte da posse e propriedade dos bens aos herdeiros. Há a verificação da legitimação do sucessor indicado a receber a herança”. (Curso avançado, p.126).

¹⁶² Cf. MARIA HELENA DINIZ, “ A incapacidade sucessória impede que surja um direito à sucessão; é um fato oriundo do enfraquecimento da personalidade do herdeiro; não adquire a herança em momento algum; nunca foi herdeiro, portanto nada transmite a seus sucessores. Enquanto a exclusão é uma pena que lhe é imposta; obsta a conservação da herança; recebe a posse e o domínio por ocasião da abertura da sucessão, vindo a perder somente com o trânsito em julgado da sentença declaratória de indignidade; o indigno transmite a sua parte na herança como se fosse pré-morto”. (Curso de direito civil, p.61).

¹⁶³ Curso de direito civil – Direito das sucessões, 6º vol. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47.

si os atos da vida civil; é o poder de ação no mundo jurídico. A legitimação ou capacidade sucessória é a aptidão da pessoa para receber os bens deixados pelo de cujus, ou melhor, é a qualidade virtual de suceder na herança deixada pelo de cujus. P. ex., uma pessoa pode ser incapaz para praticar os atos da vida civil e ter capacidade para suceder; igualmente, alguém pode ser incapaz de suceder, apesar de gozar de plena capacidade civil, como ocorre com o indigno de suceder, que não sofre nenhuma diminuição na sua capacidade para os atos da vida civil, mas não a tem para herdar da pessoa em relação à qual é considerado indigno, pelo que não tem eficácia jurídica a declaração de que, porventura, tenha feito de aceitar a herança”.

3.3 Herdeiros Necessários

São os herdeiros privilegiados, que além de ocuparem as primeiras classes na ordem de vocação hereditária, não podem ser afastados da sucessão por simples disposição testamentária¹⁶⁴, pois a lei lhes reserva uma quota parte da herança¹⁶⁵, salvo nos casos de indignidade ou deserdação. Ao contrário dos facultativos (colaterais) que também são herdeiros legítimos, mas podem ser afastados da sucessão ainda que na ausência dos herdeiros precedentes¹⁶⁶. Conforme escreve EUCLIDES DE OLIVEIRA¹⁶⁷:

“Dentre as pessoas chamadas por lei a suceder nos bens do morto, algumas se colocam em posição não apenas de prioridade com relação às remanescentes, como também em situação de privilégio ante a vontade do

¹⁶⁴ Cf. FRANCISCO JOSÉ CAHALI, “A sucessão deferida na linha reta, descendente ou, na sua falta, ascendente, mereceu especial privilégio do legislador pátrio, que não se limitou a estabelecer a hierarquia e primazia sobre as demais classes, embora conforme o caso, estabelecida a concorrência com o viúvo. Além da preferência legal, os sucessores na linha reta, tal qual o cônjuge, são também herdeiros necessários, de modo que, ressalvada a exclusão por deserdação, o autor da herança só poderá privá-lo de no máximo 50% de seu patrimônio”. (*Curso avançado*, p.181).

¹⁶⁵ “Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”. Anota SILVIO DE SALVO VENOSA. “No Direito das Ordenações, anterior ao Código Civil de 1916, também havia limitação, não podendo o testador dispor de mais que um terço do patrimônio, reservando-se dois terços aos herdeiros necessários. Contudo, a Lei n. 1.829, de 31-12-1907, já erigia a metade da legítima e a metade disponível, situação mantida pelo Código de 1916”. (*Direito Civil – Direito das Sucessões*, p.165). E repetidas na legislação vigente.

¹⁶⁶ No Código revogado, os herdeiros facultativos eram o cônjuge e os colaterais, com as alterações limitou os herdeiros facultativos aos colaterais.

¹⁶⁷ *Direito de Herança*, p. 55.

titular dos bens, obstando a sua livre disposição. São os chamados herdeiros necessários, exatamente porque se colocam, de forma necessária, no rol dos sucessíveis com relação à determinada quota da herança, que se torna indisponível”.

A legítima¹⁶⁸ compreende a metade¹⁶⁹ de todos os bens do autor da herança, no momento da abertura da sucessão, deduzidas as dívidas e despesas de funeral, adicionados os valores sujeitos à colação¹⁷⁰ sobre a parte indisponível sem aumentar a disponível.¹⁷¹

No Código Civil de 1916 o rol dos herdeiros necessários era formado pelos descendentes e ascendentes do falecido, sendo o chamamento, sucessivo por classes. Na ausência daqueles, para afastar o cônjuge e os colaterais que ocupavam respectivamente a terceira e quarta classe, bastava, ao testador, dispor de todos os bens sem nada contemplá-los. No Código vigente, o cônjuge foi elevado à condição de herdeiro necessário,¹⁷² e com a concessão desse privilégio, limitou-se, ainda mais, à autonomia da vontade do autor da herança, pois, não se pode negar que a legítima é o limite do testador.¹⁷³

No Projeto original do Código Civil de 1916, Clovis Beviláqua já havia proposto incluir o cônjuge como herdeiro necessário¹⁷⁴, dispositivo esse, retirado

¹⁶⁸ Cf. Dispõe o art. 1.846. “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”.

¹⁶⁹ Na vigência das Ordenações, a legítima era constituída por 2/3 do patrimônio do autor da herança. A Lei 1.829 de 1907, reduziu a legítima à metade do patrimônio do autor da herança.

¹⁷⁰ Conferência das doações feitas em vida aos descendentes e para nós também ao cônjuge que terá o dever de colacionar, conforme o art. 2.003 do Código Civil.

¹⁷¹ Atual a lição de ARTHUR VASCO ITABAIANA DE OLIVEIRA, que assim escreveu na vigência do Código Civil de 1916. “Calculam-se as legítimas sobre o total dos bens existentes ao falecer o testador, depois de abatidas as dívidas e as despesas do funeral, e adicionando-se à metade dos bens, que então possuía o testador, a importância das doações por ele feitas aos seus descendentes; porque a doação dos pais feitas aos filhos importa adiantamento da legítima e, por isso, deve ser conferida para igualar as legítimas dos herdeiros necessários, salvo quando dispensada da colação, caso em que sairá da metade disponível, não devendo então exceder os limites desta.” (*Tratado do direito das sucessões*, p.314 e 315).

¹⁷² “Art.1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

¹⁷³ No Código Civil de 1916, na falta de descendentes e ascendentes, o testador poderia dispor de todo o seu patrimônio, afastando o cônjuge e colaterais.

¹⁷⁴ Cf. ZENO VELOSO. “Note-se que o que estamos propugnado, de *lege ferenda*, já havida sido proposto, há um século, pelo venerando Clóvis Beviláqua, em cujo Projeto primitivo o cônjuge ocupava a posição de herdeiro necessário e, até numa homenagem à memória do egrégio juriconsulto, relembremos o que dizia o art. 1.884 de seu Projeto de Código Civil, elaborado em 1899: O testador, que tiver descendentes, ascendentes ou cônjuge sucessível, não poderá dispor de mais de um terço de seus bens; os dois terços restantes pertencerão, de pleno direito, aos descendentes, aos ascendentes e ao cônjuge, segundo o disposto no capítulo II, título segundo, deste livro”. (Direito de Família e a necessidade de alteração do Direito Sucessório, disponível no site< <http://www.gontijo-familia.adv.br/tex069.htm>> acesso em 12/05/2007.

antes da promulgação, sendo, no entanto, novamente defendida no Anteprojeto de Código Civil. Orlando Gomes¹⁷⁵ colocou o cônjuge na classe dos herdeiros necessários, convocando à sucessão concorrentemente com os descendentes e ascendentes, reservando-lhes, em regra, a metade dos bens da herança.¹⁷⁶

Atendidos os aclamos dos juristas, o Projeto do Código Civil de 1975, formado por uma comissão de juristas coordenados pelo professor Miguel Reale, elevou o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, porém, ultrapassado um século do projeto primitivo, a medida se tornou extemporânea; muitas das questões relativas à inferioridade feminina, já foram superadas¹⁷⁷.

Diante dessa nova posição do cônjuge, cabe adiantar algumas críticas¹⁷⁸: LUIZ FELIPE BRASIL¹⁷⁹ vê como paradoxo elevar o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, pois a mulher passou a ter maiores e melhores condições econômicas.

“Não se justifica que, em tempos onde a mulher busca – e alcança de modo cada vez mais efetivo sua autonomia, venham os cônjuges a ser incluídos como herdeiros necessários, regra que reflete uma preocupação tutelar em descompasso com a realidade hodierna”.

No mesmo sentido, EUCLIDES DE OLIVEIRA¹⁸⁰:

¹⁷⁵ Transformado no Projeto de Lei n. 3.263/65, foi retirado pelo governo antes da promulgação pela Mensagem n. 393, de 21 de junho de 1966.

¹⁷⁶ Cf. INÁCIO DE CARVALHO NETO; “No art.785, arrolou o Anteprojeto como herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, reservando-lhes, em regra, a metade dos bens da herança (art.786). A legítima, contudo seria aumentada para setenta e cinco por cento quando houvesse concurso de cônjuge com descendentes ou ascendentes (art.787, parágrafo único)”. Justifica ORLANDO GOMES, essa proposição: “A inovação baseia-se no pressuposto de que a morte de um dos cônjuges não deve possibilitar o desamparo do outro com a transmissão de todos os bens à pessoa estranha ao grupo familiar estrito, por testamento que não o contempla. A limitação à liberdade de testar, assim instituída para beneficiar o cônjuge, é tanto mais necessária quanto, pelo Anteprojeto, o regime legal de bens no casamento passará a ser o de separação com a comunhão de aqüestos”. (*A evolução do direito sucessório do cônjuge*, p.85).

¹⁷⁷ Cf. ÁGUIDA DE ARRUDA BARBOSA e GISELE CÂMARA GROENINGA “O conceito de família sofreu mudanças consideráveis, também em decorrência da evolução dos direitos da mulher, alçados à categoria de direitos humanos somente em 1995, por ocasião da realização da Conferência Mundial da ONU, em Beijin, China. (A Concorrência Sucessória e a Ampliação dos Conflitos Familiares, *Revista Brasileira do Direito de Família* n.29 – p.155)

¹⁷⁸ O Projeto de Lei n. 4.944/2005 apresentado pelo Dep. Antônio Carlos Biscaia, de autoria do Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM) propõe a alteração do artigo 1.845 para que volte a vigorar nos mesmos termos do Código revogado: “São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes”.(NR)

¹⁷⁹ Proposta de alteração – *Revista Brasileira do Direito de Família* n. 29 – Direito das Sucessões, p.189.

¹⁸⁰ *Direito de Herança*, p.93.

“Melhor teria sido, portanto, manter o tratamento jurídico dispensado ao cônjuge no Código Civil de 1916, ainda que alterada a sua posição sucessória para concorrer na herança com os descendentes e ascendentes. Ou seja, a concorrência pode ser prevista, nos termos inovados pelo Código Civil de 2002, assim como a posição de terceiro na ordem de vocação hereditária, mas sem que esteja, o cônjuge, protegido às inteiras pela couraça de herdeiro necessário”.

Aspectos de extrema relevância são os testamentos confeccionados na vigência da lei anterior, sem a previsão da reserva da quota legítima do cônjuge, que hoje ocupa uma situação especial de herdeiro necessário. O testador casado, que dispôs na vigência do Código revogado sem reservar a quota legítima do cônjuge sobrevivente, deverá alterar o testamento com a devida reserva.

Como proceder nos casos em que o testador perdeu a capacidade ativa, sem previsão testamentária incluindo o cônjuge?

MÁRIO ROBERTO CARVALHO DE FARIA posiciona-se a respeito, na atualização da obra *Sucessões* de ORLANDO GOMES¹⁸¹, que a caducidade dos testamentos pode se dar com a falta do aquinhoamento do cônjuge. *“A razão de ser do preceito está no propósito de estender aos ascendentes e ao cônjuge a regra da caducidade. São eles, assim como os descendentes, herdeiros necessários, posto que somente chamados na falta daqueles. Nem por isso pode o autor da herança, que ainda os tenha, dispor livremente dos bens. Sujeito está à limitação imposta quando há descendentes. Pelo mesmo motivo se, o testador ignorava a existência de ascendentes ou do cônjuge, caduca o testamento(...). Uma vez que os ascendentes e o cônjuge também são herdeiros necessários e têm, em consequência, direito à legítima, eficaz não pode ser um testamento em*

¹⁸¹ *Sucessões*, p.245

que se não atende à restrição legal, parecendo ao legislador mais conveniente recusar-lhe eficácia do que determinar a redução das disposições testamentárias.”

Para nós, não parece ser, aqui, o caso de caducidade, já que esta obedece a seus próprios limites, enquanto a caducidade decorre da própria impossibilidade material¹⁸² e não justifica a sua aplicação pela violação da legítima do cônjuge ou de qualquer herdeiro necessário¹⁸³.

Dispõe o artigo 1.974 do Código Civil: *“Rompe-se também o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários”*. Porém este artigo deve ser interpretado em consonância com os artigos 1.973 e 1.975. O primeiro refere-se aos casos em que o testador desconhece a existência de descendente. Já nos termos do artigo 1.975, não se rompe o testamento quando o testador dispuser da sua parte disponível, ainda que não sejam beneficiados os herdeiros necessários cuja existência era de seu conhecimento. Restando evidente que a metade disponível cabe a quem o autor da sucessão indicar; o que a lei não autoriza é a disposição que ultrapassar a legítima dos herdeiros necessários.

Ensina ARNALDO RIZZARDO¹⁸⁴, *“No rompimento, o ato de vontade fica roto, cai completamente, não surtirá efeitos, dominando que o testador não teria disposto quanto aos seus bens, ou não faria o testamento do modo que o fez, na hipótese de haver descendentes seus, ou se não ignorasse a sua existência”*.

Prossegue o autor, *“Agora, alarga-se a possibilidade da revogação também para os ascendentes e o cônjuge sobrevivente”*.

¹⁸² Cf. SILVIO DE SALVO VENOSA. “A caducidade ocorre quando há um esvaziamento da deixa testamentária ou porque o bem já não mais existe (pouco importando a causa, desaparecimento, alienação, perda), ou porque não existe o sujeito (herdeiro ou legatário) para suceder (em todos os casos em que o sucessor não mais existe, não quer, ou não pode receber). Assim, caduca o testamento na parte em que não puder ser cumprido porque há uma impossibilidade material.” (*Direito Civil – Direito das Sucessões*, p.351 e 352).

¹⁸³ Cf. MARIA HELENA DINIZ. “O testamento caducará: “Se o herdeiro instituído pré-morrer ao testador ou simultaneamente a ele (CC, art. 8º e 1.943). Se o nomeado falecer antes do implemento da condição da qual dependia a herança ou legado. Se a condição suspensiva imposta pelo disponente não puder ser realizada (CC, arts. 125, 1.809 e 1.943). Se o herdeiro instituído ou o legatário renunciar à herança ou ao legado, for incapaz de herdar ou for excluído da sucessão (CC, arts. 1.943, 1.798, 1.799, 1.801 e 1971). Se houver modificação substancial ou perecimento de coisa legada por caso fortuito, pois, se a destruição se der por culpa do herdeiro, o legatário terá direito a perdas e danos, e, se ocorrer o fato por ato culposo do próprio legatário, nenhum direito lhe assiste. Se, nas hipóteses de testamento”. (*Direito civil brasileiro*, p.268).

¹⁸⁴ *Direito das Sucessões*, p.522.

No mesmo sentido, SILVIO RODRIGUES¹⁸⁵, “esses outros herdeiros necessários, que o testador não sabia que existiam, são os ascendentes e o cônjuge”.

A legítima do cônjuge deve ser preservada, mas também não parece ser o caso de rompimento do testamento¹⁸⁶. Pois, a situação a que a lei se refere é de desconhecimento da existência, pelo testador, daquele herdeiro necessário. A lei, peremptoriamente, aplica a presunção de que, se fosse de seu conhecimento, ele próprio revogaria as disposições reservando quota parte da herança a esse herdeiro. No entanto, não se aplica o artigo em referência, à nova qualidade do cônjuge “herdeiro necessário”, pois, antes de mais nada, para o cônjuge ser herdeiro é exigido o casamento de fato e de direito (a existência da pessoa do cônjuge e o casamento são fatos simultâneos e pré existentes). Até porque o testador poderia tê-lo beneficiado, independentemente da sua condição passada de herdeiro facultativo, se não o beneficiou é porque não foi da sua vontade e não pelo desconhecimento, assim, não pode a lei presumir que teria feito de modo diverso.

O fato modificativo é a nova condição de herdeiro necessário do cônjuge, a qual, o testador não poderia prever. Não cabe aplicar a presunção rompendo o testamento, onde o testador, implicitamente, não quis aquinhoar. Parece mais prudente a redução das disposições¹⁸⁷ para preservar o quinhão do cônjuge disposto em lei.

¹⁸⁵ A edição atualizada por ZENO VELOSO no ano de 2003, *Direito Civil – Direito das Sucessões*, p.271.

¹⁸⁶ Cf. SILVIO DE SALVO VENOSA. Em referência ao rompimento dos testamentos. “A lei presume que se o testador conhecesse a existência do descendente (de qualquer grau), não disporia pelo testamento, ao menos da forma que o fez. Do mesmo modo, o nascimento de um descendente faz desaparecer os efeitos dos testamentos. Trata-se do nascimento de um novo herdeiro necessário. A lei presume que a relação com o novo descendente modifica a vontade de testar. Incumbiria ao testador fazer novo testamento. Se não tiver mais condições para isso (insanidade, por exemplo), as disposições do testamento rompido estarão irremediavelmente perdidas.” (*Direito Civil – Direito das Sucessões*, p. 350).

¹⁸⁷ Cf. ARNALDO RIZZARDO, trancreve lição dos irmão MAZEAUD, “Cuando una liberalidad exceda de la parte de libre disposición, la sanción no es la nulidade: la liberalidad es solamente reducible.” (*Direito das Sucessões*, p.475).

No mesmo sentido SILVIO RODRIGUES, “dá se a redução das disposições testamentárias quando estas excederem a quota disponível do testador. O testador, intencional ou inadvertidamente, dispôs por testamento de mais da metade de seus bens, afetando, assim, a legítima de seus herdeiros necessários? A estes herdeiros, e através da ação adequada, abre-se o direito de pleitear a redução das disposições testamentárias, até se integrar a legítima desfalcada. Convém insistir, seguindo a lição de todos os escritores, que a disposição excessiva não anula o testamento”. (*Direito Civil – Direito das Sucessões*, p.231 e 232).

Afinal, a redução atende à necessidade da proteção da legítima sem onerar em demasia os demais herdeiros ou legatários, conforme EUCLIDES DE OLIVEIRA¹⁸⁸: *“Eventual excesso em disposição testamentária com relação à legítima estará sujeito à redução até o valor da metade disponível, conforme dispõe o art. 1.967 do Código vigente, repisando o teor do art. 1.727 do Código Civil de 1916. Ainda com o intuito de proteger a legítima, a lei considera nula a doação quanto à parte que exceder a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento, como se colhe do art. 549 do Código atual, fazendo eco ao disposto no art. 1.176 do Código revogado. A doação, assim excedente constitui adiantamento da legítima e se caracteriza “inoficiosa”, ensejando correção por meio da colação dos bens pelos beneficiários, ou seja, sua conferência no processo do inventário”*.

No entanto, haverá duas situações: nas hipóteses em que o cônjuge permanece com o potencial direito hereditário, o testador estará limitado pela legítima do cônjuge. No entanto, o cônjuge casado em um dos regimes não participantes na concorrência sucessória com os descendentes do finado, não será obrigado a proceder a reserva do quinhão do cônjuge, pois não se pode falar em reserva da legítima ao cônjuge sobrevivente quando este não for herdeiro beneficiário daquela sucessão; nesse caso ao cônjuge, tão somente terá resguardada a meação, se assim, o regime permitir.

Como conjugar as definições dos artigos 1.845 e 1.846 ambos do Código Civil, se o cônjuge, ainda que herdeiro necessário, não concorre à herança com os descendentes em determinados regimes? Assim, concluímos que o cônjuge é herdeiro legitimário eventual; que é herdeiro, mas nem sempre concorrerá à sucessão, situação idêntica dos ascendentes que são herdeiros necessários, porém, só serão chamados na falta dos descendentes.

¹⁸⁸ *Direito de Herança*, p.56.

CAPÍTULO IV - ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Na sucessão *ab intestado*, são chamados os herdeiros legítimos, necessários e facultativos, obedecida a ordem de vocação hereditária pré estabelecida pelo legislador, divididos em classes excludentes entre si. No Código revogado¹⁸⁹, a existência de um único herdeiro da classe anterior independente do grau, afastava os demais herdeiros das classes subseqüentes, caracterizando a total primazia de uns em relação aos outros. E dentro das classes, os herdeiros de grau mais próximo preferem aos mais remotos.

Com as reformas, interessa-nos as disposições na ordem de vocação hereditária na sucessão legítima; inovadora, passa a contemplar a concorrência do cônjuge nas primeiras classes, com influência do direito de família, em especial o regime de bens do casamento, quando o cônjuge concorrer com os herdeiros descendentes e independente do regime quando concorrer com os ascendentes, com previsão no artigo 1.829 e seus incisos I e II do Código Civil. Estabelecidas a partir do vínculo familiar (casamento ou parentesco).

Essa forma de convocação traz uma alteração gigante no ordenamento jurídico em matéria sucessória, ao contemplar a possibilidade de herdeiros de classes diversas, como o cônjuge, concorrerem com os descendentes e ascendentes na sucessão legítima a quotas legalmente determinadas, observados os requisitos de legitimidade sucessória que envolve a todos os herdeiros, mais os específicos do cônjuge tratados no artigo 1.830 do Código Civil¹⁹⁰.

A propósito anota EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA¹⁹¹:

“São modificações de cunho qualitativo e quantitativo, decorrentes da evolução social e cultural dos povos, (...) como a valorização do cônjuge

¹⁸⁹ Artigo 1.603 do CC de 1916. “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I- aos descendentes; II- aos ascendentes; III- ao cônjuge sobrevivente; IV- aos colaterais; V- aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União”.

¹⁹⁰ Tratados no capítulo da legitimidade sucessória específica do cônjuge.

¹⁹¹ *Direito de Herança*, p.4 e 5.

sobrevivente, o qual foi incluído na categoria de herdeiros necessários e passou a concorrer com os descendentes – conforme tenha sido o regime matrimonial de bens – e com os ascendentes no direito à herança, num intrincado sistema de participação em quotas de variáveis valores”

Inovação pertinente, pretendeu o legislador ao atualizar na lei as expectativas sociais já há muito tempo aclamadas por juristas notórios¹⁹².

4.1 Sucessão dos Descendentes

Obedecida a ordem de vocação hereditária, os herdeiros descendentes são chamados em primeiro lugar; a classe dos descendentes é formada pelos filhos, netos, bisnetos, sem limitação de grau. Sendo os herdeiros da mesma classe, os de grau mais próximo preferem aos mais remotos, os filhos preferem aos netos e os netos aos bisnetos, e assim por diante. Sendo chamado o herdeiro de primeiro grau, excluem-se os de grau sub-seguintes, podendo concorrer à mesma sucessão, descendentes de graus diversos somente quando ocorrer o instituto da representação.

Na linha descendente, os filhos sucedem por direito próprio¹⁹³ (partilha por cabeça), e os outros descendentes sucedem por direito próprio (partilha por cabeça) ou por direito de representação¹⁹⁴ (partilha por estirpe), dependendo do grau em que se encontrem.

Leciona ORLANDO GOMES¹⁹⁵:

¹⁹²ORLANDO GOMES, no seu anteprojeto, já defendia a idéia do cônjuge concorrer com descendentes ou ascendentes, se o regime do casamento fosse diverso da comunhão universal e nenhum dos descendentes o era também do cônjuge sobrevivente, ou se não houvesse descendentes. (Decreto n. 50.005 de 20/07/1961 - Decreto n. 1.490 de 8/11/1962 - Anteprojeto do Código Civil disponível no site < <http://www.senado.gov.br> > Acesso em 11 de janeiro de 2006.

¹⁹³ Sucodem por direito próprio, por cabeça, quando todos são do mesmo grau.

¹⁹⁴“Art. 1.851. Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse”.

Explica ORLANDO GOMES a diferença entre direito de representação e o direito de transmissão. “Por direito de representação, quando se toma o lugar do herdeiro pertencente a classe chamada à sucessão, no momento de sua abertura. Por direito de transmissão, quando se substitui o herdeiro pertencente à classe chamada à sucessão, depois de sua abertura”.

¹⁹⁵ *Sucessões*, p. 45.

“O direito de representação é o mecanismo pelo qual se opera a vocação indireta na sucessão legítima por esse instituto do Direito das Sucessões, mal nomeado, chama-se a suceder o descendente de herdeiro pré morto, ou julgado indigno, para lhe tomar o lugar como se tivesse o mesmo grau de parentesco dos outros chamados, esse direito é restrito, entre nós, à sucessão legal, conquanto apresente alguma semelhança com a substituição na sucessão testamentária. Tem cabimento apenas quando falta um parente da classe dos descendentes, e, limitadamente, da classe dos colaterais”.

A Constituição Federal da República de 1988 igualou todos os filhos¹⁹⁶, proibindo quaisquer designações discriminatórias quanto à origem, outrora tratados em desigualdade entre os legítimos, legitimados, naturais e adotivos, reiterados pelo legislador infraconstitucional no artigo 1.834 do Código Civil¹⁹⁷, conforme observa OSWALDO PEREGRINA RODRIGUES¹⁹⁸:

“Essa distinção entre filiação legítima, ilegítima (natural, espúria, incestuosa ou adulterina) e adotiva, que imperava nas disposições do Código Civil Brasileiro (art. 337 e ss.), não foi recepcionada pela nova ordem constitucional (...). As expressões filho legítimo, ou filho adotivo estão banidas, por ordem constitucional, da legislação brasileira, empregadas agora unicamente em situações históricas, doutrinárias ou didáticas, vedado o uso pragmático”

Na legislação revogada, eram duas as formas de adoção: a primeira regida pelo Código nos artigos 368 e seguintes, celebradas por escritura pública, servia à adoção dos maiores de 18 anos; a outra chamada estatutária, prevista no

¹⁹⁶ §6º do art. 227 da Constituição Federal de 1988, “Os filhos havidos os não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direito e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

¹⁹⁷ O art. 1.834 ao mencionar que: “Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes”. O legislador quis referir-se aos descendentes do mesmo grau, pois os descendentes não podem ser de classes diversas.

¹⁹⁸ A família decorrente do casamento ...,p.92.

Estatuto da Criança e do Adolescente, destinava-se à adoção dos menores de 18 anos, efetivadas por sentença judicial.

A adoção estatutária atribuía o parentesco civil entre o adotante e o adotado, ostentando a condição de herdeiro para os efeitos sucessórios recíprocos, desligando o adotado da família biológica¹⁹⁹.

Situação diversa na adoção do Código Civil de 1916²⁰⁰, ainda que equiparados aos filhos legítimos e legitimários²⁰¹, os adotivos sofriam restrições na sucessão, se o adotante não possuísse outros filhos, o filho adotivo herdava plenamente; se o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos após a adoção o adotivo teria direito à metade da quota atribuída aos demais filhos²⁰²; se o adotante já possuía filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos antes da adoção, o adotivo nada recebia²⁰³.

Em consonância com a Constituição Federal, o Código vigente acolheu o princípio da igualdade absoluta entre os filhos, equiparando todos sem quaisquer possibilidades de distinção, inclusive para as adoções realizadas no Código revogado. No entanto, observa EUCLIDES DE OLIVEIRA²⁰⁴, *“se a abertura da sucessão ocorreu antes da atual Constituição, a sucessão pelo adotivo reger-se-á pela norma vigente à época, porque então se fixa a sua capacidade sucessória.”*

Nessa exata linha decidiu o Recurso Extraordinário 196.434-1 São Paulo²⁰⁵. Conforme fundamento do MINISTRO MOREIRA ALVES no seu voto: “A

¹⁹⁹ Cf. o art.41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

²⁰⁰ Compreendida também a chamada adoção simples, regida pelo Código de Menores. (Lei n. 6.697 de 1979). Discriminação esta revogada pelo art. 51 da Lei n. 6.515/1977, dispondo que: “qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições.”

²⁰¹ Art. 1.605 do CC/16 “Para os efeitos de sucessão, aos filhos legítimos se equiparam aos legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos”.

²⁰² § 2º do art.1.605 do CC/16 “Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes à adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes”.

²⁰³ EUCLIDES DE OLIVEIRA, *Direito de Herança*, p.87.

²⁰⁴ *Direito de Herança*, p.89

²⁰⁵ EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Adoção simples por escritura pública. Sucessão art 1.618 do Código Civil Brasileiro (Lei 3.071/1916). Direito de Sucessão – Violação do artigo 227, parágrafo 6º. da Constituição Federal. Inexistência. Na hipótese de adoção simples, por escritura pública, ocorrida em 09.11.1964, com o falecimento da adotante

esse propósito, pelo simples fato de a adoção ter sido celebrada em data anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, não se poderia afastar o exame do sentido mencionado dispositivo constitucional para resolver a questão

e, em seguida do adotado, serão chamados à sucessão os irmãos consangüíneos deste último, aplicando-se o disposto no artigo 1.618 do Código Civil Brasileiro (Lei 3.070/1916). Inexistência de violação constitucional (CF, art. 227, parágrafo 6...). Em resumo: Marina do Amaral Carvalho de Souza, interpôs agravo de instrumento à Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à unanimidade confirmando a decisão do primeiro grau, manteve rejeição de impugnação apresentada pela ora recorrente no inventário dos bens deixados por AVELINO GUEDES OSÓRIO, não lhe reconhecendo a condição de herdeira do *de cuius*. Dessa decisão a recorrente, interpôs embargos declaratórios, tendo os mesmos, por votação unânime, sido rejeitados. Inconformada, a ora recorrente interpôs os recursos extraordinário e especial, respectivamente. Admitiu o processamento do extraordinário, foi negado o especial, agravou de instrumento. O STJ não conheceu do agravo. No presente recurso extraordinário, pretende a recorrente a reforma da decisão do Tribunal a quo, excluindo da sucessão os irmãos consangüíneos e determinado a sua inclusão, alegando ofensa ao art. 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

Histórico: O falecido AVELINO foi adotado pela AURORA DO AMARAL CARVALHO, em 1964, quando contava com 30 anos de idade por escritura pública. Em 1970, a adotante morreu, ficando os bens que possuía para AVELINO, o adotado. Em 10 de maio de 1992, AVELINO faleceu solteiro, sem filhos e sem contar, à época, com pais vivos. Os irmãos bi e unilaterais de AVELINO abriram o inventário dos bens destes, vindo MARINA DO AMARAL CARVALHO DE SOUSA – a recorrente – a impugnar a relação de herdeiros, fazendo-o na qualidade de prima do AVELINO, porque sobrinha da adotante AURORA.

A adoção do falecido AVELINO ocorreu por escritura pública, regida pelo Código Civil de 1916, tratou-se de adoção simples (não gerando direito sucessórios entre o adotado e os parentes do adotante, pois não há que se falar em relação de parentesco entre o adotado e a família do adotante). Assim a ora recorrente MARINA, filha de uma irmã falecida da adotante, não havia qualquer vínculo de parentesco entre o *de cuius* e as irmãs da adotante. Não eram estas parentes do AVELINO. Falecendo este em 1992, no estado de solteiro, sem deixar descendentes nem ascendentes, foram desse modo chamados seus irmãos consangüíneos. A recorrente inconformada alegou que a decisão violou o art. 227, parágrafo 6º da Constituição. Não há dúvidas que em havendo a Constituição Federal equiparado todos os filhos só persiste a adoção plena, não havendo mais adoção simples. No entanto a questão não é essa. A adoção era simples, a adotante faleceu em 1970, o adotado faleceu posteriormente a promulgação da Constituição Federal de 1988, decorrente daí a lide para saber quais são os herdeiros: se os parentes sucessíveis da adotante, ou se os parentes sucessíveis da família consangüínea do adotado. O relator Min. Neri, negou provimento ao recurso, com alegação da existência do ato jurídico perfeito, impeditivo da aplicação desse parágrafo 6º do art. 227 da Constituição de 1988, porquanto a adoção feita em época anterior à Constituição de 1988. O min. MOREIRA ALES, também negou o provimento mas por outra fundamentação: "A esse propósito, pelo simples fato de a adoção ter sido celebrada em data anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, não se poderia afastar o exame do sentido mencionado dispositivo constitucional para resolver a questão sucessória em face da equiparação entre os filhos por este determinada, uma vez que, se a morte de ambos só viesse a ocorrer depois da promulgação da atual Carta Magna, não se poderia falar em ato jurídico perfeito, certo como é que a Constituição originária – se aplica de imediato, alcançando os efeitos futuros de fatos passados, independentemente, ao contrário do que ocorre com retroatividade média ou máxima, de texto expresso que declare esse alcance. No caso porém há uma circunstância que afasta essa aplicação imediata qualquer que seja o alcance que se atribua a essa norma constitucional: a de a morte do adotante ter ocorrido antes da promulgada Constituição de 1988. Como acentua Eduardo Espínola, os efeitos da adoção simples são de duas naturezas: os pessoais e os patrimoniais. Os pessoais se consubstanciam em que o parentesco resultante da adoção se limita ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais. Já os patrimoniais consistem na obrigação alimentar e na relação de sucessão. Ora, no caso, com a morte da adotante, não só extinguiu o efeito patrimonial da adoção relativamente à obrigação alimentar, mas também o referente ao direito sucessório, uma vez que, quanto a esse, a herança foi transmitida ao adotado como herdeiro legítimo, exaurindo-se aí a relação de sucessão. Portanto, os efeitos patrimoniais da adoção em causa – não é que a adoção se extinga, porque ela persiste para efeitos matrimoniais – exauriram-se antes da promulgação da Constituição de 1988, razão por que não se pode pretender, qualquer que seja o alcance da equiparação constitucional relativamente aos filhos adotivos, que esse parágrafo 6.. do art. 227 se aplique de imediato, alcançando a adoção em causa. Essa aplicação imediata só se dá para alcançar efeitos futuros a fatos passados, mas não para criar efeitos futuros de fatos que já se consumaram no passado. Assim sendo, não tem a ora recorrente a condição de herdeira – a ora recorrente é uma das parentes colaterais da adotante – como pretende com base na aplicação imediata do dispositivo constitucional em causa com o alcance que ela lhe dá." Acompanharam o voto do relator negando o provimento do recurso mas com o fundamento dado pelo Min. MOREIRA ALVES, os Ministros, MAURÍCIO CORRÊA, ILMAR GALVÃO, SEPÚLVEDA PERTENCE, SYDNEY SANCHES, MARCO AURÉLIO, NELSON JOBIM e a sra. Ministra ELLEN GRACIE, em curtas palavras assim proferiu o seu voto: "o fato de o adotado ter falecido sob a égide da Constituição Federal de 1988 não altera em nada, segundo entendo, a relação de adoção simples, que, conforme desejado pela adotante, envolvia apenas a ela mesma e o adotado. O falecimento da Aurora produziu todos os efeitos patrimoniais, ao seu devido tempo, a favor de Avelino. A partir de então, a sua sucessão – de Avelino – é regida pela normas que privilegiam a consangüinidade, ou seja, as que vigoram quando se extinguiu a relação de adoção pela morte de Aurora. Acompanho a maioria para não conhecer do recurso." (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 196.434 – 1 SÃO PAULO, rel. Min. NERI DA SILVEIRA – Tribunal do Pleno, ementário n. 2124 – 5 – data do julgamento 11/12/2002 – D.J. 19.09.2003). versão na íntegra disponível no site <http://www.stj.gov.br> < acesso em 21 de agosto de 2007.

sucessória em face da equiparação entre os filhos por este determinada, uma vez que, se a morte de ambos só viesse a ocorrer depois da promulgação da atual Carta Magna, não se poderia falar em ato jurídico perfeito, certo como é que a Constituição originária – se aplica de imediato, alcançando os efeitos futuros de fatos passados, independentemente, ao contrário do que ocorre com retroatividade média ou máxima, de texto expresso que declare esse alcance. No caso, porém, há uma circunstância que afasta essa aplicação imediata qualquer que seja o alcance que se atribua a essa norma constitucional: a de a morte do adotante ter ocorrido antes da promulgada Constituição de 1988. Como acentua Eduardo Espínola, os efeitos da adoção simples são de duas naturezas: os pessoais e os patrimoniais. Os pessoais se consubstanciam em que o parentesco resultante da adoção se limita ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais. Já os patrimoniais consistem na obrigação alimentar e na relação de sucessão. Ora, no caso, com a morte da adotante, não só extinguiu o efeito patrimonial da adoção relativamente à obrigação alimentar, mas também o referente ao direito sucessório, uma vez que, quanto a esse, a herança foi transmitida ao adotado como herdeiro legítimo, exaurindo-se aí a relação de sucessão. Portanto, os efeitos patrimoniais da adoção em causa – não é que a adoção se extinga, porque ela persiste para efeitos matrimoniais – exauriram-se antes da promulgação da Constituição de 1988, razão por que não se pode pretender, qualquer que seja o alcance da equiparação constitucional relativamente aos filhos adotivos, que esse parágrafo 6.º do art. 227 se aplique de imediato, alcançando a adoção em causa. Essa aplicação imediata só se dá para alcançar efeitos futuros a fatos passados, mas não para criar efeitos futuros de fatos que já se consumaram no passado. Assim sendo, não tem a ora recorrente a condição de herdeira – a ora recorrente é uma das parentes colaterais da adotante – como pretende com base na aplicação imediata do dispositivo constitucional em causa com o alcance que ela lhe dá.”

No voto o Ministro afirma que a sucessão produziu os efeitos patrimoniais em favor do adotado, momento então que se extinguiu a relação de adoção entre

o adotante e o adotado pois esta se deu antes da promulgação da Constituição de 1988. Não podendo os parentes do adotante serem beneficiados pelo parágrafo 6º do artigo 227 do mesmo diploma.

4.2 Sucessão dos Ascendentes

Na falta dos descendentes são chamados os ascendentes do autor da herança²⁰⁶, conforme dispõe os §§ do artigo 1.836 do Código Civil.

“§ 1º. Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

§ 2º. Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna”

Na linha reta ascendente a sucessão se dá por cabeça, pois não há o direito de representação²⁰⁷ se sobreviver apenas um dos genitores este recolhe com exclusividade a herança, ainda que sobrevivam os ascendentes do genitor pré-morto²⁰⁸.

Concorrendo os ascendentes do mesmo grau, a herança é partilha ao meio, cabendo a metade à linha paterna e a outra metade à linha materna; o seu fundamento é a divisão em partes iguais entre as linhas, independente do número de sucessíveis. Na linha reta não há a limitação de grau entre ascendentes e descendentes, entretanto, a existência de um único herdeiro de grau mais próximo, este recolhe a totalidade da herança, afastando os demais ascendentes de grau mais remoto, tendo como fundamento que não há o direito de representação na linha ascendente.

²⁰⁶ Cf. Justifica o ARNALDO RIZZARDO, “Herdam os descendentes por um princípio baseado na proteção, ou por necessidade de proteção ao conjunto familiar, enquanto os ascendentes em razão de consideração e gratidão de que são merecedores relativamente aos filhos e netos. Não apenas por deles decorrer a vida, mas sobretudo pela criação e educação recebidas, e máxime com fundamento nos liames afetivos que são, geralmente, mais próximos que em outros parentes.” (*Direito das Sucessões*, p.180).

²⁰⁷ “Art. 1.852. O direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente.”

²⁰⁸ § 1º do art. 1.836 do CC. “...na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas”.

4.3 Os Direitos Sucessórios do Cônjuge na Sucessão Legítima

4.3.1 Sucessão do Cônjuge

O Direito das Sucessões sofreu significativa alteração trazida pela Lei n. 10.406/2002, por conta do artigo 1.829, que inseriu o cônjuge na concorrência com os herdeiros tradicionais das primeiras classes.

O cônjuge continua a ocupar o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, recebendo a totalidade da herança na falta dos descendentes ou ascendentes. Herdeiro privilegiado passa a concorrer com herdeiros da primeira classe, condicionado ao regime de bens do casamento e com herdeiros da segunda classe, independente do regime de bens.

Ademais, elevado à categoria de herdeiro necessário²⁰⁹, passa a ter assegurado o direito à legítima, que compreende a metade dos bens do autor da herança.

Sua ascensão foi considerada por muitos como vertiginosa, do modesto quarto lugar na ordem de vocação hereditária, que ocupava no início do século XX e ainda, na raríssima hipótese se convocada depois dos colaterais de 10º grau. Seguida pela alteração do Decreto Lei n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907, que inverteu a ordem de vocação hereditária, colocando o cônjuge na terceira classe dos sucessíveis e limitando a sucessão dos colaterais até o 6º grau, critério este mantido inclusive no texto original na promulgação do Código Civil de 1916, sendo modificado posteriormente pelo Decreto Lei n. 9.461 de 15 de junho de 1946, que limitou o grau de parentesco dos colaterais sucessíveis até o 4º grau²¹⁰, mantidos pela legislação vigente.

²⁰⁹ O cônjuge passa à categoria de herdeiro necessário (art. 1.845 do CC), não podendo ser afastado da sucessão por simples disposição testamentária, o que antes era possível pela disposição testamentária de todos os bens na inexistência de descendentes e ascendentes.

²¹⁰ Art. 1.612 do CC de 1916. "Se não houver cônjuge sobrevivente, ou ele incorrer na incapacidade do art. 1.611, serão chamados a suceder os colaterais do quarto grau".

O cônjuge supérstite é convocado a recolher à herança em parte ou no todo, condicionada aos requisitos legais genéricos que envolvem a todos os herdeiros²¹¹ e mais, a verificação de certos pressupostos para legitimar a presunção do afeto, na vida matrimonial, bem como a conquista patrimonial, esta última direta ou indireta, para tanto exigido o casamento fático e jurídico, observado o artigo 1.830 do Código Civil, se ao tempo da morte do outro, as partes não estavam separadas judicialmente ou de fato há mais de dois anos, salvo, neste caso, se o cônjuge comprovar que a convivência se tornou impossível sem culpa sua.

As razões que se seguiram a tal alteração, valorizando o cônjuge na sucessão hereditária, vão de encontro à orientação seguida por vários países ocidentais^{212 213}.

²¹¹ “Artigo 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”

²¹² O Código Civil argentino no art.3.545 estabelece a seguinte ordem de vocação: a) descendentes em concorrência com o consorte sobrevivente; b) ascendentes em concorrência com o consorte sobrevivente, da seguinte forma: quanto aos bens próprios do falecido, será dividido ao meio, cabendo metade aos ascendentes e a outra metade ao cônjuge, quanto aos bens gananciais, o consorte recebe sua meação e os 50% restantes serão divididos 25% para cada um dos ascendentes; c) consorte sobrevivente; d) colaterais até o 4º grau; e) fisco. Cf. ZENO VELOSO. “Na Argentina, o Cônjuge é herdeiro necessário, concorrendo com filhos e ascendentes do falecido (CC, arts. 3.570 e 3.571). Cessa, porém, a vocação hereditária dos cônjuges, entre si, se estiverem separados de fato, ou provisoriamente separados, por sentença judicial. Se a separação for imputável à culpa de um dos cônjuges, o inocente conservará a vocação hereditária (art. 3.575).” (*Direito de Família e a necessidade de alteração no Direito Sucessório*).

Cf. EUCLIDES DE OLIVEIRA. “Assim, em concurso com filhos deixados pelo falecido, na sucessão o cônjuge terá a mesma quota de cada um deles, salvo quando à parte dos bens comuns (gananciais) que tocara ao cônjuge pré-morto. No concurso com ascendentes, o cônjuge viúvo terá a metade dos bens próprios e também a metade dos bens comuns que corresponda ao falecido. A outra metade ficará com os falecidos.” (*Direito de Herança*, p.45)

Confrontando a legislação italiana, no trato sucessório do cônjuge, assim escreveu: EUCLIDES DE OLIVEIRA. “No concurso com os descendentes, o cônjuge tem direito à metade de herança, se há um filho, e a um terço, nos outros casos. Concorrendo com ascendentes ou com irmãos do falecido, o cônjuge fica com dois terços da herança.” (*Direito de Herança*, p.41).

Cf. ZENO VELOSO. “Na Suíça, por sua vez, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes, tendo nesse caso, direito à metade da herança. Em concurso com o pai, a mãe, os seu descendentes, têm direito a três quartos do espólio. Na falta desses parentes, recolhe a herança, por inteiro”. (CC, art. 462).

Confrontando a legislação alemã, no trato sucessório do cônjuge. CF. EUCLIDES DE OLIVEIRA. “O cônjuge não consta de uma ordem sucessória específica, mas tem seu tratamento como herdeiro legítimo concorrente, recebendo: a) a quarta parte da herança, se concorrer com parentes de primeira ordem, b) metade da herança se concorrer com parentes de segunda ordem ou com avós”. (*Direito de herança*, p. 44).

“O cônjuge tem participação concorrente na herança com os filhos naturais, com os ascendentes e também com irmãos do de cujus, num complexo sistema de atribuição diferenciada de quotas.” (*Direito de herança*, p.46).

²¹³ Em posição contrária, o direito francês e o espanhol mantêm similitude no tratamento sucessório do cônjuge com o nosso revogado Código. Cf. EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE: “No direito francês, a redação do artigo 767, pela lei de 3 de janeiro de 1972, afirma que a posição sucessória do cônjuge sobrevivente, em concurso com os filhos, com os ascendentes e até com irmãos e irmãs do *de cujus*, continua a limitar-se ao direito de usufruto sobre uma quota da herança, que será de um quarto, no caso de concurso com os filhos. (...), e de metade no concurso com ascendentes, irmãos ou irmãs e seus descendentes (...). E no direito espanhol, a lei 13 de maio de 1981, que continuou, no artigo 944 do Código Civil espanhol, a chamar o cônjuge sobrevivente a recolher a herança do *de cujus* só na falta de descendentes e ascendentes”. (*Comentário ao novo Código civil*, p. 240).

Na evolução da sociedade contemporânea, os vínculos de parentesco (principalmente dos consangüíneos distantes), foram paulatinamente perdendo a importância sucessória, paralelamente foram sendo concedidos maiores e melhores benefícios à família em sentido estrito, aquela formada pelos pais e seus filhos.

Disserta GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA²¹⁴:

“(...) diante das transformações operadas no curso do Século XX nos valores culturais, econômicos, políticos e sociais, logicamente a família não poderia deixar de ter recebido os impactantes reflexos das mudanças. No sistema jurídico brasileiro, em particular, a Constituição Federal de 1988 provocou vital remodelação dos vínculos jurídicos diante dos valores e dos princípios fundamentais alçados ao ápice do ordenamento jurídico e, logicamente, que numa mudança de perfil do Direito das Sucessões, a sucessão legítima recepcionou inúmeros valores e princípios como os da dignidade da pessoa humana dos integrantes da família, da igualdade substancial entre homens e mulheres, da especial proteção às famílias, do pluralismo dos modelos familiares, da cidadania e da democracia no âmbito das relações intersubjetivas – notadamente entre os próprios familiares”.

Interpretando a vontade social e reconhecendo os valores existenciais na família, o legislador concedeu maior importância à conjugalidade, à afetividade, a vida em comum mantida pelo casal até o último momento da vida. Poderia pensar que o cônjuge é o único herdeiro legítimo e necessário escolhido pelo autor da herança. Ainda que teorias adotem como verdadeiras, que a ordem de vocação hereditária é a vontade presumida do autor da herança, os demais herdeiros necessários (descendentes e ascendentes) não são da escolha do autor da herança.

²¹⁴ *Fundamentos jurídicos – Direito Civil Sucessões*, São Paulo: Atlas, 2003, p. 12

Prossegue o autor, “(...) ao inserir o cônjuge ao lado dos descendentes e dos ascendentes, valorizando em perfeita sintonia com os postulados constitucionais, a afetividade e a transparência das relações matrimoniais. O casamento e as demais formas de constituição e de manutenção da família passam a ser fundamentados na afetividade e na solidariedade material, reformulando completamente os institutos de Direito de Família e, conseqüentemente, de Direito das Sucessões na parte em que este se relaciona com as famílias tuteladas juridicamente²¹⁵”.

Na vigência do Código Civil de 1916, ao ocupar o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, o cônjuge somente era chamado à sucessão, na falta dos herdeiros precedentes; a existência de um único herdeiro da classe anterior (descendente ou ascendente), o cônjuge era afastado da sucessão, operando em uma verdadeira ordem preferencial e excludente,²¹⁶ umas sobre as outras. E sendo o cônjuge, herdeiro facultativo, poderia ser afastado da sucessão, por ato de disposição de última vontade, ainda que na inexistência dos herdeiros precedentes.

Para EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE²¹⁷, as alterações resultantes do Código Civil de 2002, no trato sucessório do cônjuge, se justificam pela alteração do regime legal (supletivo) do casamento, da comunhão universal para a comunhão parcial. Modificada pelo artigo 50 da Lei n. 6.515/77, (Lei do Divórcio) que alterou o artigo 258, do Código Civil de 1916, passando a vigorar com a seguinte redação: “*Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial*”. O regime supletivo passou da comunhão universal para o regime da comunhão parcial.

²¹⁵ *Ibidem*, p.116.

²¹⁶ Cf. lição de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, na vigência do Código revogado. “Só se convocam ascendentes se não houver descendentes; por sua vez, o cônjuge sobrevivente só é chamado se não existirem descendentes ou ascendentes e assim por diante. Uma classe tem, portanto precedência sobre a outra, sendo essa precedência fundada em razões muito especiais”. (*Curso de Direito Civil, Direito das Sucessões*, p. 214 e 215.

²¹⁷ “A razão primeira de tal mudança remonte à alteração radical no tocante ao regime de bens, antes prevalecendo o da comunhão universal, de tal maneira que cada cônjuge era meeiro, não havendo razão alguma para ser herdeiro”. (*Comentário ao novo Código Civil*, p.216).

MIGUEL REALE²¹⁸, em justificativa ao Projeto do Código Civil de 2002, anota que, sendo o regime de bens o da comunhão parcial;

"Seria injusto que o cônjuge somente participasse daquilo que é produto comum do trabalho, quando outros bens podem vir a integrar o patrimônio a ser objeto da sucessão".

4.3.2 Cônjuge Separado de Fato

Na vigência do Código revogado, o cônjuge ocupava exclusivamente a terceira classe de herdeiros sucessíveis²¹⁹, atrás dos descendentes e ascendentes do autor da herança, sendo ele herdeiro facultativo, poderia ser afastado da sucessão por disposição de última vontade, ainda que na ausência das classes precedentes.

Na sucessão legítima, a separação de fato, ainda que por um longo período não elidia o cônjuge de exercer o direito real limitado ao usufruto²²⁰ ou à habitação²²¹, nem mesmo ficava afastado o direito sucessório recíproco.

No entanto, a tendência do Direito Civil no final dos séculos XX e início do século XXI, foi de abandonar gradativamente a visão individualista e patrimonial, passando à valorização das situações existenciais, seja nas relações matrimoniais ou extramatrimoniais²²².

²¹⁸ O Projeto do novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 1999, p.18.

²¹⁹ Art. 1.603 do CC de 1916. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes; II – aos ascendentes; III- ao cônjuge sobrevivente; ...".

²²⁰ § 1º do art. 1.611 do CC de 1916. O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era da comunhão universal terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do *de cuius*".

²²¹ §2º do art. 1.611 do CC de 1916. Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, 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 bem daquela natureza a inventariar".

²²² Cf. GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, "O Direito Civil do século XXI é constitucionalizado, com forte carga solidarista e despatrimonializante, em claro reconhecimento da maior hierarquia axiológica à pessoa humana – na sua dimensão do "ser" – em detrimento da dimensão patrimonial do "ter". O fenômeno da despatrimonialização, no âmbito das situações jurídicas sob a égide do Direito Civil, detona uma opção que, paulatinamente, vem se demonstrando em favor do personalismo – superação do individualismo – e do patrimonialismo – superação da patrimonialidade como fim de si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois – como valores que foram fortificados, superando outros valores na escala hierárquica de proteção e promoção do ordenamento jurídico. De acordo com a concepção da tutela e promoção da pessoa humana como centro de preocupação do ordenamento jurídico, é correta a orientação segundo a qual as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas em favor das situações existenciais, inclusive no campo do Direito das Sucessões". (Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002, *Revista Brasileira de Direito de Família*, n.29, abril/maio 2005, p.12).

Seguindo essa linha, na vigência do Código revogado, os julgados, paulatinamente, foram afastando o cônjuge separado de fato por um longo período, do direito à meação sobre o patrimônio constituído pelo outro, num primeiro momento em decisões conflitantes^{223 224}, mais tarde, perfilhando pela incomunicabilidade, reconheceram o rompimento fático, como motivo ensejador, para colocar fim ao do regime de bens²²⁵. Pois, se a comunicabilidade advém da presunção do esforço comum no casamento ou na união estável, não seria razoável aplicar tal presunção se, a questão fática demonstra claramente que não houve participação direta ou indireta do outro na aquisição do patrimônio.

²²³ Bem reservado. Reconhecimento nos autos da ação de divórcio direto. Possibilidade. Adquirido o imóvel durante a separação de fato do casal em nome da mulher, com o produto exclusivo do seu trabalho, o pedido de reconhecimento do bem reservado pode ser feito na própria ação de divórcio direto. (TJDF. Apelação Cível unânime da 3ª Câmara Cível, publicado em 30-11-94. Apelação nº 32.278/94, Rel. Des. Campos Amaral).

EMENTA – Ação de divórcio. Casal separado de fato desde 1963. Bens adquiridos pelo varão, após a separação, pelo fruto do seu trabalho. Partilha, no entanto, determinada pela sentença entre os cônjuges (art. 263, XIII, do CC, redação da Lei 4.121). Recurso provido para atribuir ao varão apelante a totalidade dos bens constituídos pelos direitos de uma data de terras. Tutelam os tribunais o entendimento de que os bens adquiridos por um dos cônjuges, às suas expensas após a separação de fato do casal, embora o casamento se tenha realizado sob o regime de comunhão universal, não se comunicam. Em apoio desse entendimento, cabe a invocação do art. 263, inc. XIII, do CC, redação dada pela Lei 4.121, segundo o qual são excluídos da comunhão os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos. Dado provimento ao recurso”. (TJPR, Ap. Civ. 0016384800, rel. Des. WILSON REBACK, 11.12.1991).

²²⁴ Em sentido contrário - Casamento. Regime da comunhão universal. Imóvel adquirido após a separação de fato. Legalidade. Sendo o regime o da comunhão de bens, mesmo após a separação de fato, os bens adquiridos após essa separação, mesmo com o produto do trabalho do marido, são bens da comunhão até a dissolução do casamento. (TJDF, Apelação Cível da 3ª Turma Cível, publicada em 13-12-95. Apelação nº 35.430, Rel. Nívio Gonçalves).

“Apesar de estarem separados de fato, tem o marido o direito à meação dos bens adquiridos pela mulher após tal separação (...) Segundo a versão probatória predominante nos autos, consumou-se de há muito quinquênio da separação de fato do casal, com ruptura da sociedade conjugal, antes da ocorrência da sucessão universal, que deu causa a aquisição de direitos imobiliários pela mulher, por morte do ascendente paterno, o que justificou o comparecimento dos cônjuges em Cartório, para a outorga da procuração, com vista à representação no respectivo inventário.

O acréscimo havido no patrimônio comum comunicou-se, portanto, ao marido, já que subsistia o vínculo matrimonial, que não é desfeito com a simples separação de fato do casal, certo que não conflui qualquer das causas extintivas a que se refere o art. 2º da Lei do divórcio...”. (TJSP, Ap. Cível, 141.237-1/4- 5º CC., relator, Des. MARCIO BONILHA). Citado por MARIA ALICE ZARATIN LOTUFO, *Curso avançado de Direito Civil – Direito de família*, coord. Everaldo Cambler, vol.5 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.147.

²²⁵ Casamento. Regime de bens. Aquisição de imóvel pela mulher, muito tempo após a separação, requerendo a decretação do divórcio e exclusividade de domínio sobre o imóvel. Abandono do lar pelo marido logo após o casamento. Está comprovado nos autos que o imóvel adquirido pela mulher, quase trinta anos após a separação, foi pago por ela, sozinha, com o produto dos rendimentos exclusivos de seu trabalho. Nessas condições, negar-lhe o direito ao domínio exclusivo do imóvel, apenas em atenção ao regime de bens do casamento, representa uma iniquidade e suma injustiça, pertencendo-lhe, portanto com exclusividade, o imóvel adquirido (TJSP. Apelação Cível, unânime da 4ª Câmara Cível, publicado na RT 723/342, Apelação nº 263.841-1/8. Rel. Des. Olavo Siqueira).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DE FAMÍLIA. SUCESSÃO. CÔNJUGE SUPÉRSTITE. USUFRUTO VIDUAL. BENS IMÓVEIS.SEPARAÇÃO DE FATO. ART. 1.611, § 1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DESCABIMENTO. PECULIARIDADES DE ESPÉCIE. A separação apenas de fato do casal, à época do falecimento, não é causa suficiente para se negar ao cônjuge supérstite o direito ao usufruto vidual de um quarto dos bens do cônjuge extinto, nos termos do art. 1.611, § 1º, do Código Civil, pois casados sob o regime da separação total de bens. A presente espécie todavia, traz a peculiaríssima circunstância de o casamento Ter durado apenas três meses, não caracterizando a convivência do casal, que se encontrava separado de fato há mais de quatro anos. Ademais, os bens pertenciam exclusivamente à esposa falecida, tendo o cônjuge varão presumidamente vivido às custas e abandonado o lar amparado na expedição de alvará de separação de corpos. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - Resp. nº 108.706 RJ 1996/0060019-8 – Rel. Min. Barros Monteiro, Brasília 04 de maio de 2000).

Porém, em total desprestígio às realidades fáticas, permanecia no direito sucessório a figura do cônjuge separado de fato, ainda que por um longo período.²²⁶ Apesar do direito das sucessões ter um forte apelo patrimonial²²⁷, nada justificava, essa convocação, como vinham interpretando alguns Tribunais, seguidores da letra fria da lei²²⁸. Se ao tempo da morte do outro não estava dissolvida a sociedade conjugal²²⁹, com sentença transitada em julgado.

De ressaltar, que pendente a ação de separação ou divórcio, antes do trânsito em julgado, se quaisquer dos cônjuges viesse a falecer, subsistia ao outro, o direito sucessório, conforme observa EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE²³⁰:

“Em 1916 a dissolução da sociedade conjugal ocorria pelo desquite e após o advento da Lei nº 6.515 (Lei do Divórcio), pelo divórcio. Assim, pelo sistema antigo, se antes de formalizar-se a coisa julgada no processo, qualquer dos cônjuges viesse a morrer, subsistiria ao outro potencial direito hereditário. Separado de fato – e esta era a questão crucial no regime anterior – mantinha –se o direito sucessório recíproco entre os

²²⁶ SEPARAÇÃO DE FATO – apesar de estarem separados de fato, tem o marido direito à meação dos bens adquiridos pela mulher após tal separação. (...) Segundo a versão probatória predominante nos autos, consumou-se de há muito o quinquênio da separação de fato do casal, com ruptura da sociedade conjugal, antes da ocorrência da sucessão universal, que deu causa à aquisição dos direitos imobiliários pela mulher, por morte do ascendente paterno, o que justificou o comparecimento dos cônjuges, em Cartório, para a outorga da procuração, com vistas a respectivo inventário. O acréscimo havido ao patrimônio comum comunicou-se, portanto, ao marido, já que subsistia o vínculo matrimonial, que não é desfeito com a simples separação de fato do casal, certo que não confluíu qualquer das causas extintivas a que se refere o art. 2º da Lei do Divórcio.

²²⁷ Cf. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO: “No direito das sucessões, no entanto, emprega-se o vocábulo num sentido mais restrito, para designar tão somente a transferência da herança, ou do legado, por morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, seja por força de lei, ou em virtude de testamento(...)”. (*Curso de Direito Civil – Direito das sucessões*, vol. 6, 35. ed.35., atualiz. Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1).

²²⁸ Artigo 1.611 do CC de 1916. “ À falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal”. Fazendo concluir que necessário o trânsito em julgado da separação judicial ou divórcio direto, ou ainda a homologação quando da separação consensual.

²²⁹ INVENTÁRIO - Homologação de partilha - Inclusão da ex-mulher de um dos herdeiros - Separação de fato - Motivo insuficiente para alijar a ex-mulher da condição de cônjuge-meeira - Regime de comunhão universal de bens - Sucessão que ocorre no exato momento da morte do *de cuius* - Sentença mantida - Recurso não provido. É curial que a mera separação de fato, simples pressuposto para a ação de divórcio, não tem a virtude de dissolver a sociedade conjugal e muito menos o vínculo matrimonial. (Apelação Cível n. 65.569-4 - Ibiúna - 9ª Câmara de Direito Privado - Relator: Franciulli Netto - 20.04.99 - V.U.).

SUCESSÃO - Vocação hereditária - Cônjuge sobrevivente não separado judicialmente à época do falecimento - Precedência aos colaterais - Irrelevância do regime de bens do casamento - Artigos 1.603 e 1.611 do Código Civil - Recurso não provido JTJ 200/234.

²³⁰ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, *Comentários ao novo Código Civil – Direito das Sucessões*, vol XXI, arts. 1.784 a 2.027, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 228.

cônjuges, já que era imprescindível o trânsito em julgado da decisão quanto à dissolução do casamento”.

Todavia, ainda na vigência do Código revogado, existiam valiosas opiniões em contrário²³¹. Conforme FRANCISCO JOSÉ CAHALI²³²:

“Ousamos, pois, já à época divergir da orientação até então proclamada, por tê-la como ultrapassada, consignando nossa convicção no sentido de que só a separação prolongada do casal, ainda que de fato, já afastaria o cônjuge da sucessão do outro, em qualquer situação, mais especialmente quando nova família se formou, através de união estável, entre as pessoas casadas por mera reminiscência cartorial (entre eles só subsistente a certidão de casamento), pois ao companheiro ou companheira viúva, também por previsão legal, deveria ser destinada a herança, na falta dos herdeiros das classes precedentes”.

Na vigência das Ordenações, a separação de fato excluía o cônjuge da sucessão²³³, ainda que na raríssima hipótese de herdar, pois o cônjuge ocupava a quarta classe de sucessíveis, depois dos colaterais até o 10º grau²³⁴.

Dentre as inovações do Código vigente, fica excluído da sucessão, o cônjuge separado de fato há mais de dois anos²³⁵.

²³¹ Na Apelação Cível 240.850, sendo relator YUSSEF SAID CAHALI, Negou a meação do bem adquirido na constância do casamento, estando o casal há muito separado de fato, pois estava demonstrado que o bem havia sido adquirido exclusivamente com a economia da mulher, sem nenhuma participação do outro cônjuge que se encontrava desaparecido. O Superior Tribunal de Justiça pacificou essa posição, ao reconhecer que: “A cônjuge-virago separada de fato do marido há muitos anos não faz jus aos bens por ele adquiridos posteriormente a tal afastamento, ainda que não desfeitos, oficialmente, os laços mediante separação judicial. (Resp. N.32.218-SP, de 17.05.2001, 4 turma, DJU de 3.09.2001).

²³² FRANCISCO JOSÉ CAHALI e GISELDA MARIA FERDANDES NOVAES HIRONAKA, Curso avançado de Direito Civil – Direito das Sucessões, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 209/210.

²³³ SILVIO RODRIGUES, transcreve o texto do Livro IV, Título 94, das Ordenações, nota 90, da p. 111, *Direito das Sucessões*, vol 7, 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003 : “Falecendo o homem casado *abintestado*, e não tendo parentes até o décimo grau contando segundo o Direito Civil, que seus bens deva herdar, e ficando sua mulher viva, a qual juntamente com ele estava e vivia em casa teúda e manteúda, como marido e mulher com seu marido, ela será sua universal herdeira. (sic) E pela mesma maneira será o marido herdeiro da mulher, com quem estava em casa manteúda, como marido com sua mulher, se ela primeiro falecer sem herdeiro até o dito décimo grau”.

²³⁴ Escreveu CLOVIS BEVILÁQUA, criticando essa disposição de chamar os colaterais até o 10º grau, “encontrar-se mais na condição de conterrâneo do que de parentes”.

²³⁵ “Art. 1.830. Somente é reconhecido o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de 2 (dois) anos, salvo prova neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.”

Porém, persiste o direito sucessório do sobrevivente mesmo separado por período superior ao biênio²³⁶ quando, provar, que a convivência tornou-se impossível sem culpa sua. Em outras palavras, o separado de fato há menos de dois anos não será excluído da sucessão, independente da discussão da culpa. Acima do biênio, só terá direito a suceder, se provar a sua não culpa.

O referido artigo tem sido alvo de críticas, pois é sabido que a separação de fato, prescinde da discussão da culpa nos processos de separação. A tendência do direito moderno foi a de substituir o fundamento da discussão da culpa²³⁷ pelo fundamento na ruptura da vida em comum²³⁸, fato objetivo para a dissolução da sociedade conjugal.

Contrariando todas as tendências, a culpa reaparece no direito sucessório, em franca desarmonia com a evolução do ordenamento jurídico que caminha em sentido contrário, ROLF MADALENO²³⁹, critica o artigo 1.830, afirmando, que não

²³⁶ O Projeto de Lei n. 634/75, trazia na sua redação original mencionava desquitados e separados de fato há mais de cinco anos. Na Câmara dos Deputados alterou para separados judicialmente. No Senado, a emenda 473 – R. do Senador Josaphat Marinho, diminuiu o prazo de cinco para dois anos. Citado por ZENO VELOSO, *Novo Código Civil comentado*, coord. Ricardo Fiúza, 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.649.

²³⁷ Outrora tão importante a imputação da culpa, gerando conseqüências ao cônjuge culpado como a condenação pelos alimentos ao outro cônjuge (art. 19 da Lei 6.515/77 – “o cônjuge responsável pela separação prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar”), a perda da guarda dos filhos menores (art. 10 da Lei 6.515/77 – “os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa”), perda do direito ao uso nome do marido, (art. 25 parágrafo único, introduzido pela Lei n. 8.408, de 13/02/92 – “a sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair o matrimônio, só conservando o nome da família do ex-marido se a alteração prevista neste artigo acarretar: I. evidente prejuízo para a sua identificação; II. manifesta distinção entre o seu nome de família do dos filhos havidos da união dissolvida; III. Dano grave reconhecido em decisão judicial”. Hoje já superadas, pela proteção integral aos menores e do direito da personalidade, garantidas na Constituição Federal de 1988, e leis esparsas e excelente atuação da jurisprudência, segundo a qual vigora o princípio do *The best interest of child*, tem-se firmado no sentido de definir a guarda em favor do melhor interesse dos filhos. A partir da Lei n. 8.408/92, desvincula –se da idéia de culpa, embora pudesse ser questionada a constitucionalidade da solução legal.... Comentadas por GUSTAVO TEPEDINO, *Repensando o direito de família – O papel da culpa na separação e no divórcio*, Anais do I congresso brasileiro de direito de família, IBDFAM, Belo Horizonte: p. 195 à 197.

²³⁸ YUSSEF SAID CAHALI, “Assim, mantida a separação por mútuo consentimento, admite-se que a mesma também possa ser pedida se o cônjuge provar ruptura da vida em comum há mais de um ano; ou se o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum (Lei do Divórcio, art. 5º, §§ 1º e 2º)” (Divórcio e Separação).

“Nesse caso, a lei se satisfaz com o simples fato objetivo da separação prolongada ou da doença mental do cônjuge, prescindindo de qualquer verificação da causa”.

“(…) Como a separação judicial, no caso, fundamenta-se exclusivamente na prolongada e irreversível separação de fato, nenhuma verificação precisa ser feita a respeito do procedimento culposo de qualquer dos cônjuges como causa da separação”. *Divórcio e Separação*, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.419 e 421.

²³⁹ A origem da culpa, segundo informa ROLF MADALENO, com escólio em Vítor Reina “o exame da culpa conjugal encontra sua origem no direito canônico, de um tempo de prevalência do direito *cogente* que dominava toda matéria matrimonial, sendo desígnio do legislador que nada ficasse à livre vontade das partes. Entretanto o direito canônico perdeu boa parcela de sua ingerência na evolução dos textos e dos costumes sociais, embora o exame da culpa carregue uma boa dose de vingança daquele cônjuge que perdeu a companhia do seu parceiro nupcial.”

faz sentido o prazo de dois longos anos de separação factual, para só depois afastar o cônjuge da sucessão.

“A única exigência colocada candidamente pelo legislador foi a de conferir ao próprio cônjuge sobrevivente a tarefa judicial de demonstrar sua inocência na fática separação, debitando ao esposo sucedido a exclusiva culpa funerária. Era totalmente dispensável essa novidade do direito ao outorgar tutela sucessória ao cônjuge sobrevivente que já estava factualmente apartado de seu consorte (...)”.

Com as pertinentes críticas, enumera, LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS²⁴⁰, o porquê em se alterar o artigo 1.830 do Código Civil.

“Primeiro porque poderá dar ensejo à situação de concorrência na sucessão entre um ex-cônjuge separado de fato e um companheiro, em decorrência de uma união estável formada após a separação fática, situação essa, por sinal, cuja solução não encontra previsão no Código Civil. Segundo admite que, mesmo após ultrapassar dois anos de separação fática, o cônjuge remanesça com direito sucessório, desde que prove não ter sido culpado pelo afastamento do casal. A inconveniência dessa regra salta aos olhos! Se os inventários tradicionalmente constituem seara de acirrados conflitos (tanto maiores quanto mais robusto o montemor), facilmente imaginável o incremento na conflituosidade que decorrerá da possibilidade de discutir quem foi o culpado pela separação fática. Por evidente, que, tratando-se de questão de alta indagação, o tema deverá ser remetido, para as vias ordinárias, com suspensão dos inventários, que assim, terá sua finalização lançada para as calendas gregas”.

²⁴⁰ *Direito das Sucessões – Propostas de alteração in:* Revista Brasileira do Direito de Família, IBDFAM, ano VII, nº 29 – Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 187

Em posição contrária, INÁCIO DE CARVALHO NETO,²⁴¹ afirma que a exclusão do cônjuge separado de fato da sucessão é inadequada.

Legitimidade para requerer a exclusão do cônjuge:

Diante da falta de previsão legislativa, que introduziu o critério da culpa na sucessão sem especificar a quem caberia o ônus da prova, tem dividido a doutrina, a primeira corrente que atribui o ônus ao cônjuge sobrevivente, que reivindique para si a qualidade de sucessor. Comungam nessa linha: CÁIO MARIO DA SILVA PEREIRA²⁴², INÁCIO DE CARVALHO NETO²⁴³ entre outros.

Em posição contrária, admitindo que o ônus da prova recai sobre os sucessores (outros herdeiros) para que provem que o cônjuge sobrevivente foi o culpado pela separação. Conforme, ORLANDO GOMES²⁴⁴, MARIO ROBERTO CARVALHO DE FARIA²⁴⁵, EUCLIDES DE OLIVEIRA²⁴⁶, GISELDA HIRONAKA²⁴⁷ e por todos o texto de FRANCISCO JOSÉ CAHALI:²⁴⁸

²⁴¹ INÁCIO DE CARVALHO NETO e ÉRICA HARUME FUGIE, "...inovação que nos parece inadequada, tendo em vista que a separação de fato não extingue a sociedade conjugal, não devendo se causar a extinção dos direitos conjugais." (*Código Civil novo comparado e comentado* vol. VII – Direito das Sucessões, 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 75).

²⁴² "Se, no entanto, a convivência cessara sem culpa do sobrevivente, será ele chamado a suceder o *de cujus*. O ônus da prova das circunstâncias em que se iniciou a separação de fato recai sobre o cônjuge que reivindique para si a qualidade de sucessor". (*Instituições de Direito Civil- Direito das Sucessões*, vol. VI, 15. ed. atualiz. Carlos Roberto Barbosa Moreira, Rio de Janeiro: Forense 2004, p.147).

²⁴³ "(...) Estando o casal separado de fato há mais de dois anos, perderá também o cônjuge sobrevivente o direito à herança. Poderá este provar, entretanto que a convivência se interrompeu sem culpa sua, para não sofrer a penalidade. Trata-se de ônus seu". (INÁCIO DE CARVALHO NETO e ÉRICA HARUME FUGIE, *Código civil novo*,p.75).

²⁴⁴ "Para excluir o cônjuge da sucessão é necessário que os herdeiros provem a existência da separação de fato por prazo superior há dois anos e, ainda, que a separação se deu por culpa do sobrevivente, como preceitua o artigo 1.830. Essa prova deverá ser feita através de ação própria por dependência aos autos de inventário, pois trata-se de ação de exclusão de herdeiro". (*Sucessões*, atual. Mário Roberto Carvalho de Faria, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004).

²⁴⁵ "Existindo a separação por mais de dois anos, ainda assim poderá o cônjuge se habilitar à sucessão, devendo para tanto, ser provado que a separação não se deu por sua culpa. Essa prova compete aos herdeiros, e não ao cônjuge. Ressalte –se que a lei não se refere à "vontade de separar", mas sim à "culpa na separação" atribuída ao cônjuge que com a sua conduta ou atos praticados fere os deveres conjugais". (*Direito das Sucessões*, Teoria e Prática 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 128).

²⁴⁶ "Não a este, certamente, pois basta que se habilite como viúvo, comprovando o casamento com o autor da herança. Aos terceiros interessados, então, que seriam os herdeiros em concorrência (descendentes ou ascendentes), ou os colaterais, como também eventual ex-companheiro do falecido, é que pesará o encargo de provar que a ruptura da vida conjugal se deu por culpa do cônjuge, mediante a exibição de documentos hábeis ou por meio de ação própria."(*Direito de Herança*, p.130).

²⁴⁷ "Podem os demais herdeiros demandar tal afastamento se comprovarem que os cônjuges estavam separados de fato há mais de dois anos". (*Comentário ao Código*,p.221).

²⁴⁸ Aula ministrada pelo prof. FRANCISCO JOSÉ CAHALI, no Curso de mestrado/doutorado da PUC/SP.

“A legitimidade ativa é dos herdeiros, que devem provar a culpa do cônjuge sobrevivente, o ônus da prova cabe a quem alega. E sendo herdeiros menores, deverá ser nomeado um curador especial, pois há colidência de interesses. Então em princípio o cônjuge separado de fato é herdeiro do de cujus, somente sendo afastado se os herdeiros provarem a culpa do sobrevivente. Assim, não tem legitimidade o cônjuge sobrevivente para propor a ação, sendo a sua legitimidade passiva”.

Sem dúvida, o ônus da prova recai sobre os demais herdeiros interessados, em afastar o cônjuge sobrevivente da sucessão. Ao aceitar a primeira posição estaríamos operando uma verdadeira inversão ao princípio constitucional da presunção de inocência²⁴⁹, e ainda sob o risco de obrigar o cônjuge sobrevivente à produção de uma prova negativa, da sua não-culpa, que nem sempre é possível.

Para FRANCISCO JOSÉ CAHALI,²⁵⁰ na matéria de defesa, impossível ao cônjuge sobrevivente invocar a culpa do *de cujus*, *post mortem*, pois os elementos caracterizadores da culpa devem ter sido provados anteriormente.

Exemplo ministrado em aula:

Na ação de separação judicial em trâmite, se um dos separandos vier a falecer, fica obstado o prosseguimento do feito,²⁵¹ as provas ali produzidas e contraditadas pelo réu, podem ser emprestadas e utilizadas em outro processo²⁵², *in casu* provar que a ruptura da vida em comum se deu pela culpa do morto.

²⁴⁹ Cf. inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal. “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

²⁵⁰ Aula ministrada pelo prof. FRANCISCO JOSÉ CAHALI, no curso de Mestrado/ Doutorado –PUC/SP.

²⁵¹ Ensina YUSSEF SAID CAHALI, “não tem sentido insistir na sentença de desconstituição de um vínculo já desfeito pelo acontecimento natural, quanto mais que a lei não irroga àquela sentença eficácia retrooperante. (*Divórcio e Separação*, p.85).

²⁵² ADA PELLEGRINE GRINOVER, ANTÔNIO SCARANZE FERNANDEZ, ANTÔNIO MAGALHAES GOMES FILHO. “O primeiro requisito constitucional de admissibilidade da prova emprestada é o de ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes ou, ao menos, processo em que tenha figurado com parte aquele contra quem se pretende fazer valer a prova. Isso porque o princípio constitucional exige que a prova emprestada somente possa ter valia se produzida, no primeiro processo perante quem suportará seus efeitos no segundo, com a possibilidade de ter contado, naquele, com todos os meios possíveis de contrariá-la. Em hipótese alguma poderá a prova emprestada gerar efeitos contra quem não tenha participado da prova no processo originário”. (*As Nulidades do Processo Penal*, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998. p. 123).

Não há dúvida de que a discussão da culpa comporta processo autônomo, devendo remeter as vias ordinárias, possivelmente paralisando os inventários, mas FRANCISCO JOSÉ CAHALI, alerta para dois pontos: a saber;

“...as questões de alta indagação devem ser discutidos em autos próprios, pois possibilitam instrução probatória. Mas será questão de alta indagação somente quando houver conflito, assim, se a parte faz o pedido e a outra concorda não é questão de alta indagação, pois nada há de ser provado...”

Então, o processo somente será remetido às vias ordinárias quando se fizerem necessárias a produção de provas, pois, alegadas no inventário e reconhecidas, passam a ser incontroversas.

No eventual envio às vias ordinárias, em tese, o inventário ficaria paralisado até que se resolva a “questão incidente”, obstando todo o processo.

Mais uma vez, com a solução de FRANCISCO JOSÉ CAHALI:

“...havendo discussão da culpa em autos apartados, não ficaria necessariamente paralisado o inventário, cabendo ao demais herdeiros medidas cautelares ou o pedido de tutela antecipada, para tanto necessário que haja reserva do quinhão do cônjuge enquanto pendente a ação para apurar a culpa...”

Se procedente a exclusão do cônjuge, haverá uma sobrepartilha do quinhão reservado aos demais herdeiros, se não provada a culpa do cônjuge sobrevivente, o quinhão a ele será deferido.

Entendemos que teria sido melhor, o legislador afastar o cônjuge separado de fato, independente do prazo e discussão da culpa, não assiste razão ao

separado de fato, participar na sucessão daquele que não possui mais vida em comum, pois ao que tudo indica ao conceder o direito hereditário ao não culpado, adquiriu o caráter de indenização pela sua inocência na separação.

Entre outros, o Projeto de Lei n. 4.944 de 2005, de autoria do Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM), apresentado pelo sr. Antônio Carlos Biscaya, sugere a modificação da redação ao artigo 1.830 do Código Civil para: *“Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato”*.(NR)

4.3.3 Casamento Putativo

Nos termos do artigo 1.561 do Código Civil, ainda que nulo ou anulável o casamento, o reconhecimento da putatividade concede ao cônjuge ou a ambos, desde que contraídos de boa-fé, todos os efeitos do casamento válido²⁵³ até a data da sentença anulatória.

O casamento putativo²⁵⁴ está inserido dentro da nulidade do casamento, declarado nulo não deve produzir efeito algum. No entanto, o legislador concede efeitos a esses casamentos às pessoas que contraíram o matrimônio de boa – fé²⁵⁵. No passado, ocorriam principalmente para atender aos interesses da prole, hoje de menor relevância em relação a estes, diante da igualdade constitucional alcançada pelos filhos, não prevalecendo quaisquer designações discriminatórias quanto a origem ou filiação.

²⁵³ YUSSEF SAID CAHALI, “devido a razões humanitárias e de equidade, o ordenamento jurídico foge à sistemática própria, empresta àquele casamento anulado, ou mesmo nulo, efeitos do casamento válido, até que a nulidade seja pronunciada”. (*O Casamento Putativo*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito U.S.P., concorrendo à docência livre de Direito Civil, 1971, p.2). Impresso original, gentilmente cedido pelo autor.

²⁵⁴ Cf. YUSSEF SAID CAHALI, “O casamento putativo, pelo que, não seria real, seria uma aparência de matrimônio, um imagem exterior; a lei, por ficção, o iguala ao casamento verdadeiro; ficção que vale como realidade, como ela coincidindo na sua extensão, ressalvada as restrições impostas pela própria lei: ficção de casamento nulo ou anulado, mas válido quanto aos seus efeitos; ficção que consiste em se considerar como tendo existido um casamento que, na realidade, jamais teve uma existência válida.” (*O Casamento Putativo*, p.5).

²⁵⁵ *Ibidem*, “se define como a melhor forma de identificação da boa-fé, a intenção das partes de não estarem se unindo em mero concubinato, esta intenção, no que se apresenta como a crença do cônjuge em contrair um matrimônio válido, ou como a convicção da legalidade e da honestidade do ato praticado ou da origem do direito exercido, pode ser resultante da ignorância que tinha qualquer dos nubentes quanto ao obstáculo que se contrapunha à validade do casamento.” (*O Casamento Putativo*, p.76).

Embora o erro de direito seja inescusável²⁵⁶, abrem-se as exceções, em busca dos efeitos da medida protetiva em tutelar direitos do cônjuge e da sua prole, assim, tanto o erro de fato quanto o erro de direito são passíveis de induzirem à putatividade²⁵⁷.

No direito sucessório, o cônjuge de boa-fé, antes da sentença anulatória conserva o potencial direito de herdeiro, no entanto após a anulação, ainda que o sobrevivente seja o cônjuge de boa-fé, não persiste essa condição. Com total propriedade disserta a respeito, YUSSEF SAID CAHALI²⁵⁸ na vigência do Código revogado:

“Assim, anulado o casamento antes da morte de um dos cônjuges, falha a condição de que resultaria o direito sucessório; pois, com a anulação, a boa-fé não é o bastante para convalecer a condição de marido e mulher; os cônjuges deixam de sê-lo, um perante o outro e, na sistemática do nosso direito, a capacidade para suceder é aquela do tempo em que se abre a sucessão (art. 1.577, Código Civil).”

Ao cônjuge de má-fé, mesmo antes de operada a sentença anulatória, aberta a sucessão do seu consorte, não resiste o direito sucessório, por não amparada na putatividade.

A putatividade também pode ser invocada, na busca de soluções aos conflitos sucessórios: não se nega o direito sucessório ao segundo cônjuge de boa-fé, se aberta a sucessão do bigamo antes de operada a anulação deste casamento, conforme explica YUSSEF SAID CAHALI:

²⁵⁶ Cf. Dispõe o art. 3.º da Lei de Introdução ao Código Civil, “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”

²⁵⁷ Cf. DE PLÁCIDO E SILVA, *putativo*: “Do latim *putativus* (imaginário), de *putare* (reputar, crer, imaginar, considerar), é utilizado na terminologia jurídica, na acepção de reputado ou de havido. Nesta razão, putativo designa a qualidade que se pensa ter (criada, imaginada), ou que se deveria ter, e que, em realidade, não se tem. Na significação jurídica, a putatividade (qualidade de putativo) gera uma reputação real a respeito da coisa ou do fato, para que surta certos efeitos jurídicos. É o caso do casamento putativo, ou seja aquele que embora nulo ou anulável, é reputado verdadeiro para que os efeitos civis se verifiquem, desde a sua celebração até que se desfaza legalmente.” (*Vocabulário jurídico*, 3. ed. Universitária, Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 506 e 507, v. III e0 IV.

²⁵⁸ *O Casamento Putativo*, p.138 e 139.

“Se o bígamo faleceu depois de anulado o segundo casamento, o conflito se exclui desde logo, pois a condição de cônjuge do segundo não mais existe, falho assim requisito essencial para este concorrer à sucessão. Porém instaurada a sucessão antes da sentença anulatória, existirá o direito sucessório do cônjuge legítimo, cuja a condição jurídica não se prejudica pelo ato ilícito de seu cônjuge; mas não se nega o direito sucessório do cônjuge putativo;

Ainda que reconhecidas a existência de duas correntes, melhor se assenta aquela que aceita a concorrência aos cônjuges sobreviventes, conforme, YUSSEF SAID CAHALI²⁵⁹:

“Para a maioria dos autores, a herança no caso, se dividirá em partes iguais entre o cônjuge legítimo e o cônjuge (ou cônjuges) putativo; fundam-se no fato de que a primeira mulher não pode alegar direito exclusivo à totalidade da herança, porque só tinha ela uma expectativa, a qual, quando aberta a sucessão, encontrou-a diminuída por efeito da boa-fé da segunda mulher; apresentam, assim, os cônjuges sobreviventes, a mesma condição que lhes assegura o direito sucessório.”

4.3.4 Distinção entre Meação e Herança

Como pressuposto ao direito patrimonial do cônjuge, antes de estabelecer a partilha da herança deixada pelo *de cuius* que era casado, é preciso preliminarmente compreender o regime de bens, tratado no Livro IV do Direito de Família (artigos 1.639 ao 1.688 do Código Civil). Confrontando posteriormente os títulos de aquisição dos bens com o regime em vigor no casamento, e somente depois de apurada e reservada a meação do sobrevivente, será constituída a herança do *de cuius*.

²⁵⁹ O Casamento Putativo, p. 139.

Ainda que indivisa durante o casamento, a meação é direito próprio do cônjuge, pertence a cada um dos nubentes independente do evento morte, pois trata-se de direito preexistente, aqui, cada cônjuge é titular de uma quota parte daqueles bens que enquanto estiverem casados, não podem ser identificados, mas quando extinto o matrimônio pelo fim da sociedade conjugal (separação judicial) ou fim do vínculo (divórcio, anulação, nulidade ou evento morte do consorte), finda-se o regime e ocorre a conseqüente partilha pela metade²⁶⁰, pois a meação nada tem a ver com a sucessão dos bens do morto; a meação advém do regime de bens, direito patrimonial resguardado aos cônjuges. Falecendo um dos consortes, o sobrevivente retira a sua meação (patrimônio próprio). Enquanto a sucessão ocorre sobre a meação e bens particulares do morto, se existirem.

Ensina FRANCISCO JOSÉ CAHALI²⁶¹, a distinção entre meação e herança.

“Assim, paralelamente, se o regime de bens e situação patrimonial do falecido o permitir, o consorte sobrevivente comparece no processo também na qualidade de cônjuge viúvo, para preservar a sua meação, representada pela parte ideal de 50% da universalidade dos bens comuns. Não se confunde meação com herança. A meação é decorrente da comunhão total dos bens ou comunhão parcial em relação aos aqüestos (adquiridos na constância do casamento). A herança representa exclusivamente o patrimônio particular do falecido, e a parte dele na comunhão conjugal. A meação não é objeto da sucessão, pois pertence ao cônjuge por direito próprio, em razão do casamento. A herança, objeto do inventário, será destinada aos sucessores (legais e instituídos), sempre preservada a eventual meação, dela não integrante. Mesmo que o viúvo

²⁶⁰ TRIBUTÁRIO – Inventário. Taxa Judiciária. Base de cálculo. Exclusão da meação do cônjuge supérstite. Recurso Especial a que se nega provimento. 1- No processo de inventário, a taxa judiciária deve ser calculada sobre o valor dos bens deixados pelo de cujus, excluindo-se a meação do cônjuge supérstite. 2 – Não se enquadra no conceito legal de herança a meação pertence ao cônjuge sobrevivente. 3- Recurso Especial improvido (STJ – 2º T; RESP nº 343.718-SP; Rel. Min. Eliana Calmon; j. 19/05/2005; v.u.).

²⁶¹ *Curso avançado*, p.210 e 211.

não tenha direito à meação, poderá ser convocado para receber a herança do cônjuge falecido”.

4.3.5 Regime de Bens – Rápidas Considerações

Uma vez realizado o matrimônio, surgem direitos e obrigações em relação à pessoa e aos bens patrimoniais dos cônjuges. A essência das relações econômicas entre os consortes, reside no regime matrimonial de bens, em regra é opção dos cônjuges²⁶², salvo nos casos em que a lei impõe o regime da separação obrigatória²⁶³.

Na vigência do Código revogado, eram quatro os tipos de regime de bens: da comunhão universal, da comunhão parcial, da separação total e o regime dotal. À época da promulgação do Código Civil de 1916, o regime supletivo era o da comunhão universal, a partir de 1977, com a entrada em vigor da Lei n. 6.515/77- Lei do Divórcio, o regime legal²⁶⁴ passou a ser o da comunhão parcial de bens.

Na vigência daquela lei, era vedada a alteração do regime de bens²⁶⁵, sendo possível aos nubentes combinarem²⁶⁶ dois ou mais tipos de regimes, formando um regime misto²⁶⁷, somente antes da realização do casamento, através

²⁶²Cf. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, ainda na vigência do Código revogado: "O Código Civil brasileiro faculta aos nubentes a escolha de qualquer desses regimes, para a regulamentação de suas relações econômicas resultantes do casamento. Salvo as hipóteses do art. 258, parágrafo único, em que o regime é compulsório, podem eles regular, como, lhes aprouver, as respectivas relações patrimoniais, predominando em tal assunto, o salutar princípio da autonomia da vontade". (*Curso de Direito Civil*, 35. ed., 2.vol. *Direito de família*, São Paulo: Saraiva, 1995, p.151).

²⁶³Art. 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 60 (sessenta anos); III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial".

²⁶⁴ Importante observar que aqui se refere ao regime legal, como aquele que no silêncio das partes se presume, diferente do regime legal da separação obrigatória que é imposta em certas hipóteses prevista no art. 1.641 do CC/2002.

²⁶⁵ STJ. RESP N. 279.834-rj. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 21 .06. 2001. "Família. Casamento. Alteração do regime de bens. Impossibilidade. CCB arts. 230 e 258 – exegese. Não é possível alterar o regime de bens vinte anos após a realização do casamento e cerca de seis anos após a separação consensual, quando não existe, nas instâncias ordinárias, a evidência de que efetivamente, houve equívoco, ainda mais considerando que o regime que se pretende modificar foi expressamente confirmado quando da celebração da cerimônia religiosa com efeitos civis".

²⁶⁶ WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, "Podem os contraentes, destarte, adotar um dos quatro tipos previstos em lei, como combiná-los entre si, compondo assim regime misto, desde que suas disposições não se tornem incompatíveis. Podem ainda adotar o regime, mencionando-o apenas pela rubrica (comunhão universal, comunhão parcial, separação ou dotal), pelos artigos de lei que os disciplinam (262, 269, 276 e 278), e ainda pelos preceitos concretos que os regem, sem descer à sua denominação especial, ou indicação dos dispositivos legais". (*Curso de direito civil –Direito de família*, 35.ed.vol.5, São Paulo: Saraiva, p.184).

²⁶⁷ Na vigência do Código revogado, O Supremo Tribunal Federal, entendeu que o princípio da inalterabilidade não é ofendido por convenção antenupcial que estabeleça que, em caso de superveniência de filhos, o casamento com separação de bens se converta em casamento com comunhão (Rev. Forense, 124/105).

do pacto antenupcial. Consumada esta oportunidade, em nome da segurança jurídica das relações os casais não poderiam alterar o regime adotado.

Podem os nubentes ajustar livremente quanto aos bens patrimoniais desde que respeitados os princípios de ordem pública²⁶⁸. As disposições patrimoniais são feitas no pacto antenupcial²⁶⁹, sendo este nulo ou ineficaz, vigora o regime supletivo, ou seja da comunhão parcial.

O pacto antenupcial é contrato solene, com forma prescrita em lei, sendo negócio condicionado, só produz efeito com a realização do casamento²⁷⁰. E para que possa produzir efeitos *erga omnes*, é necessário após a celebração do casamento, o registro no Cartório de Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges²⁷¹, a falta de registro não torna nulo o pacto, mas sua validade fica restrita aos cônjuges e aos herdeiros.

O código manteve em quatro as opções de regimes, deixando de renovar o regime dotal²⁷², propondo um novo regime, o da participação final nos aqüestos²⁷³, com a flexibilização quanto à escolha, podendo ser alterado durante a

²⁶⁸ Cf. CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, "A imaginação humana, a serviço das conveniências dos cônjuges, tem trabalhado no sentido de se combinarem um e outro critério, e desta sorte, sugere a manutenção das formas puras originais, ou a criação de outros regimes em que se comunicam alguns valores, enquanto outros se conservam destacados no patrimônio dos consortes. É, pois, lícito aos cônjuges escolher o regime de suas preferências, combiná-los ou estipular cláusulas de sua livre escolha e redação, desde que não atente contra os princípios da ordem pública, e não contrariem a natureza e os fins do casamento". (*Instituições de Direito Civil*, 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 143).

²⁶⁹ Ensina, PONTES DE MIRANDA, "Nos pactos antenupciais, não é possível condição que faça depender a validade deles de algum fato, positivo ou negativo. Isso não quer dizer que, no pactuarem, não possam os cônjuges prever certos fatos que sejam condições suspensivas ou resolutivas para certos efeitos dos pactos antenupciais, como se, estabelecendo o regime da comunhão, excluem dela a herança de filho que venha a pré morrer aos pais, se existirem filhos do casal. O que o Código Civil quis dizer foi que, durante o casamento, nenhuma vontade dos cônjuges pode intervir para mudar o assento nos pactos antenupciais. Aliás, é de notar-se a que regra do artigo 230 nada tem como o direito intertemporal; é simples regra de direito material. Assim, lei nova pode, não só fazer alterável o regime de bens, como também admitir a obrigatoriedade de algum regime, ou a cogência de algum princípio, durante o matrimônio". (*Tratado de Direito Privado*, parte especial, Tomo VIII, 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi.p.109).

²⁷⁰ Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento".

²⁷¹ SILVIO RODRIGUES, "Tal providência tem significado, naturalmente, quando a convenção antenupcial trouxer qualquer alteração no que diz respeito a bens imóveis, presentes ou futuros, dos cônjuges". (*Direito civil, Direito de Família*, 28.ed. atualiz. FRANCISCO JOSÉ CAHALI, São Paulo: Saraiva. 2004. v.6p. 138).

²⁷² Regime pouco utilizado na vigência do Código revogado, não foi recepcionado pelo Código Civil de 2002.

²⁷³ SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, 26. ed., v. 6 - *Direito de família*, 28. ed. atualiz. FRANCISCO JOSÉ CAHALI, São Paulo: Saraiva. 2004, p.194 e195.

constância do casamento; manteve ainda o regime da comunhão parcial como o regime legal²⁷⁴.

4.3.5.1 Regime da Comunhão Universal

Disposto no artigo 1.667 do Código Civil - nesse regime, todos os bens, móveis, imóveis, direitos e obrigações, bens presentes e futuros se comunicam, formando uma massa de bens comuns²⁷⁵, sem que se possa identificar na constância do casamento os bens que cada um possui individualmente. Foi o regime legal²⁷⁶ vigente até entrada em vigor da Lei 6.515/77²⁷⁷.

Preleciona PONTES DE MIRANDA²⁷⁸:

“Os princípios fundamentais da comunhão universal, tal como a concebe o Código Civil, são os seguintes: I – Tudo que há e que entra para o acervo dos bens do casal fica indistintamente, como se fora possuído ou adquirido ao meio, por cada um: os bens permanecem indivisos na propriedade unificada dos cônjuges, a cada um dos quais pertence a metade imaginária que só se desligará da outra quando cessar a sociedade conjugal. II – ‘omissis’. III – Os cônjuges são meeiros em todos os bens do casal, ainda que um deles nada trouxesse, ou nada adquirisse, na constância da sociedade conjugal”.

²⁷⁴ Cf. EUCLIDES DE OLIVEIRA, “O regime legal, ou usual, na falta de convenção em contrário, e quando não haja motivo para o regime da separação obrigatória, continua sendo o da comunhão parcial de bens, bastando que se reduza a termo no processo de habilitação (art.1.640 do Código Civil)”. (*Direito de Herança*, p.96).

²⁷⁵ Pacto antenupcial. Cláusula de comunicabilidade. Com a outorga solene pelos nubentes, através de escritura pública de pacto antenupcial, de cláusula expressa, estabelecendo a comunicabilidade dos bens presentes e futuros, todo o acervo passa a constituir patrimônio do casal, após a celebração do casamento, sob o regime da comunhão universal de bens, não podendo, por ocasião da separação litigiosa, ser considerado como reservado o bem, adquirido antes do matrimônio (TJDF. 1º T.Civ. Ag. 2000002004420-5, rel. Des. Hermenegildo Gonçalves, v.u.j. 5.03.2001).

²⁷⁶ Na lição de SILVIO RODRIGUES. “O regime legal se opõe ao convencional porque, enquanto este decorre da vontade dos nubentes, o primeiro emerge da lei. O regime é legal ou porque a lei, no silêncio das partes, presume que estas escolheram determinado regime; ou então porque o legislador, em virtude de razões que serão examinadas a seguir, ordena que em certas hipóteses o casamento só poderá efetuar-se pelo regime da separação de bens. Em ambas as hipóteses não há convenção entre os nubentes (...)”. (*Direito Civil*, p. 140).

²⁷⁷ Informa MARIA ALICE ZARANTIN LOTUFO, “Antes da Lei do Divórcio (6.515/1977), o regime legal, que vigorava na ausência do pacto antenupcial, era o da Comunhão de bens. Esse regime de origem germânica, foi adotado pelas legislações portuguesas, vigorando nesse país, como regime legal(...)”. (*Curso avançado de Direito Civil – Direito de Família* coord. Everaldo Cambler São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002 v. 5 p.110).

²⁷⁸ *Tratado de Direito Privado*, vol. VIII, Borsoi, p. 288 e 289.

Sendo a comunhão universal, o cônjuge sobrevivente terá direito à meação sobre todos os bens do casal; no entanto comportam as devidas exceções:

I - os bens recebidos em doação ou herança por um deles, com cláusula de incomunicabilidade²⁷⁹, ou sub-rogados em seu lugar²⁸⁰, porém a incomunicabilidade está adstrita ao bem e não aos frutos e rendimentos que durante a constância do casamento a ambos pertencem²⁸¹.

II - os bens gravados com fideicomisso, devido o seu caráter de propriedade limitada e resolúvel, lembrando ainda que pelo Código vigente a instituição do fideicomisso, somente é possível se o fideicomissário ainda não foi concebido.²⁸²

III - as dívidas anteriores, salvo se contraídas em função do casamento, ou quando realizadas em proveito do casal²⁸³.

²⁷⁹ Ensina SILVIO RODRIGUES, “O problema maior que o tema ensejava no passado era o de saber se a cláusula de incomunicabilidade se encontrava implícita na cláusula de inalienabilidade ou se, ao contrário, mister se fazia que o doador, ou testador, expressamente a consignasse. (...) Porém esta polêmica perde espaço em face do novo Código Civil, em razão do art. 1.911, assim expresso: “A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica a impenhorabilidade e incomunicabilidade”. Deixando a controvérsia apenas como referência histórica”. (*Direito civil*, p.187).

²⁸⁰ Bens excluídos da comunhão. O regime de bens do casamento em questão é o da comunhão universal de bens, com os contornos dados à época pela legislação nacional aplicável, segundo a qual, nos termos do CC/1916 262 [CC1667], importava “a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas”, excetuando-se dessa universalidade, segundo o CC/1916 263 II e XII [CC 1668 I] “os bens doados ou legados com cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar”, bem como “os bens da herança necessária, a que se impuser a cláusula de incomunicabilidade”(STJ, 4ºT., Resp 275985-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 17.6.2003. DJU, 13.10.2003, p. 366).

percebam ou vençam durante o casamento”.

²⁸² “Art. 1.952. A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do ²⁸² “Art.1669. A incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo antecedente não se estende aos frutos, quando se testador. Parágrafo único. Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário”.

²⁸³ Art. 1.668. São excluídos da comunhão: III – as dívidas anteriores ao casamento, salvo provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum”. PENHORA – Execução – Contrato de mútuo – Empréstimo contraído pelo marido na qualidade de comerciante em nome individual – Pretendida exclusão da constrição sobre quota de bem correspondente à meação do cônjuge – Inadmissibilidade, pois presume-se que a obtenção de crédito ocorreu também em benefício da mulher casada sob o regime de comunhão total de bens. Lembrando que a presunção em benefício do casal somente é aplicada quando o casamento se realizou sob o regime da comunhão. PENHORA – Constrição incidente sobre imóvel pertencente à mulher, recebido por herança de seu pai – Inadmissibilidade se o regime adotado, quando da celebração do casamento no exterior, foi o da separação de bens – Relevância da circunstância de a dívida ter sido contraída em benefício do casal, somente se o regime adotado fosse o da comunhão parcial ou universal de bens. Processo Civil. Embargos de Terceiro. Meação. Consolidou –se na jurisprudência do STJ o entendimento de que a meação da mulher responde pelas dívidas do marido, salvo se ela provar não terem sido assumidas em benefício da família. Se a embargante não se propôs, na fase postulatória, a produzir prova nesse sentido, como resulta claro da réplica, onde se sustentou incumbir ao credor prova de que houve benefício para a família, não calha a alegação de negativa de vigência ao art. 130 do CPC. (Resp. 62.121-6/SP, rel. Min. Costa Leite; DJU de 29.5.95). Embargos de Terceiro intentados por mulher casada em defesa de sua meação. Comerciante individual que teve sua falência decretada. A presunção é a de que as dívidas contraídas pelo falido o foram em benefício da família, cabendo a mulher elidir essa presunção. Inexistência de

IV - os bens de uso pessoal de cada cônjuge, como roupas, jóias, livros, discos, instrumentos de trabalho.

Questão complexa apresenta ao tratarmos da incomunicabilidade dos proventos do trabalho²⁸⁴ de cada cônjuge.

No diploma anterior, o inciso VI do artigo 271 trazia a previsão da comunicabilidade dos frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos, no regime da comunhão parcial. Todavia, estabelecia a incomunicabilidade desses frutos civis, se o regime fosse de comunhão universal (artigo 263, inciso XIII do Código Civil de 1916).

E em total contradição o inciso VI do artigo 269, do mesmo Código estipulava que os bens excluídos da comunhão universal consideravam-se também excluídos da comunhão parcial.

Perdeu o legislador de 2002 a oportunidade de corrigir tal contradição, excluindo do rol dos bens incomunicáveis os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge.

A esse respeito escreveu ROLF MADALENO²⁸⁵:

“ Comete flagrante injustiça o inciso VI do artigo 1.659 do novo Código Civil, quando imagina haver corrigido histórica falha do Código Civil de 1916, que teria olvidado de excluir da comunhão parcial de bens os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, enquanto estranhamente, no regime da comunhão universal de bens não se comunicavam os frutos civil do trabalho

contrariedade ao art. 3º da Lei 4.121/62, de parte do acórdão que confirmou a improcedência dos embargos. Recurso Especial não conhecido (REsp. 58.854-5-SP, rel. Min. Nilson Naves; DJU de 18.9.95, p. 29.959).

²⁸⁴ Cf. PAULO LUIZ NETTO LOBO, “ a lei utiliza o termo proventos como gênero, do qual são espécies: a) as remunerações de trabalho público ou privado; b) as remunerações decorrentes do trabalho prestado na condição de empresário; c) as remunerações de aposentadoria, como trabalhador inativo; d) os honorários do profissional liberal; e) pro-labore do serviço prestado”. (*Código Civil comentado*, p.288)

²⁸⁵ Do regime de bens entre os cônjuges, in *Direito de Família e o novo Código Civil*, coord. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, p.211.

e da indústria de cada cônjuge (inc.XIII do art. 263). Antes tivesse o legislador abortado a ressalva de incomunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, ainda que no regime da comunhão parcial, quando se sabe que, de regra, é do labor pessoal de cada cônjuge que advêm os recursos necessários à aquisição dos bens conjugais. Premiar o cônjuge que se esquivou de amealhar patrimônio preferindo conservar em espécie os proventos do seu trabalho pessoal é incentivar uma prática de evidente desequilíbrio das relações conjugais econômico-financeiras, mormente porque o regime matrimonial de bens serve de lastro para a manutenção da célula familiar”

4.3.5.2 Regime da Comunhão Parcial

Com previsão no artigo 1.658 do Código Civil - é considerado um regime híbrido, formado pela separação dos bens anteriores e pela comunhão dos bens adquiridos durante a constância do casamento, a título oneroso.

Ainda que o regime de bens seja variável, podendo ser livremente estipulados pelos nubentes, o legislador escolheu este regime que irá vigorar em caso de inexistência, ineficácia ou nulidade do pacto antenupcial²⁸⁶ ou ainda quando não houver obrigatoriedade do regime da separação.

Nesse regime serão formadas duas massas, a primeira pelos bens que cada um possuía antes do casamento, ou os sub-rogados em seu lugar, aqueles incorporados na constância do matrimônio cujo o título aquisitivo é anterior ao casamento²⁸⁷, e os bens adquiridos a título gratuito²⁸⁸.

²⁸⁶ A partir da promulgação da Lei 6.515/77, no Brasil, vigora como regime “legal”, o regime da comunhão parcial de bens.

²⁸⁷ “Art. 1.661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento”.

²⁸⁸ EMBARGOS DE TERCEIROS – Cônjuge – Regime de comunhão parcial – Bens adquiridos por sucessão hereditária – Impenhorabilidade por dívida do marido.(...) “Compulsando aos autos, infere-se que o bem penhorado à f. 35 dos autos da execução em apenso, pertence à embargante/apelada, desde o dia 6/4/1999, tendo sido adquirido por sucessão hereditária, mediante divisão amigável do espólio de seu pai Joaquim Gonçalves Tomé. Assim, apesar da embargante ter casado com o segundo embargado no regime de comunhão parcial de bens em 29/11/1986, conforme certidão de casamento acostado aos autos à f. 30, seu cônjuge não possui direito à meação sobre o referido imóvel, já que em tal regime, excluem-se da comunhão, os bens

A segunda massa que comporta a meação será formada em condomínio, integrando todos os bens adquiridos a título oneroso, independente da titularidade em que se encontrem, os adquiridos por fato eventual (prêmio de loteria), as benfeitorias e os frutos percebidos, ainda que provenientes dos bens particulares de cada cônjuge.

São excluídos da comunhão:

I – os bens patrimoniais de cada cônjuge preexistentes ao casamento, os ²⁸⁹adquiridos na constância do matrimônio a título gratuito (sucessão ou doação), e também os sub-rogados em seu lugar.

II – as obrigações contraídas em momento anterior ao casamento, inclusive as assumidas em virtude da prática de atos ilícitos, salvo se a ilicitude do ato trouxe benefício econômico, e estas reverteram em proveito do casal, a esse respeito escreve, PAULO LUIZ NETTO LÔBO:

“...ainda que imputáveis apenas a um dos cônjuges, integram a comunhão se reverterem em benefício de ambos; como é exceção à regra cabe ao ofendido provar a reversão para que os bens do casal respondam pelo dano...”

III – os bens de uso próprio dos cônjuges, como livros e instrumentos de trabalho.

que cada cônjuge sobrevier por sucessão hereditária, na constância do casamento – inteligência dos artigos 1.658 e 1.659, I, do Código Civil de 2002”. (Apelação Cível n. 462.098-4 – Guapé – 11-5-2005 – rel. Des. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA, TJMG).

²⁸⁹ Código Civil comentado, p.288.

4.3.5.3 Regime da Separação de Bens

Disposto nos artigos 1.687 e 1.688 do Código Civil - Nesse regime, há a distinção do patrimônio de cada cônjuge, que conserva para si os bens que possuía e permanecem comunicáveis até a sua dissolução. Os bens adquiridos na titularidade de cada um durante o casamento, só a ele pertence, conservando a posse, domínio e a livre administração, inclusive podendo alienar ou gravar de ônus, agora sem a anuência do outro cônjuge²⁹⁰. Prescreve ainda que ambos os consortes ficam obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos seus rendimentos de seu trabalho e de seus bens²⁹¹.

a) Regime da Separação Obrigatória²⁹²: esse regime não é de livre escolha do casal, portanto não há que se falar em pacto, é uma imposição legal aos nubentes com previsão no artigo 1.641 do Código Civil, para aqueles que contraíram o casamento com a inobservância de uma das causas suspensivas²⁹³, ou que dependeram de suprimento judicial, obrigando também a esse regime, todos aqueles que convolarem núpcias quando pelo menos um dos nubentes contava com mais de sessenta anos²⁹⁴.

Críticas não faltaram ao legislador, por estabelecer restrições à liberdade de escolha do regime de bens às pessoas com capacidade plena para exercer os demais atos da vida civil²⁹⁵, ao manter o regime obrigatório da separação aos

²⁹⁰ “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”.

²⁹¹ Salvo se convencionados de forma diversa no pacto pré-nupcial.

²⁹² Prescreve o art. 1.641 do CC – “Estão obrigadas a este regime as pessoas sujeitas ao pátrio poder, tutela e curatela, enquanto não obtiverem ou não forem suprido o consentimento do pai, tutor ou curador; ou que se casarem sem completar a idade núbia; os viúvos que tiverem bens a partilhar do cônjuge falecido, e tendo filhos comuns, enquanto não partilhar os bens; homens e mulheres maiores de 60 anos, em geral todos que dependem de suprimento judicial”.

²⁹³ As causas suspensivas se encontram elencadas no art. 1.523 do Código Civil.

²⁹⁴ Cf. EUCLIDES DE OLIVEIRA, “Ligeira modificação se faz, no Código vigente, art. 1.641, para igualar em 60 anos o limite de idade das pessoas sujeitas ao regime da separação obrigatória de bens, tanto o homem quanto a mulher” (antes, para esta, o limite era de 50 anos / *Direito de Herança*, p. 96).

²⁹⁵ Nesse sentido ROLF MADALENO, “em face do direito à igualdade e à liberdade ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil. Atinge direito cravado na porta de entrada da Carta Política de 1988, cuja nova tábua de valores coloca em linha de prioridade o princípio de dignidade humana”. (*Direito de família e o novo Código Civil*, p. 178).

maiores de 60 anos²⁹⁶. A intervenção demasiada do Estado na vida privada, vai de encontro à própria intenção da lei protetiva.

Lembrando que o artigo 45 da Lei do Divórcio, previa uma única situação para afastar a imposição desse regime aos maiores de 60 anos.

“Art. 45 – Quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existente antes de 18 de junho de 1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando disposto no art.258, parágrafo único, II do Código Civil”.

Previsão de caráter temporário, exigindo que a data do início fosse anterior a entrada em vigor da lei.

Diante da necessária, porém demasiada proteção, algumas sugestões vêm sendo apresentadas como;

Assim como o regime legal no casamento é o da comunhão parcial, poderia ser para os maiores de 60 anos o regime da separação, sem no entanto negar a possibilidade de avençar regime diverso através do pacto, essa é a lição do FRANCISCO JOSÉ CAHALI²⁹⁷:

“(...) melhor solução se teria se o novo Código tivesse previsto como regime legal o da separação, facultada, entretanto, a celebração de pacto para outra opção, ou ao menos a possibilidade de, mediante autorização judicial, ser livremente convencionado o regime”.

²⁹⁶ Em prestígio ao princípio da igualdade entre os cônjuges (art. 1.511, CC), igualou-se em 60 anos o limite de idade, que antes era de sessenta para o homem e cinquenta para a mulher. RT 758/106.

²⁹⁷ SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil - Direito de Família*, atualiz. FRANCISCO JOSÉ CAHALI, p. 145.

A III Jornada de Direito Civil promovido pelo Superior Tribunal de Justiça propôs o enunciado 261 com a seguinte redação:

“A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento foi procedido de união estável iniciada antes dessa idade”.

Enunciado 262:

“A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incs. I e II do art 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime de bens, desde que superada a causa que impôs”.

Aqui a referência correta seria ao inciso I e III e não ao II, pois a questão da idade avançada não pode ser superada²⁹⁸.

b) Regime da Separação Convencional²⁹⁹: é aquele atinente à livre escolha do casal, estipulado através do pacto antenupcial. Neste regime não há a formação de um patrimônio comum, cada consorte conserva os bens pretéritos, presentes e futuros na sua titularidade, posse, domínio e administração³⁰⁰.

A inovação fica por conta do artigo 1.687 do Código Civil, que dispensa a vênua conjugal para alienar ou gravar os bens imóveis particulares³⁰¹.

²⁹⁸ “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 60 (sessenta) anos; III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.”

²⁹⁹ Prescreve o art. 1.641 do CC – “Estão obrigadas a este regime as pessoas sujeitas ao pátrio poder, tutela e curatela, enquanto não obtiverem ou não forem supridos o consentimento do pai, tutor ou curador; ou que se casarem sem completar a idade núbria; os viúvos que tiverem bens a partilhar do cônjuge falecido, e tendo filhos comuns, enquanto não partilhar os bens; homens e mulheres maiores de 60 anos, em geral todos que dependem de suprimento judicial.”

³⁰⁰ Esse regime ainda comporta duas espécies: a separação absoluta ou relativa, quanto absoluta a abrange os frutos e rendimentos.

³⁰¹ “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”.

Porém, a total distinção patrimonial, não impede o dever de ambos contribuírem para as despesas do casal na medida de suas possibilidades, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

Já na vigência do Código revogado, este regime na prática era similar ao regime da comunhão parcial, conforme observa MARIA ALICE ZARANTIN LOTUFO³⁰²:

“No entanto, no Direito Brasileiro esse regime apresenta duas peculiaridades: a primeira, configurada pelos arts. 235, I e 242, I e II, do CC, que dispõe não poder o marido nem a mulher, respectivamente, sem a outorga uxória ou marital, alienar bens imóveis; a segunda, configurada no art. 259, que determina a comunhão dos aqüestos, no silêncio do pacto”.

O artigo 259 do Código Civil de 1916³⁰³ fazia presumir a comunicação dos aqüestos³⁰⁴ nos casamentos realizados sob o regime da separação. Para que não

³⁰² MARIA ALICE ZARANTIN LOTUFO, *Curso avançado de direito civil*, vol. 5 coord. Everaldo Cambler, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 106.

³⁰³ Art. 259 do CC 1916. “Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”.

³⁰⁴ Esforço comum. Separação obrigatória. Casamento de quarenta anos. No caso de casamento sob o regime da separação de bens, união que durou quarenta anos, com convivência de ambos os cônjuges respeitando os direitos e deveres do casamento, os bens adquiridos na constância desse casamento se comunicam independentemente da prova do esforço comum, que no caso se presume (STJ 4º T. Resp 154896- RJ, rel Min. FERNANDO GONÇALVES. J. 20.11.2003, v.u.).

EMENTA: INVENTÁRIO. REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL. VIÚVA MEEIRA. No regime de separação legal cada um dos cônjuges conserva a posse e a propriedade dos bens que trouxe para o casamento, bem como dos que forem a ele sub-rogados. Todavia, nos termos da súmula nº 377 do excelso Supremo Tribunal Federal, nesse regime os aqüestos adquiridos na constância do matrimônio se comunicam, independentemente de prova de serem fruto do esforço comum.(TJMG, AGRAVO. Rel. Des. Duarte de Paula, acórdão 16/06/2005, publicação 01/09/2005.

CASAMENTO SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. SÚMULA Nº 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES DA CORTE. 1. Não violenta regra jurídica federal o julgado que admite a comunhão dos aqüestos, mesmo em regime de separação obrigatória, na linha de precedentes desta Turma. 2. Recurso especial não conhecido. (RESP, nº 208640- RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15/02/01.

CASAMENTO - REGIME DE BENS – SEPARAÇÃO LEGAL – SÚMULA Nº 377 DO STF. Quando a separação de bens resulta apenas de imposição legal, comunicam-se os aqüestos, não importando se hajam sido ou não adquiridos com o esforço comum. (Resp. nº 1615 – GO, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 13/02/90).

CASAMENTO – REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS – PATRIMÔNIO – AQUISIÇÃO – COSNTÂNCIA DA RELAÇÃO CONJUGAL DE TRINTA ANOS – ESFORÇO COMUM – INEXIGIBILIDADE – DIREITO À MEAÇÃO – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. O concurso da mulher casada em regime de separação legal não deve ser analisado apenas em termos pecuniários, mormente em se tratando de relação matrimonial de trinta anos. O cônjuge casado pelo regime de separação legal de bens faz jus à meação do patrimônio havido na constância do casamento, sendo descabida a exigência da prova do esforço comum, por ser incompatível com as regras da sociedade familiar. Recurso a que se dá provimento. (Apelação Cível nº 1.0000.00. 323264-2, Rel. Kildare Carvalho, j. 18/09/03).

Em sentido contrário. Esforço comum. Escritura que menciona o esforço de apenas um dos cônjuges. Não comunicação. “Reconhecido nas instâncias ordinárias que o bem imóvel, cuja comunicabilidade se pretende, foi adquirido pelo esforço de um só dos consortes – embora a lavratura da respectiva escritura tenha ocorrido já na constância do casamento – não se

houvesse a incidência do referido artigo, era necessário que os nubentes declarassem no pacto, que, além do regime escolhido ser o da separação total de bens, não incidiria a comunicação os aqüestos durante a constância do casamento.

Considerado artigo traiçoeiro advertiu SILVIO DE SALVO VENOSA:³⁰⁵

“O legislador do antigo Código preparou uma armadilha indesejável para os que escolhiam no pacto antenupcial o regime da separação: se não fossem expressos a respeito da incomunicabilidade absoluta, estariam casando-se, na verdade, sob o regime da comunhão de aqüestos”.

Apesar das críticas doutrinárias em virtude do artigo, a sua aplicabilidade foi estendida também aos casados no regime da separação obrigatória, por meio da edição da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, fundamentado no princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Confome, ARNOLDO WALD,³⁰⁶ a explicação da a origem da Súmula 377 do STF³⁰⁷:

“Teve origem na freqüência em que nossas cortes eram chamadas a examinar determinada situação de fato que se verificava com os imigrantes italianos. Casados eram, no país de origem, sob o regime de separação de bens, enriqueciam aqui em razão da conjugação de esforços de ambos, e, não obstante, os bens adquiridos permaneciam em nome do marido. Os tribunais que, de início entreviam uma sociedade de fato em tais casos, protegendo assim as mulheres dos imigrantes italianos, acabaram por estender o entendimento a todas aquelas outras hipóteses de separação obrigatória”.

há classificá-lo como comum, inaplicando-se, via de consequência, a orientação a que se refere o STF 377”(STJ, 4º T. Resp 13661-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 24.11.1992, v.u. DJU 17.12.1992. p. 24248).

³⁰⁵ *Direito Civil, Direito de Família*, São Paulo: Atlas, 2002. p.174.

³⁰⁶ *O novo Direito de Família*, p. 133

³⁰⁷ “No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

E por sua vez, a súmula 377 do STF, passou a ser aplicada também aos casados no regime da separação convencional. Em ponderável defesa, pela aplicação da Súmula também aos casados no regime da separação convencional, escreveu o professor YUSSEF SAID CAHALI³⁰⁸, na vigência do Código revogado.

“Haverá incongruência, a meu ver, em admitir-se que, não obstante norma cogente, pela qual se impõe a separação de bens como penalidade, a separação diz respeito unicamente aos bens presentes, e não aos futuros, havidos na constância do casamento, quando estabelecida por contrato, por vontade dos cônjuges. Se norma cogente, de caráter penal, decretando a separação obrigatória de bens, se interpretou como permissivo da comunhão dos aqüestos, não é possível, sem quebra do sistema, afastar essa mesma interpretação, quando a separação for convencional. Argumenta-se que, num caso, o da separação legal, a lei não diz ser absoluta a separação, ao passo que, no segundo, a lei implicitamente permite se convencie esse regime. Sucede, porém, que no tocante à separação legal e obrigatória, justamente por ser legal e obrigatória, não era mister se dissesse que a separação era pura, completa ou absoluta, pois esse caráter decorria da própria índole do dispositivo, da sua feição proibitiva e penal. Logo, o estabelecimento de regra jurisprudencial de que a separação de bens, sob esses regimes, não é impeditiva da comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento, leva à conseqüência forçosa de que, no caso da separação convencional, esta não obsta, igualmente, à comunicação dos aqüestos. A não ser assim, ter-se-ia o reconhecimento de que à vontade dos cônjuges se atribui maior respeito do que à lei, visto como aquela se reputa intocável, ao passo que esta se considera menos resistente ao jogo interpretativo. “

³⁰⁸ A comunhão dos aqüestos no regime da separação de bens, em família e casamento, coord. YUSSEF SAID CAHALI, São Paulo: Saraiva, 1988, p.713 e 714.

c) Aplicabilidade da Súmula n. 377 do STF no Código Civil de 2002

Tendo o legislador, suprido o artigo 259 do Código Civil de 1916, e sem referência paralela, remanesce a dúvida quanto à aplicabilidade da Súmula n. 377 do STF.

Para MARIO ROBERTO CARVALHO DE FARIA³⁰⁹:

“Persiste a proteção aos cônjuges matrimoniais pelo regime da separação obrigatória consagrada na Súmula do Superior Tribunal Federal n. 377, consiste na comunicação dos bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento pelo esforço comum do casal, impedindo, dessa forma, uma comunhão de bens no regime legal da separação, o que irá influir na sucessão hereditária, já que a metade de tal acervo não irá para os herdeiros do de cujus, e ficará retida pelo cônjuge supérstite”.

No mesmo sentido PAULO LUIZ NETTO LÔBO³¹⁰:

“Em seus efeitos práticos, a Súmula converte o regime legal de separação em regime de comunhão de aquestos, sem excluir os bens adquiridos por doação ou testamento. A separação patrimonial fica adstrita aos bens adquiridos antes do casamento”.

Pela manutenção da Súmula, EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE³¹¹:

“A prevalecer esse entendimento, na nova ordem civil, ao cônjuge sobrevivente competirá metade dos bens adquiridos na constância do casamento. Logo, desnecessário seria atribuir-lhe em concorrência com os descendentes, mais alguma cota da herança.”

³⁰⁹ Na atualização da obra de ORLANDO GOMES, *Sucessões*, 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 66.

³¹⁰ *Código Civil comentado*, p.342.

³¹¹ *Comentário ao novo Código Civil*, p.221.

Diverge desse entendimento FRANCISCO JOSÉ CAHALI,³¹² para quem a Súmula n. 377 do STF não foi recepcionada pelo Código Civil, porque não se encontra nenhum artigo correspondente; desse modo o regime da separação obrigatória passa a ser um regime de efetiva separação de bens, admitidos uma única exceção:

“A exceção deve ser feita, exclusivamente, se comprovado o esforço comum dos cônjuges para aquisição de bens, decorrendo daí uma sociedade de fato sobre o patrimônio incrementado em nome de apenas um dos consortes, justificando, desta forma, a respectiva partilha quando da dissolução do casamento. Mas a comunhão pura e simples, por presunção de participação sobre os bens adquiridos a título oneroso, como se faz no regime legal de comunhão parcial, e até então estendida aos demais regimes, deixa de encontrar fundamento na lei”.

Diante da nova sistemática, a melhor exegese para a Súmula, é aquela em que comunhão dos aqüestos fica adstrita à comprovação da participação direta na aquisição do patrimônio,³¹³ em clara inversão à aplicabilidade da presunção do esforço comum do passado, incabível quando o regime for da separação, seja ela convencional ou legal. A justificativa de tal alteração estaria na realidade social dos dias atuais, conforme escreve, JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS³¹⁴:

“Hoje é controvertida a permanência de Súmula 377, notadamente porque o legislador vislumbrou a realidade dos nossos tempos, com a ascensão da mulher no mercado de trabalho e a relevância de sua participação na

³¹² SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, p. 148.

³¹³ Ainda na vigência da lei revogada, o STJ, manifestou entendimento que o Enunciado n. 377 do STF deve restringir-se aos aqüestos resultantes da conjugação de esforços do casal, em exegese que se afeiçoa à evolução do pensamento jurídico que repudia o enriquecimento sem causa (RSTJ 39/414).

³¹⁴ Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente, *Revista Brasileira do Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n.29, p.111, 2005.

sociedade moderna, onde propiciou a transformação da relação familiar e do casamento.

4.3.5.4 Regime da Participação Final nos Aqüestos

Originário dos países Nórdicos, no direito pátrio foi introduzido pela Lei 10.406/2002, com previsão nos artigos 1.672 e seguintes do Código Civil. Neste regime há uma formação híbrida, de bens particulares incomunicáveis durante o casamento, mas que se tornam comuns no momento da dissolução da sociedade conjugal. De sorte que cada cônjuge possui patrimônio próprio, formado pelos bens que possuía antes e os adquiridos durante o casamento a qualquer título. Sendo que, por ocasião da dissolução da sociedade, ocorre a conseqüente partilha do patrimônio adquirido onerosamente na constância do casamento.

Na descrição de ROLF MADALENO³¹⁵:

“É, na realidade, um contrato patrimonial em estado latente e que cria vida com a separação judicial, para transformar o primitivo regime da total separação de bens num regime de comunhão dos aqüestos, o equivalente a uma comunhão limitada de bens desencadeada pela separação judicial dos cônjuges”.

Neste regime, ainda que livre a administração e alienação dos bens móveis, é possível alienar os imóveis desde que particulares, sem a vênua conjugal³¹⁶, quando expressamente convencionados no pacto antenupcial³¹⁷.

4.3.5.5 Mutabilidade do Regime de Bens

³¹⁵ *O novo direito civil brasileiro*, disponível no site < www.gontijo-familia.adv.br/tex245.htm > acesso em 17/08/2007.

³¹⁶ “Art. 1.656. No pacto antenupcial, que adotar o regime da participação final nos aqüestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares”.

³¹⁷ Cf. ROLF MADALENO, “Cuida-se, em realidade, de um regime de separação de bens, no qual cada consorte tem a livre e independente administração do seu patrimônio pessoal, dele podendo dispor quando for móvel e necessitando da outorga do cônjuge se imóvel. Apesar na hipótese de ocorrer a dissolução da sociedade conjugal é que serão apurados os bens de cada cônjuge separando, tocando a cada um deles a metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na

No Código Civil de 2002, a inovação fica por conta da flexibilização do regime, inclusive para os casamentos contraídos no regime da separação obrigatória, quando as causas suspensivas já foram vencidas durante a constância do casamento, submetida à autorização judicial, mediante comprovação da inexistência de prejuízos para os cônjuges, herdeiros e credores.

O sistema da imutabilidade do regime de bens, sempre foi criticado pela doutrina, principalmente por Orlando Gomes³¹⁸, que fez constar no seu Anteprojeto de Código Civil que não havia motivo para manter tal regramento e assim justificou:

“Tão inconveniente é a imutabilidade absoluta como a variabilidade incondicional. Inadmissível seria a permissão para modificar o regime de bens pelo simples acordo de vontades dos interessados. O Anteprojeto aceita uma solução eqüidistante dos extremos, ao permitir a modificação do regime matrimonial, a requerimento dos cônjuges, havendo decisão judicial que o defira, o que implica a necessidade de justificar a pretensão e retira do arbítrio dos cônjuges a mudança”.

A imutabilidade durante o casamento era atenuada somente em situações excepcionais: a primeira delas por previsão do artigo 7º, § 5º da Lei de Introdução ao Código Civil³¹⁹, que possibilita ao estrangeiro casado no exterior, ao se naturalizar brasileiro, adotar o regime legal vigente.

A previsão refere-se somente aos casos de naturalização do estrangeiro. A simples alegação do casamento realizado no exterior sob o regime supletivo

constância do casamento” (*Do regime de bens entre os cônjuges*, Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM), Belo Horizonte: Del Rey, p.215).

³¹⁸ ORLANDO GOMES, *Memória justificativa do anteprojeto de reforma do Código Civil*. Departamento de Imprensa Nacional, 1963, p. 57 *apud* EUCLIDES DE OLIVEIRA, *Questões controvertidas no novo Código Civil, vol. I Alteração do regime de bens no casamento*, São Paulo: Método, 2004, p. 392.

³¹⁹ §5º do art.7º da LICC. “O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro”.

daquele país, não o torna equivalente ao regime supletivo nacional, conforme a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo³²⁰.

Finalmente, o legislador pátrio, propôs no § 2º do artigo 1.639 da Lei n. 10.406/2002³²¹, a mutabilidade do regime de bens, sendo lícito aos nubentes adotarem regime diverso, para melhor atender aos interesses familiares.

Diante do artigo 2.039 do Livro Complementar das Disposições Finais e Transitórias, o regime de bens no casamento celebrado na vigência da lei revogada é por ela estabelecida³²² daí remanesce a dúvida se a mutabilidade atingiria os casamentos realizados na vigência da lei revogada.

Questão dirimida pela doutrina, com fundamento no escólio de FRANCISCO JOSÉ CAHALI,³²³

³²⁰ CASAMENTO – Regime de Bens Estrangeiros – Consórcio celebrado no exterior que, na ausência de pacto antenupcial, determina o regime da comunhão legal em vigor no país de origem – Impossibilidade de alteração para o regime da comunhão parcial sob alegação de ser este o vigorante no Brasil, onde o casal reside – Imutabilidade do regime de bens adotado no momento do matrimônio.

³²¹ Art. 1639, § 2º "É admissível alteração do regime de bens mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros".

³²² A I Jornada promovida pelo Superior Tribunal de Justiça propôs o enunciado 113, elencando os requisitos para a alteração do regime de bens. "É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva do direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade". (grifei)

E no enunciado 131 do próprio Superior Tribunal de Justiça propondo a alteração legislativa do § 2º do art. 1.639 do Código Civil que passaria a ostentar o seguinte texto. "É inadmissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, salvo nas hipóteses específicas definidas no art. 1.641, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição da inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade". (grifei)

Aqui o STJ tenta diminuir a abrangência da alterabilidade, aceitando somente quando o regime era o da separação obrigatória de bens.

³²³ Para sustentar a irrevogabilidade aos matrimônios anteriores, bastaria invocar o artigo 2.039 das disposições transitórias do novo Código Civil, pelo qual, quanto ao regime de bens, aplicam-se as regras da lei anterior aos casamentos realizados sob a égide do Código revogado. Porém, não nos conforta esta orientação. Com efeito, interferindo diretamente na vida privada, o novo Código impôs conseqüências jurídicas específicas em função do regime de bens, mesmo para as pessoas casadas no passado. Veja-se o artigo 977 impedido a sociedade de pessoas cujo regime seja da comunhão universal, e a convocação do cônjuge como herdeiro, na primeira classe de preferência, em concorrência com os descendentes, também condicionada ao regime de bens (art. 1.829, I). Para estas duas situações aplica-se imediatamente a norma às pessoas já casadas, na primeira, inclusive, concedendo prazo para os empresários regularizarem a sociedade já constituída (art. 2.031); na Segunda, se terá por parâmetro a data do falecimento (art. 1.787). Ora, se a lei impõe determinada conseqüência para o regime de bens, deve ser permitido ao casal, cujo matrimônio se deu antes destas imposições, adaptar-se às novas regras. Daí porque sustentamos a adequação em se permitir a mudança do regime também para as pessoas casadas no sistema anterior". (A Súmula n. 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens, Revista do Advogado, São Paulo: . Nº 76. p.31, junho de 2004).

Alteração do regime de bem – Casamento anterior ao CC. Possibilidade." É possível alterar o regime de bens de casamentos anteriores à vigência do Código Civil de 2002". (TJRS. 7º Câmara Cível, Ap. 70006423891 Farroupilha, rel. Des. Sérgio Fernando Vasconcelos Chaves J. 13.08.2003, v.u.).

"Ora, se a lei impõe determinadas conseqüências para o regime de bens deve se permitir ao casal, cujo o matrimônio se deu antes destas imposições adaptar-se às novas regras. Daí porque sustentamos a adequação em se permitir a mudança do regime também para as pessoas casada no sistema anterior."

Expressivo número de juristas tem acompanhado esse mesmo entendimento de FRANCISCO JOSÉ CAHALI, bem como os primeiros julgados nesse sentido³²⁴, pois dentro da lógica e finalidade do próprio intuito legislativo, não há razão ou segurança jurídica que justifique a imutabilidade do regime de bens nos casamentos realizados no antigo Código.

E entre as inovações do Código Civil, no Livro II do Direito de Empresa, veda a sociedade de pessoas casadas entre si, no regime da comunhão universal ou no regime da separação obrigatória de bens³²⁵. Os casais empresários casados naqueles regimes, terão que alterar para regime diverso, se desejarem continuar sócios, ainda que casados na vigência do Código revogado³²⁶. O que nem sempre será possível.

A alteração não pode ser requerida por pedido unilateral, exigindo interesse e o requerimento do casal, devendo expor as razões motivadoras do

Casamento realizado na vigência do CC/1916. Admissibilidade da alteração do regime de bens. Preservação do princípio da igualdade (TJMG, 4ª Câmara Cível, Ap. 1051803038304-7/001, rel. Des. MOREIRA DINIZ, j. 20.5.2004, v. u., *in* CAHALI, Família e Sucessões, p. 119/124.

³²⁴ A alteração do regime de bens pode ser promovida a qualquer tempo, de regra com efeito *ex tunc*, ressalvados os direitos de terceiros. Inteligência do art.2.039 do NCC. É possível alterar regime de bens de casamento anteriores à vigência do Código Civil de 2002. Recurso provido. (TJRS -7 Câmara Cível – Apelação 70006709950 – Data do julgamento 22.10.2003 – Relator Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – Votação recurso provido). No mesmo sentido - autos número 00.03.026973-3, da 12ª Vara da Família e Sucessões do Foro Central, Juiz, João Batista Silvério da Silva. E também nos autos do processo nº 00113454988, 3ª Vara da Família e Sucessões de Porto Alegre. Todos extraídos da *Coletânea Orientações Pioneiras* – v.1. Família e Sucessões no Código Civil de 2002, por FRANCISCO JOSÉ CAHALI.

Em contrário – Um casal de Santa Catarina, entrou na justiça para mudar o regime de bens em que eram casados de separação total para a comunhão universal, o juiz Roberto Ramos Alvim, da Vara da Família da Comarca de Lages, negou o pedido, dizendo estarem impedidos por causa da limitação no art. 2.039 do Código Civil. Disponível em [http://conjur.uol.com.br/textos/247377/\(Consultor Jurídico, acesso em 19/07/04\)](http://conjur.uol.com.br/textos/247377/(Consultor%20Jur%C3%ADdico,%20acesso%20em%2019/07/04))

³²⁵ Art. 977 Faculta se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória".

³²⁶ "XX e XX brasileiros, casados entre si, empresários, ajuizaram a presente ação ordinária onde postularam a alteração de regime de bens de seu casamento, a fim de poderem proceder a modificação da disposição da empresa em que são sócios, pelo fato do novo Código Civil não mais permitir sociedade entre cônjuges casados pelo regime da comunhão universal de bens. Por isso requerem a alteração do regime de bens de comunhão universal para o de comunhão parcial. (...)". o processo foi julgado procedente o pedido na 3ª Vara da Família e Sucessões de Porto Alegre, pela juíza Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, nos autos nº 00113454988.

pedido com ampla publicidade para evitar fraudes e preservar interesses de terceiros, tudo isso apreciado pelo judiciário. A sentença de procedência vale como instrumento hábil, e o mandado de averbação deve ser registrado junto ao Cartório de Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges e na Certidão de Casamento, averbando a mudança do regime de bens do casamento para que produza efeitos em relação a terceiros^{327 328}.

O procedimento a ser seguido nestes casos, só poderá ser o previsto no artigo 1.103 e seguintes do Código de Processo Civil que trata dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária³²⁹.

A sentença de procedência do pedido que autoriza a mudança do regime de bens passa a produzir os efeitos a partir do trânsito em julgado, sendo instrumento hábil à revogação, se houver, de qualquer pacto antenupcial. *“Desnecessária a lavratura de novo pacto: mais que a solenidade da escritura, vale a decisão judicial. O correspondente mandado servirá para registro e a averbação (...)*^{330”}.

Importa o termo inicial da vigência do novo regime e os efeitos que foram conferidos na sentença, *ex tunc* ou *ex nunc*, na medida em que a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes depende do regime de bens em que eram casados.

Luiz Felipe Brasil³³¹, observa:

³²⁷ Outra forma de dar publicidade a estes atos modificativos é a averbação no registro imobiliário, quando existirem bens imóveis, também sob pena inoponibilidade contra terceiros.

³²⁸ Lei. 6.015/73 art. 167, "No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: II, 1) das convenções antenupciais e do regime de bens diverso do legal, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer dos cônjuges, inclusive os adquiridos posteriormente ao casamento".

³²⁹ SERGIO LUIZ KREUZ, *Princípio da Imutabilidade do Regime de Bens do Casamento no Direito Brasileiro*, Revista de Direito Privado, nº 11, Setembro de 2002. P.307.

³³⁰ EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA, *Alteração do regime de bens no casamento*, Questões controvertidas no novo Código Civil, vol. I p.393, São Paulo: Método 2004.

³³¹ LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, *A mutabilidade dos Regimes de Bens*, in, IBDFAM, <www.ibdfam.com.br/inf-geral.asp?codInf=259&CodTema=59&Tipo=1> (acesso em 20/07/04).

"O Código não explicita se os efeitos da alteração serão ex tunc ou ex nunc entre os cônjuges porque em relação a terceiros que já sejam portadores de direitos perante o casal, é certo serão ex nunc, uma vez que se encontram ressalvados os direitos destes. No particular, considero que se houver opção por qualquer dos regimes que o código regula, a retroatividade é decorrência lógica, pois, p. ex., se o novo regime for o da comunhão universal, ela só será UNIVERSAL se implicar comunicação de todos os bens. Impossível seria pensar em comunicação universal que implicasse comunicação apenas dos bens adquiridos a partir da modificação, do mesmo modo, se o novo regime for o da separação absoluta necessariamente será retroativo a mudança ou a separação não será absoluta!, E mais: se o escolhido agora for o da separação absoluta, imperiosa será a partilha dos bens adquiridos até então, a ser realizada de forma concomitante à mudança de regime (repito: sem eficácia essa partilha com relação a terceiros). Assim, por igual quanto ao regime da comunhão parcial e, até, de participação final nos aqüestos.."

Temos para nós que, a alteração deve proceder a duas fases, cessado o regime de bens em vigor até aquele momento, preservado quanto aos bens já adquiridos sob a sua vigência, e antes de dar início ao novo regime, proceder ao inventário e à devida partilha dos bens³³².

A segunda fase, que implica na própria alteração do regime, por exemplo nos casos em que o regime era o da comunhão parcial ou universal, ao adotarem o regime da separação total de bens. O mesmo não se aplica em qualquer dos regimes vigentes, mesmo se forem alterados para o da comunhão universal, ficando dispensados da partilha precedente, já que por este regime todos os bens pretéritos e futuros passam a fazer parte de um só acervo.

³³² Informa SÉRGIO LUIZ KREUZ, sobre o modelo Belga, "os cônjuges devem proceder a um inventário dos bens, incluindo-se aí todo o patrimônio, inclusive móveis, bens comuns e próprios. Esta fase é obrigatória e deve ser apresentada ao tribunal junto com o pedido de homologação e a convenção perante o notário. Além disso devem apresentar um plano de liquidação das dívidas e de partilha ou de transferência de bens. Este plano só será executado depois da homologação judicial. Visa-se com isso que antes da mudança para um novo regime de bens, ocorra a liquidação do regime anterior e desta forma não haja lesão aos interesses de terceiros." (*Princípio da Imutabilidade*, p.299).

Em regra, então, o efeito seria *ex nunc*³³³; ao nosso ver é o que melhor atende aos interesses do casal e preserva o interesse de terceiros, no caso, de alterar o regime para a comunhão universal, ou seja, a formação de um patrimônio único (bens pretéritos, presentes e futuros) ou adotado o regime da separação total de bens, após a partilha, o efeito advém da própria característica do regime e não pelo efeito concedido em sentença.

No Código Civil de 1916³³⁴, o regime de bens importava na sucessão, na medida em que ao cônjuge sobrevivente, era concedido o usufruto viúvel sobre parte dos bens deixados pelo autor da herança, ou o direito real de habitação.

Com a entrada em vigor da Lei n. 10.406/2002, o regime de bens importa no critério avaliador para reconhecer o direito do cônjuge concorrer com herdeiros tradicionais de primeira classe. E o direito real de habitação passa a ser concedido independente do regime em vigor no casamento.

Dispõe o artigo 1.829, inciso I do Código Civil; a concorrência do cônjuge sobrevivente e os herdeiros descendentes, salvo nas hipóteses de casamento realizado no regime da comunhão universal, no regime da separação obrigatória, e no regime da comunhão parcial sem bens particulares. Importa dizer que o cônjuge concorre a herança com os descendentes, quando foi casado no regime da separação convencional, regime de participação final nos aquestos e no regime da comunhão parcial em que o autor da herança deixou bens particulares.

³³³Em sentido contrário, acórdão da 7ª Câmara do TJRS nos autos da Apelação 70006709950 de relatoria do Des. Sérgio Fenando Vasconcellos Chaves, “ A alteração do regime pode ser promovida a qualquer tempo, de regra com efeito *ex tunc*, ressalvado o direito de terceiros.”

³³⁴ Art.1.611 do CC.de 1916. “§ 1º O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do *de cujus*”. “§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, 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 bem daquela natureza a inventariar”.

CAPÍTULO V - CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE

5.1 Sucessão do Cônjuge em Concorrência com os Descendentes

Nos capítulos anteriores tratou-se dos requisitos legais, genéricos e específicos exigidos para que o cônjuge tenha reconhecido os seus direitos sucessórios, passamos agora à análise da condição de concorrência em vista do regime de bens do casamento³³⁵, seguido das formas de cálculo do quinhão do cônjuge em conformidade com a origem dos descendentes.

O artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, trata da sucessão dos descendentes concorrendo com o cônjuge sobrevivente. Subordinando esta a um complexo sistema de interpretação hermenêutica a começar pela direta ligação com o regime de bens do casamento, *in verbis*:

“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. 1640, parágrafo único)^{336 337}; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

³³⁵ Cf. Observa ORLANDO GOMES, “ Ao contrário da legislação portuguesa, que não faz qualquer restrição ao regime de bens ...” (*Sucessões*, p.56).

³³⁶ A menção ao art. 1.640, parágrafo único do CC, é errônea, o regime da separação ao qual se refere o legislador é o art.1.641 do CC.

³³⁷ O projeto de lei n. 6.960/02, em tramitação no Congresso, pretende a alteração do art. 1.829 do CC de 2002, para remissão ao art. 1.641 do mesmo diploma.

O projeto de lei n. 4.944/05, apresentado pelo Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM), através do relator, Dep. Antônio Carlos Biscaia, propõe a alteração do dispositivo sobre a igualdade de direitos sucessórios entre os cônjuges e companheiros de união estável, entre outros passariam a vigorar com a seguinte redação:

“I- aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente; II- aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente; III- ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiros sobrevivente; IV- aos colaterais. Parágrafo único. A concorrência referida nos incisos I e II dar-se-á, exclusivamente, quanto aos bens adquiridos onerosamente, durante a vigência do casamento ou da união estável, e sobre os quais não incida a meação, excluindo os sub-rogados”.

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais”.

O inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, *a priori*, defere a sucessão aos descendentes e condiciona a participação sucessória do cônjuge sobrevivente concorrendo com os descendentes a partir do estabelecimento do critério geral de convocação, para logo após, através do “salvo se”, excetuar as hipóteses dos regimes não participantes da sucessão.

Significa que os casados no regime da: comunhão universal, da separação legal ou no regime da comunhão parcial sem bens particulares, não concorrem à sucessão com os descendentes do autor da herança.

O legislador manteve afastado a concorrência sucessória com os descendentes, do cônjuge casado no regime matrimonial de natural comunicação desde a celebração das núpcias, já garantido a proteção patrimônio pela existência da meação. De forma similar, ao Código revogado, que afastava o direito de usufruto sobre fração dos bens deixados pelo autor da herança, quando casados no regime da comunhão total.

Da interpretação do artigo 1.829, inciso I, conclui-se, que há a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes quando casados nos regimes da: separação convencional, comunhão parcial (tendo o falecido deixado bens particulares) e participação final nos aqüestos.

Dessa redação muitas dúvidas podem surgir, pois ao estabelecer a regra geral de concorrência do cônjuge com os descendentes e, logo a seguir excetuar os regimes não participantes, gerou na comunidade jurídica diversas interpretações.

Em primeiro lugar, qual seria a real extensão do termo separação obrigatória?

Os casados pelo regime da separação obrigatória, são impedidos por lei, de adotarem regime diverso, ficando excluídos da sucessão somente quando concorrerem na primeira classe sucessória.

5.1.1 Cônjuge Casado sob o Regime da Separação de Bens

Logo no início da promulgação, o próprio coordenador da comissão elaboradora do projeto do Código Civil de 2002, professor MIGUEL REALE³³⁸, afirmou que a separação obrigatória a que a lei se refere, seria em sentido amplo, abarcando a separação convencional, foram suas as palavras, “*duas são as hipóteses de separação obrigatória: uma delas é a prevista no parágrafo único do artigo 1.641, abrangendo vários casos; a outra resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens.*”

Admite o autor que a matéria pode continuar a ensejar controvérsia pela falha de redação. “*Se, no entanto, apesar da argumentação por mim aqui desenvolvida, ainda persistir a dúvida sobre o inciso I do art. 1.829, o remédio será emendá-lo, eliminando o adjetivo ‘obrigatório’. Com essa supressão o cônjuge sobrevivente não teria a qualidade de herdeiro, se casado com o falecido no regime de comunhão universal, ou no de separação de bens*”.

Interpretação diversa levaria a questionar a abrangência do regime de bens. Se o regime é da escolha do casal, e este pretende não ver seu patrimônio misturado por razões diversas; seja para preservar a empresa familiar, seja para facilitar a partilha em caso de separação, não seria lógico transformar a escolha diversa do casal, no regime de comunhão absoluta em caso da dissolução por morte, em concorrência tanto com os descendentes ou ascendentes.

³³⁸ Estudos Preliminares do Código Civil. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2003, p.61.

Outro questionamento a incidir na espécie, é o maior peso dado ao regime da separação legal (artigo 1.641 do Código Civil) comparado com a separação convencional, e ainda agravados pela não incidência da Súmula 377 do STF, atingindo principalmente aqueles que detêm a menor capacidade laborativa. Não seria correto e lógico excluir aquele (regime da separação legal) do direito sucessório³³⁹ e manter a concorrência sucessória para os que claramente escolheram não terem seus patrimônios comunicáveis.

No entanto, antes de qualquer alteração legislativa, o artigo 1.829, I do Código Civil, só pode ser interpretada de modo a não restringir onde o legislador não o fez. No caso o cônjuge casado no regime da separação convencional é herdeiro concorrente à sucessão em qualquer classe. Tem sido esta a interpretação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³⁴⁰.

5.1.2 Cônjuge Casado sob o Regime da Comunhão Parcial de Bens

Esse regime comporta duas hipóteses³⁴¹, a primeira atinente àquela em que, o cônjuge não concorre com os descendentes porque todo o patrimônio foi constituído durante a constância do casamento, do qual já possui a meação. De outro modo, concorre juntamente com os herdeiros de primeira classe, se o autor da herança deixou bens particulares.

³³⁹ Cf. EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE. “Relativamente ao regime da separação obrigatória de bens, a exceção argüida pelo legislador é procedente uma vez que, tratando-se de separação legal (imposta, pois, pela lei) não há que se falar em concorrência. O que é vedado por lei não pode ser contornado pela própria lei e em manifesta contradição ao princípio da separação.” (*Comentário ao novo Código Civil*, p.220).

³⁴⁰ INVENTÁRIO. Viúva casada com o autor da herança no regime da separação convencional de bens. Direito à sucessão legítima em concorrência com a filha do falecido. Inteligência do art. 1.829, I do Código Civil. Vedação que somente ocorre, entre outras causas, se o regime do casamento for o da separação obrigatória de bens.” (TJSP, AI 313.414-4/1, 3. Câmara de Direito Privado, rel. Des. Flávio Pinheiro, DOESP 16-12-2003), v.u., *Revista Brasileira do Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese/ IBDFAM, n.29, 2005.

³⁴¹ Cf. EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE. “Na comunhão parcial de bens, o legislador cria duas hipóteses de incidência da regra de concorrência. Primeiro (regra geral), o cônjuge sobrevivente não concorre com os demais descendentes, porque já meeiro, quando o autor da herança houver deixado bens particulares, a *contrario sensu*, da regra geral, conclui-se que o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes”. (*Comentário ao novo Código Civil*, p.219).

Ao estabelecer a distinção “com bens particulares”, criou um direito sucessório eventual, conforme observa FRANCISCO JOSÉ CAHALI³⁴²:

“Sob outro ângulo, o novo Código cria um direito sucessório entre os cônjuges de forma não recíproca, pois, no regime da comunhão parcial, um herda do outro se este possuir bens particulares, mas, se aquele primeiro não tiver patrimônio próprio, o segundo será privado da convocação”.

Instala-se um dos grandes motivos de controvérsia no mundo jurídico: o que seriam considerados os bens particulares.

A própria lei os define no regime da comunhão parcial, conforme os artigos 1.659 e 1.661, ambos do Código Civil.

“Art. 1659. Excluem da comunhão:

I – os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que 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, meio soldo, montepios e outras rendas semelhantes”.

“Art. 1.661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.”

³⁴² Curso avançado, p. 214.

Por esse ângulo, o que poderia dar ensejo a situações como a existência de um insignificativo bem definir a participação sucessória sobre o bem no qual já possui o condomínio, é a lição de FRANCISCO JOSÉ CAHALI:

“...se o casamento tiver sido celebrado pelo regime da comunhão parcial, e o falecido não possuía bens particulares, o viúvo deixa de participar da herança, ressalvado seu direito à meação; mas se o número de bens particulares, adquiridos antes do casamento, for uma única linha telefônica, o cônjuge sobrevivente recebe, além da meação que já lhe é destinada, uma parcela sobre todo o acervo, inclusive daquele que é meeiro. E nessa mesma situação com apenas uma linha telefônica adquirida anteriormente ao matrimônio, se o regime adotado for o da comunhão universal, o cônjuge recebe a meação também do telefone mas fica privado da concorrência na herança sobre a integralidade do acervo hereditário...”

No entanto, a dificuldade está no caráter subjetivo que pode ser emprestado à interpretação de um bem particular do morto, conforme alerta SILVIO DE SALVO VENOSA³⁴³:

“Pode ocorrer que o de cujus tenha deixado apenas bens particulares de ínfimo valor, o que exigirá um cuidado maior do julgador para alcançar o espírito buscado pela nova lei”

Assim, é que para MÁRIO LUIZ DELGADO RÉGIS³⁴⁴:

“(...) afinal de contas, que pessoa conhecemos não possuiria sequer um único bem particular, aquele que seja de uso pessoal (art. 1.695, V). Partindo do pressuposto que não se pode condicionar a natureza jurídica

³⁴³ *Direito Civil*, p.143

³⁴⁴ *Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Convivente*, na *Revista dos Tribunais*, n. 29, IBDFAM, p. 210.

de bens particulares ao valor dos mesmos podemos concluir que os trapos usados pelo mendigo são bens particulares tanto quanto o vestido Chanel da rica senhora. Sendo assim, o dispositivo constituiria letra morta, pois os casados sob o regime da comunhão parcial concorreriam com os descendentes em qualquer situação. Ora, tal interpretação também vulnera o princípio da operabilidade”.

Em se tratando de bens particulares, seria forçoso admitir pela inexistência deles, pois todo ser tem um bem particular, por mais insignificante que possa parecer aos olhos alheios. Em última instância a controvérsia para apurar a existência de bens particulares devido a sua complexidade somente pode ser admissível em autos próprios.

Superada esta fase, supondo que o *de cujus* tenha deixado bens particulares, a participação do cônjuge ficaria adstrita na porção dos bens particulares, ou seja, concorreria somente sobre estes ou a participação ocorreria sobre a totalidade da herança, incidindo também sobre aqueles bens do qual já possui a meação.

As posições doutrinárias não são pacíficas. A maioria entende que o quinhão do cônjuge incide somente sobre a porção dos bens particulares³⁴⁵, por todos dessa corrente cito EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE³⁴⁶, para o qual nada justifica sua participação se o cônjuge já é meeiro do patrimônio comum:

³⁴⁵ Comungam dessa posição ZENO VELOSO, pela interpretação restritiva, *sucessão do cônjuge no novo código civil*, Revista brasileira do direito de família. IBDFAM, Síntese n. 17, p.145. SILVIO DE SALVO VENOSA. “Assim, nessa conclusão que parece a mais lógica, somente haverá concorrência do cônjuge nessa situação aos bens particulares”, *Direito Civil – Direito das Sucessões*, p.144. GISELDA FERNANDEZ HIRONAKA, “O cônjuge herda quota parte dos bens exclusivos do falecido quando concorrer com os descendentes deste, percebendo, quanto ao bens comuns, apenas a meação do condomínio até então, e não mais que isso”. *Comentário ao código civil*, p.220. Em recente atualização do quadro comparativo, FRANCISCO JOSÉ CAHALI alerta, “a norma contém defeito intransponível ao trazer uma provisão inviável e outra passível de dupla interpretação” e colaciona a relação dos que comungam pela interpretação restritiva: Eduardo de Oliveira Leite, Flávio Tartuce, Giselda Hironaka, Gustavo Renê Nicolau, Jorge Shiguemitsu Fugita, José Fernando Simão, Maria Helena Marques Daneluzzi, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorin, Euclides da Cunha e Zeno Veloso. (*Coletânea Orientações Pioneiras – Família e Sucessões no Código Civil de 2002*, ano VII, v.2).

³⁴⁶ *Comentário ao novo Código Civil*, p.218

“E nem poderia ser diversa a postura legislativa já que, nos casos arrolados (regime de comunhão universal e parcial de bens) não há que se falar em concorrência do cônjuge sobrevivente, uma vez que já é meeiro (em decorrência do regime da comunhão) está economicamente amparada. Nem justo seria que, além da meação concorrem com aquela classe de herdeiros. Tal bis in idem fica negado peremptoriamente pela sistemática abraçada pelo legislador nacional”.

A posição assumida por essa corrente adota a teoria de que no regime da comunhão parcial de bens (regime supletivo), o cônjuge é meeiro dos bens adquiridos, e participando somente sobre os bens exclusivos do falecido, estaria igualada com a meação no regime da comunhão universal, assim os valores herdados seriam os mesmos da comunhão universal, regime supletivo até o ano de 1977.

Ao excluir da concorrência o cônjuge sobrevivente, casado no regime da comunhão universal de bens, optou o legislador em negar o direito de herança na existência de meação. Então direito de meação e o direito de herança se excluiriam mutuamente. Isso explicaria a distinção no tratamento sucessório conferidas aos casados no regime da comunhão parcial com e sem bens particulares.

O enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil – realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho Federal, propôs a seguinte alteração ao artigo 1.829, inciso I que passaria a conter a seguinte redação:

“O art. 1.829, inciso I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipótese em que a concorrência se

restringe a tais bens, devendo os comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes”.

O assunto é demais polêmico, porém, importante observar que o artigo em referência (art. 1.829, I do CC) não faz distinção a quais bens deverá incidir a quota do cônjuge, devendo assim ser entendido que a existência de tais bens preenchem o requisito condicional para a concorrência do cônjuge, recaindo sobre a totalidade da herança.

Nessa corrente, MARIA HELENA DINIZ³⁴⁷ sustenta o seu parecer no princípio da indivisibilidade da herança. Para ROBERTO SENISE LISBOA³⁴⁸ seria injusto se comparado ao convivente. E entre outros, ainda que de forma minoritária³⁴⁹. No atual estágio que se encontra o artigo, ainda que mereça reparos, é a posição por nós adotada.

Reforçando esse entendimento, poderia argumentar, o artigo 1.832 do Código Civil, ao disciplinar como deve ser partilhada a herança *“Em concorrência com os descendentes, artigo 1.829, I, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucedem por cabeça, não podendo sua quota ser inferior à quarta parte da herança se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”.*

Desse modo, diante da concorrência do cônjuge com os descendentes do autor da herança, estabeleceu o legislador a igualdade de quinhões, não distinguindo os quinhões em bens exclusivos ou mantidos em condomínio pelo de

³⁴⁷CF. (...) para tanto, o consorte sobrevivente, por força do art. 1.829, I, só poderá ser casado sob o regime de separação convencional de bens ou de comunhão parcial, embora sua participação incida sobre todo o acervo hereditário e não somente nos bens particulares do de cujus”. (*Curso de Direito Civ I Brasileiro*, p.105 e 106).

³⁴⁸ Cf. “ A existência de bens particulares seria, pois o divisor de águas que demonstra se o cônjuge supérstite teria direito à herança ou não. Ora, a lei civil não teria atualmente qualquer razão para impedir o concurso se o cônjuge não tivesse deixado bens particulares. Até mesmo diante do fato de que o convivente sempre concorrerá à sucessão com os herdeiros necessários do de cujus, sem qualquer restrição (...). Seria por demais absurdo considerar-se que o cônjuge sobrevivente teria direito à sucessão tão somente sobre os bens que não se comunicam por força do casamento, enquanto o convivente sucederia normalmente. (...) Se o convivente se beneficia em qualquer hipótese com a sucessão, bastando que seja reconhecida, ainda que incidentalmente, união estável, sendo os efeitos patrimoniais equiparados aos da comunhão parcial de bens, não há razão porque adotar-se uma interpretação que suprime o direito ao cônjuge sobrevivente concorrer à toda sucessão se casado em comunhão parcial”.(Manual elementar do direito civil, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 418. v.5).

³⁴⁹ Nesse sentido, Guilherme Calmon da Gama, Inácio de Carvalho Neto, Lui Pauli Vieira de Carvalho, Maria Helena Diniz e Mário Roberto Carvalho de Faria. (*Coletânea Orientações Pioneiras – Família e Sucessões no Código Civil de 2002, ano VIII, v.2*).

cujus. A única exceção admitida em nítida priorização é aquela concedida ao cônjuge sobrevivente.

Por todos estes argumentos apresentados, a participação do cônjuge sobrevivente em concorrência com os descendentes, não pode ficar adstrita aos bens particulares, sob pena de criar uma anomalia, um absurdo, em comparação com a sucessão dos companheiros. E ainda, ao ser elevado à categoria de herdeiro necessário, juntamente com os descendentes e ascendentes, tem assegurada a legítima, que corresponde à metade dos bens da herança, que compreendendo o conjunto patrimonial do *de cuius* (bens comuns e particulares); interpretação diversa levaria à quebra do conceito de herdeiro necessário, não pela obrigatoriedade do herdeiro necessário ser convocado, pois ainda que os ascendentes integrem o rol dos herdeiros necessários são preteridos na existência de descendentes. Porém, quando convocados, não podem ser herdeiros legitimários, da quota em distinção entre patrimônio exclusivo ou mantido em condomínio pelo falecido.

Destacada a meação do cônjuge³⁵⁰, que não advém da sucessão e sim do regime de bens do casamento, a outra metade, mais os bens particulares do morto, constituem a herança.

Interpretação diversa levaria à conclusão que, o cônjuge é herdeiro necessário somente no regime da separação convencional, e eventualmente herdeiro necessário na comunhão parcial (pois a sua legítima seria diferenciada dos demais herdeiros), solução que não se harmoniza com o sistema legislativo.

Comporta situação diversa àquela em que o cônjuge casado no regime da comunhão parcial, o *de cuius*, não deixou bens particulares, pois se não os tem,

³⁵⁰ Se o regime assim o permitir. Só tenho meação dos bens comuns, se o casamento se deu no regime da comunhão universal, no parcial e na participação dos aqüestos.

significa que todo o patrimônio foi constituído durante a constância do casamento, a qual o sobrevivente já tem a meação, sendo os valores idênticos aos casados no regime da comunhão universal.

5.1.3 Cônjuge Casado sob o Regime da Participação Final nos Aqüestos

Ainda que sem previsão legal, a similitude desse regime com o da comunhão parcial no que se refere aos efeitos patrimoniais, incidente na apuração da meação, poderia comportar a mesma solução dos casados no regime da comunhão parcial, ou seja, a concorrência do cônjuge com os descendentes na existência de bens particulares. No entanto, o artigo 1829 inciso I do Código Civil, é critério de convocação geral, assim, pela interpretação hermenêutica do direito, não caberia ampliação em matéria restritiva, pois seria restringir onde o legislador assim não o fez, ou seja, *“ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”*.

É sempre oportuno lembrar a lição de CARLOS MAXIMILIANO³⁵¹:

“Aplica-se a regra geral aos casos especiais, se a lei não determina evidentemente o contrário” e citando GIUSEPPE FALCONE: “quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-los a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente”.

Parece ser mais adequada a interpretação que nesse regime o cônjuge participa da sucessão independente da existência de bens particulares.

³⁵¹ *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.247

Diante da omissão legislativa, EUCLIDES DE OLIVEIRA³⁵² ventila a possibilidade dos casados nesse regime ficarem excluídos da sucessão, quando concorrerem com os descendentes do autor da herança.

“Poder-se-ia concluir que o casado nesse regime tem assegurado o direito de meação sobre os aqüestos, mas não a concorrência à herança com os descendentes, qualificados como herdeiros. Claro está que terá, o cônjuge, direito a concorrer na herança com os ascendentes do falecido, ou, não os havendo, a receber a total herança, pois, em tais casos, seu direito hereditário não depende do regime matrimonial de bens”.

Não parece ser a interpretação mais correta, pois o artigo em referência trata do regime de bens do casamento, matéria do direito de família, e o próprio artigo 1.685 do Código Civil³⁵³ estabelece que será deferida a herança aos herdeiros na forma estabelecida por esse Código, ou seja, às normas pertinentes à sucessão hereditária.

5.1.4 Cônjuge Casado sob o Regime da Comunhão Universal de Bens

O cônjuge casado nesse regime estaria afastado da concorrência sucessória com os descendentes, pois, estaria protegido pela meação de todo o patrimônio do casal.

5.2 Quinhão do Cônjuge Sobrevivente

Dispõe o artigo 1.832 do Código Civil, *“Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que*

³⁵² *Direito de herança*, p.110 e 111.

³⁵³ “Artigo 1.685. Na dissolução da sociedade conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código”.

sucedem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”.

A *priori*, o cônjuge concorre com os descendentes do falecido em igualdade de condições, ou seja, o modo de suceder é por cabeça. Porém, o legislador reservou quota ao cônjuge, que nunca será inferior à quarta parte, quando concorrer com descendentes comuns. Então, se o cônjuge concorrer com até três descendentes a quota será igual a todos, acima desse número de descendentes a sua quota mínima ficaria reservada, enquanto os 3/4 remanescentes, serão divididos pelo número de descendentes, desviando do modelo da sucessão por cabeça.

Ao cônjuge sobrevivente, não será assegurada a reserva da quarta parte, se não for ascendente daquele com quem concorrer, nesse caso, dividir-se-á em quotas iguais entre os herdeiros exclusivos do *de cujus* e o cônjuge sobrevivente.

O legislador nada mencionou quanto à reserva da quota mínima do cônjuge, na concorrência com a descendência híbrida, aquela formada pelos filhos comuns e filhos exclusivos do autor da herança, diante da lacuna como proceder a partilha consoante a disposição do artigo 1.832 do Código Civil.

Se o número de filhos não ultrapassar a três, a quota mínima do cônjuge não será afetada, mas se houver quatro filhos ou mais, complica-se a atribuição do quinhão devido ao cônjuge.

Por falta de previsão a essas situações hoje tão comuns, houve um grande esforço por parte da doutrina em extrair a melhor solução.

Para FRANCISCO JOSÉ CAHALI³⁵⁴,

³⁵⁴ *Curso avançado*, p.216

“(...) sendo a prole só do falecido, a participação é uma; mas se o sobrevivente for ascendente dos herdeiros com que concorrer, está abrangida a situação híbrida, devendo pois, ser reservada sua parcela mínima de ¼ na herança, pois não fala a lei em ascendentes de todos os herdeiros com quem disputar, ou único ascendente dos sucessores”.

No mesmo sentido SILVIO DE SALVO VENOSA³⁵⁵:

“(...) Se, porém, concorrer com descendentes comuns e descendentes apenas do de cujus, há que se entender que se aplica a garantia mínima da quarta parte em favor do cônjuge. O legislador não foi expresso nessa concorrência híbrida, mas parece ser o espírito da lei”.

Em posição contrária dando interpretação restritiva ao disposto no artigo 1.832 do Código Civil, temos MARIA HELENA DINIZ, ROLF MADALENO, SEBASTIÃO AMORIM e EUCLIDES DE OLIVEIRA, ZENO VELOSO, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, por todos transcrevo o GULHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA³⁵⁶:

“A regra do art. 1.832 do CC mantém, implicitamente, o critério da igualdade da divisão da herança caso concorra na sucessão legítima do falecido o cônjuge sobrevivente e os filhos somente do autor da sucessão (não comuns), independente do número de filhos. Da mesma forma, a despeito da lacuna da lei, deve ser adotada a mesma solução para o caso em que o falecido deixou cônjuge sobrevivente, filhos do casal e filhos próprios do falecido”.

As posições adotadas consideraram respectivamente as seguintes soluções: considerar todos os descendentes como se também fossem do cônjuge,

³⁵⁵ *Direito Civil – Direito das Sucessões*, p.145

garantindo assim a reserva da quarta parte na filiação híbrida, ou considerar todos como filhos exclusivos do autor da herança, nesse caso não teria o cônjuge a reserva do quinhão mínimo.

GISELDA HIRONAKA, estudou a possibilidade de uma solução conciliatória, fazendo uso das ciências exatas, mas ela própria chegou à conclusão crítica de que a fórmula criaria uma situação desvantajosa aos descendentes comuns em relação aos descendentes exclusivos. O que é repudiado pelo ordenamento jurídico nacional. Qualquer solução matemática apresentada com atribuições de quotas em desigualdade de quinhões entre os filhos, exclusivos e comuns, padece de inconstitucionalidade, violando o artigo 227, § 6º, da Constituição Federal.

O preceito constitucional de igualdade entre os filhos fez o legislador elaborar a Lei n. 7.841 de 17/10/89 – revogando o artigo 358 do Código Civil de 1916 que proibia o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos. O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069 de 13/07/1990, com intuito de reforçar e garantir maior igualdade e proteção, posição consolidada no artigo 1.834 do Código Civil de 2002, com a seguinte redação: “*os descendentes da mesma classe tem os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes*”.

Ainda que pendente de cálculos complexos, dependendo do número de filhos, entre comuns e exclusivos, FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS³⁵⁷ apresenta uma fórmula matemática passível de ser aceita: o autor defende que a solução para essa lacuna legislativa está na fórmula matemática com divisão da herança entre todos os descendentes mais o cônjuge, sendo retirada a reserva da quarta parte somente dos herdeiros comuns³⁵⁸.

³⁵⁶ *Direito Civil – Sucessões ...*, p.130.

³⁵⁷ *Manual de Direito Civil – Direito das Sucessões*, p.208.

³⁵⁸ Fórmula apresentada por FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS, “ a) divide-se a herança pela soma dos herdeiros, isto é, total de filhos e o cônjuge; b) subtrai-se da herança a parte dos filhos comuns; c) apura-se 1/4 sobre a herança, sem a parte dos filhos incomuns, encontrando, desse modo, o quinhão do cônjuge; d) subtrai-se da herança a parte do cônjuge, dividindo o resultado pelo número de filhos. Suponha-se que o sujeito tenha morrido, deixando o cônjuge e uma herança de R\$ 1.200,00, além de quatro filhos comuns e um filho incomum. O cálculo deve ser feito da seguinte forma: a) divide a herança de R\$ 1.200,00 por 6 totalizando a importância de R\$ 200,00; b) retira-se da herança a parte do filho incomum,

Concluimos que para o cônjuge ter a reserva da quarta parte da herança basta que seja ascendente de pelo menos um dos descendentes, como deflui da interpretação do artigo 1.832 do Código Civil, essa ampliação permite que todos os descendentes recebam a mesma quota hereditária respeitando o Princípio Constitucional da Igualdade entre os filhos.

O Projeto de Lei 4.944 de 2005, com as alterações sugeridas pelo Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM), apresentadas no Congresso pelo Dep. Antônio Carlos Biscaya pretende corrigir o artigo 1.832 para que passe a seguinte redação:

“Art. 1832. Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente parte igual àquela que couber a cada um dos herdeiros que sucederem por cabeça”. (NR)

5.3 O cônjuge Concorrendo com Ascendentes

O artigo 1.829, II combinado com o artigo 1.836 ambos do Código Civil, deferem a sucessão aos ascendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente na falta dos descendentes.

A falta dos descendentes explicitadas no artigo 1.836 do Código Civil, implica também às situações de pré-moriência, renúncia da herança³⁵⁹ e à exclusão (indignidade ou deserdação)³⁶⁰, dessa classe de herdeiros, ou seja, a falta dos descendentes legitimados a recolher a herança.

restando a importância de R\$ 1.000,00; c) apura-se a parte do cônjuge, que corresponde a 1/4 da herança, sem a parte do filho incomum, vale dizer, 1/4 sobre R\$ 1.000,00, totalizando-se a importância de R\$ 250,00. Assim, este é o valor que o cônjuge herdará; d) subtraia-se da herança a parte do cônjuge, dividindo o resultado entre os filhos, ou seja R\$ 1.200,00 – R\$ 250,00 = R\$ 950,00. Dividindo esta importância por cinco, isto é, pelo número de filhos, apura-se R\$ 190,00 que é o quinhão correspondente a cada filho”. (*Manual de Direito Civil...*, p.208 e 209).

³⁵⁹ Se o herdeiro renunciante for o único daquela classe, ou se todos os da mesma classe renunciarem.

³⁶⁰ E desde que não existam descendentes dos excluídos para representá-los.

Ao contrário do que ocorre quando concorre com a classe dos descendentes, aqui o cônjuge recolhe parte da herança, independente do regime de bens adotado no casamento, inclusive se casado no regime da separação obrigatória.

Para que o cônjuge tenha reconhecido o direito de concorrer a essa sucessão, é imprescindível o preenchimento dos requisitos genéricos que implicam a todos os herdeiros e, cumulativamente, os específicos do artigo 1.830 do diploma legal.

No Código revogado³⁶¹, nessas circunstâncias, ao cônjuge era deferido o direito real de usufruto, sobre a metade dos bens da herança. Em substituição, com reais vantagens, o legislador atual concedeu ao cônjuge concorrendo com pai e mãe do *de cujus*, a terça parte da herança, ou seja, o cônjuge recebe o mesmo valor atribuído aos pais. E quando concorre com um daqueles (só o sogro ou só a sogra), recebe a metade da herança e na mesma porcentagem incide se o cônjuge concorrer com ascendentes de grau mais distante, como avó, avô, independente do número de herdeiros sucessíveis³⁶².

³⁶¹ Artigo 1.611, parágrafo 1º do Código Civil de 1916.

³⁶² "Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará 1/3 (um terço) da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau". Comentam, EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA e SEBASTIÃO AMORIM "Nota-se que a primeira parte do art. 1.837 contém erro na menção a "ascendência" uma vez que a suposição é da existência de pai e mãe sobreviventes, com os quais concorre o cônjuge atribuindo-se a cada um a terça parte da herança." (*Inventários e Partilhas*, p. 101).

CAPÍTULO VI - SUCESSÃO DO CÔNJUGE - HERDEIRO EXCLUSIVO

Melhoradas as suas condições pelo novo regramento, reconhecendo o direito de concorrer com herdeiros das classes anteriores, manteve o legislador o cônjuge na terceira classe de sucessíveis.

Seguindo a ordem de vocação hereditária, na falta dos descendentes e ascendentes, ao cônjuge sobrevivente, será conferida a totalidade da herança³⁶³, conforme dispõe o artigo 1.838 do Código Civil, porém condicionados aos requisitos legais genéricos e mais os específicos do artigo 1.830 do Código Civil, também não importando o regime de bens do casamento. E na falta deste, serão chamados os colaterais do autor até o quarto grau.

O Projeto de Lei n. 4.944/05 proposta enviada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), através do Dep. Antônio Carlos Biscaya propõe as seguintes alterações:

“Art. 1.838. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente”. (NR).

“Art. 1839. Se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados à suceder os colaterais até o terceiro grau”.(NR)

³⁶³ Sucessão. Cônjuge sobrevivente (arts.1.603, III do CC de 1016 e 1.829, III do CC de 2002). No caso de inexistir descendência ou ascendência para suceder ao finado, a herança, em sua totalidade, destina-se à viúva, independente do casamento ter sido realizado sob o regime de separação obrigatória de bens, por figurar o cônjuge supérstite, com exclusividade, na terceira linha da ordem sucessória, desde que não separado (jurídica ou de fato) há dois anos (art. 1.830 do novo CC); o propósito dos colaterais, de inversão dessa regra, não encontra amparo legítimo, na lei ou na regra moral

CAPÍTULO VII - DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

O direito real de habitação passa a ter maior abrangência, sem restrição ao regime de bens³⁶⁴, e não mais condicionado à permanência do estado de viuvez, único requisito mantido foi “*ser este o único imóvel daquela natureza a ser inventariado*”³⁶⁵. Lembrando que o direito real de habitação não exclui a participação do cônjuge no direito sucessório relativo a este imóvel. Se for o caso, passará a deter o imóvel sobre dois títulos, propriedade em condomínio com outros herdeiros, mais o direito real de habitação. E por óbvio, se for o único herdeiro, não se faz necessário gravar de direito real limitado, enquanto já possui o direito real de maior abrangência.

O instituto pretendeu proteger o cônjuge sobrevivente, garantindo o direito real de habitação no único imóvel que compõe aquela natureza na herança, para atender o cônjuge e a família. Evitando assim, que eventual partilha dos bens possa privar o sobrevivente de morar na casa onde já morava durante a constância do casamento. Diante da própria natureza do instituto que é de “habitação” ainda que não tenha se referido o legislador, a doutrina se inclina ao entendimento que o beneficiário terá que exercer a posse direta sobre este imóvel. Conforme ORLANDO GOMES.³⁶⁶

“O direito real de habitação recai em prédio residencial, contanto que seja o único imóvel inventariado. Basta que se destine à residência, donde se segue que, se nele não está morando, o gravame não se institui. Se a família reside em casa própria, mas o falecido era proprietário de outros bens imóveis, o direito real não se constitui.”

das obrigações. Não provimento.” (TJSP, 3. Câmara. Direito Privado, Ap. Cível 139.185-4/7, rel. Ênio Santarelli Zuliani, j. 3-6-2003, v.u., JTJ, São Paulo: Lex, 269/226, out.2003).

³⁶⁴ Já na vigência do Código revogado a tendência foi de desconsiderar o regime de bens para deferir o direito real de habitação, diante da regra do parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96 que instituiu o direito real de habitação a todos os companheiros, não podendo a proteção ser negada aos casados independente do regime adotado.

³⁶⁵ “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”.

No mesmo sentido SILVIO DE SALVO VENOSA³⁶⁷ “*entende-se que o cônjuge sobrevivente deva residir no imóvel, só ou acompanhado, com outras pessoas da família*”, sendo vedado então, manter o direito real de habitação com posse indireta locando o imóvel.

Agora de forma ampliativa o cônjuge viúvo que contrair novas núpcias ou constituir união estável, poderá continuar a exercer o seu direito real limitado sobre esse imóvel, beneficiando inclusive o novo cônjuge ou companheiro. Nesse sentido justifica EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE³⁶⁸.

“É que a intenção manifesta do legislador – via direito de habitação – não é punir, ou suprir direitos do cônjuge sobrevivente (como ocorria anteriormente, fazendo depender o benefício da manutenção da viuvez); mas sim, proteger os membros da família, assegurando-lhes o direito de habitação”.

No entanto, direito esse que perdura somente enquanto viver a pessoa beneficiada. Não podendo estender ao novo cônjuge ou companheiro do beneficiário, assim como fica vedada a cobrança de qualquer encargo pelos herdeiros ou co-herdeiros ainda que o seu direito real de herança recaia sobre este imóvel, conforme observa FRANCISCO JOSÉ CAHALI³⁶⁹:

“A habitação deferida em favor do viúvo é de direito personalíssimo e resolúvel, extinguindo-se com a morte do titular. Impede a fruição ampla, assim entendida a possibilidade de alugar, ceder em comodato etc., mas apenas compreende o direito de continuar utilizando diretamente a residência, sem qualquer ônus perante os titulares do domínio.”

³⁶⁶ *Sucessões*, p.65.

³⁶⁷ *Direito Civil – Direito das Sucessões*, p.140.

³⁶⁸ *Comentário ao novo Código Civil – Do Direito das Sucessões*, 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 231 e 232.

³⁶⁹ *Curso avançado*, p.218.

Andou bem o legislador ao desvincular o direito real de habitação do regime de bens, pelo próprio caráter assistencial do instituto, no entanto, parece demasiada a proteção quando ilimita ao estado de viuvez. Ao contrário da lei anterior, pois sendo o direito real de habitação ônus que recai sobre coisa alheia, manter tal direito àquele que muitas vezes não mais precisa do benefício pode não ser a melhor solução.

Deixou o legislador de tratar do direito real de habitação, conferida ao filho menor deficiente na falta da mãe e do pai³⁷⁰, previsão regulamentada pela Lei n. 10.050/2000, no texto do § 3º do artigo 1611 do Código Civil de 1916. Sem dúvida, necessária a correção imediata, não podendo inclusive negar a sua aplicação devido ao alto caráter social de proteção³⁷¹.

³⁷⁰ Para sanar essa falta, o mesmo projeto de Lei 6960/2002, propõe o acréscimo do parágrafo único ao artigo 1.835, com a seguinte redação³⁷⁰: “Art. 1.835...Parágrafo Único. Se não houver pai ou mãe, o filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho, e desde que prove a necessidade disto, terá, ainda direito real de habitação relativamente a imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único imóvel daquela natureza a inventariar, enquanto permanecer na situação que justificou esse benefício”.(NR)

³⁷¹ Cf. Comentário do EUCLIDES DE OLIVEIRA, a respeito: “não teve ressonância no atual Código, por aparente cochilo legislativo, porquanto não se pode negar o alto alcance social da proteção que a lei revogada pretendeu emprestar ao filho incapaz e órfão.”

CAPÍTULO VIII - USUFRUTO DO CÔNJUGE

Apenas para efeito de estudos, o instituto de caráter protetivo, que antecedeu à disposição do cônjuge como herdeiro necessário, e concorrente nas primeiras classes, deixou de ser aplicada para as sucessões abertas a partir de 11 de janeiro de 2003.

Sendo a proteção de maior abrangência (direito real ilimitado), já não se faz mais necessária a proteção menor (direito real limitado). No geral, o cônjuge passa a ter maior proteção, mas lembrando que pelo Código revogado, o cônjuge tinha o usufruto da quarta parte ou metade dos bens do morto, no regime diverso da comunhão universal, assim, exemplificando, o cônjuge supérstite casado no regime da comunhão parcial sem bens particulares, teria maiores vantagens se a sucessão fosse aberta na vigência do Código revogado. Pois, pelo Código vigente, se o cônjuge casado no regime mencionado, concorrer com os descendentes ele não será herdeiro ou usufrutuário, conforme dispõem o artigo 1.829, inciso I do Código Civil .

A saída só pode ser justificada pela compensação do direito real de habitação estendido a todos os regimes.

IX - SUCESSÃO DOS COLATERAIS

Os colaterais são chamados à sucessão somente na falta dos descendentes, ascendentes ou cônjuge sobrevivente. Os colaterais são herdeiros legítimos, porém facultativos, podendo ser afastados da sucessão por simples disposição testamentária, ainda que faltarem os herdeiros precedentes.

Houve tempo em que os colaterais do autor da herança preferiam ao cônjuge, sendo estes convocados até o 10º grau. O Decreto Lei n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907, inverteu a ordem de vocação hereditária, colocando o cônjuge na terceira classe dos sucessíveis e limitando a sucessão dos colaterais até o 6º grau, critério este mantido inclusive no texto original na promulgação do Código Civil de 1916 sendo alterado posteriormente pelo Decreto Lei n. 9.461, de 15 de junho de 1946, que limitou o grau de parentesco dos colaterais sucessíveis até o 4º grau³⁷², preservado pela legislação vigente.

Na classe dos colaterais não ocorre o direito de representação, salvo em favor dos filhos do irmão pré-morto, quando concorrer com seus tios. Ao contrário da representação dos descendentes sem limitação de grau, aqui, a representação é limitada àquele, pois se os filhos do irmão também forem pré mortos, nada transmitem a seus filhos (sobrinho neto do autor da herança), ainda que colaterais de 4º grau, conforme determina o artigo 1.840 do Código Civil³⁷³.

“Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos dos irmãos”.

Na sucessão dos colaterais, a lei estabelece uma ordem de preferência, consoante o artigo 1.843 *caput*, do Código Civil: *“Na falta de irmãos, herdarão os*

³⁷² Art. 1.612 do CC de 1916. “Se não houver cônjuge sobrevivente, ou ele incorrer na incapacidade do art. 1.611, serão chamados a suceder os colaterais do quarto grau”.

³⁷³ “Na classe dos colaterais, os mais próximos, excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos do irmão”.

filhos deste e, não os havendo, os tios". Ao preferir os sobrinhos e somente na sua falta os tios, embora ostentem o parentesco de terceiro grau, o legislador concedeu privilégios aos tecnicamente mais jovens.

Ao contrário da sucessão dos descendentes, onde impera a igualdade de quinhões, salvo no direito de representação, na sucessão dos colaterais a lei faz uma distinção entre os irmãos bilaterais e os unilaterais do autor da herança, deferindo a estes (unilaterais) a metade do quinhão que receberia aqueles (bilaterais)³⁷⁴.

Do mesmo modo, permanece a diferença de quinhões entre os filhos do irmão bilateral e unilateral, deferindo a estes (unilaterais) a metade do quinhão que receberiam aqueles (bilaterais)³⁷⁵. No entanto, se todos os sobrinhos que concorrerem à herança forem filhos dos irmãos unilaterais, será deferida a herança por igual.³⁷⁶

Inexistindo herdeiros sucessíveis, a herança é declarada vacante³⁷⁷, sendo destinada ao Poder Público³⁷⁸ (Município, Distrito Federal, União). Constava no inciso V do artigo 1.603 do Código Civil de 1916, o Poder Público como herdeiro sucessível. Contestado por muitos, foi suprido do rol dos herdeiros, no entanto mantém direito à percepção da herança na falta dos herdeiros legítimos ou testamentários, com base no artigo 1.844 do Código Civil, que assim dispõe:

"Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao

³⁷⁴ "Art. 1.841. Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar".

³⁷⁵ "§2º do art. 1.843. "Se concorrerem à herança, filhos de irmãos bilaterais com filhos de irmãos unilaterais, cada um destes herdará a metade do que herdar cada um daqueles".

³⁷⁶ §3º do art. 1.843. "Se todos forem filhos de irmãos bilaterais, ou todos de irmãos unilaterais, herdarão por igual".

³⁷⁷ Cf. ORLANDO GOMES, "A declaração judicial da vacância defere a propriedade dos bens arrecadados ao ente público designado na lei, mas não em caráter definitivo." (*Sucessões*, p.74).

³⁷⁸ O Poder Público, não é herdeiro propriamente dito, é arrecadador de bens vagos.

Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal”.

CAPÍTULO X - OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE NA SUCESSÃO LEGITIMÁRIA

Sendo o nosso direito de base romanística, constata-se intensa influência do culturismo romano, impondo limitações ao direito de propriedade e a livre disposição desta, aqueles que possuem herdeiros necessários. Nessa linha o legislador criou uma série de mecanismos com o intuito de proteger as questões patrimoniais familiares, como exemplo; quando proíbe a venda de ascendente à descendente sem a anuência dos demais descendentes e do cônjuge³⁷⁹ do alienante^{380 381}, quando possui herdeiros necessários, ou quando proíbe a doação de mais da metade dos bens do autor da herança,³⁸² ou ainda quando veda o autor da herança a onerar a parte legítima dos herdeiros, seja com cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade ou impenhorabilidade sem a “justa causa”³⁸³. Limitando assim a autonomia de vontade do autor da herança.

10.1 Colação de Bens

A colação tem por fim, conferir as doações legadas em vida pelo autor da herança a herdeiros sucessíveis da primeira classe, a qual presumem ser adiantamento da legítima, para que ao final da partilha, haja a igualdade de quinhões na porção que a lei lhes reserva.

³⁷⁹ “Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem a anuência do outro, exceto no regime da separação absoluta: IV- Fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação”.

³⁸⁰ “Art.496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido”. E art. 533. “Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações...”.

³⁸¹ A necessidade de anuência ocorre apenas nos contratos de venda e compra, não dispensa a colação a doação de ascendente à descendentes, mesmo com a anuência dos demais descendentes.- RESP 17.555/MG nº 1992/0001709-6 – 3. Turma – Min. Rel. DIAS TRINDADE. “Não exige a lei, na doação de ascendente a descendente, a anuência dos demais descendentes”.

³⁸² “Art. 549. Nula é também a doação quando à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”.

³⁸³ “Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.”

ARTUR VASCO ITABAIANA DE OLIVEIRA³⁸⁴, assim conceituou:

“Colação é o ato pelo qual os herdeiros descendentes, concorrendo à sucessão de ascendente comum, são obrigados a conferir, sob pena de sonegados, as doações ou dotes, que dele em vida receberam, a fim de serem igualadas as respectivas legítimas.”

SILVIO RODRIGUES³⁸⁵, por outras palavras:

“Dá-se o nome colação ao ato de retorno ao monte partível das liberalidades feitas pelo de cujus, antes de sua morte, a seus descendentes. Seu fim é igualar a legítima desses herdeiros e do cônjuge sobrevivente”.

Ensina EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE³⁸⁶:

“A origem do vocábulo remonta ao direito romano, provém do termo latino – collatio, oriundo por sua vez do supino – collatum, do verbo conferre, o qual significa, em português, conferir, ajuntar, reunir, trazer juntamente. Por isso se empregam como equivalentes as duas expressões conferir e trazer à colação. Colação e conferência são uma e a mesma coisa em Direito das Sucessões. Colacionar e conferir, colação e conferência são termos sinônimos”.

³⁸⁴ ARTUR VASCO ITABAIANA DE OLIVEIRA, *Tratado de Direito das Sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 275.

³⁸⁵ *Direito Civil – Direito das Sucessões*, 26. ed. atualiz. ZENO VELOSO, São Paulo: Saraiva, volume 7, p. 307.

³⁸⁶ *Comentários ao novo Código Civil – Direito das Sucessões*, art. 1.784 a 2.027, v. XXI, 4. ed. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 749.

De origem romana *collatio*³⁸⁷ sofreu modificações com o passar dos tempos, juntamente com o instituto do poder familiar, antigo pátrio poder, porém não perdeu a sua essência, que foi a de estabelecer a igualdade patrimonial entre os descendentes³⁸⁸.

A abertura da sucessão é o momento para se apurar o valor da legítima. Conforme ensina, GISELDA HIRONAKA³⁸⁹:

“Os bens trazidos à colação não têm o condão de aumentar a parte disponível do acervo hereditário, pelo que não vão beneficiar os herdeiros testamentários, mas apenas os sucessores legítimos. A parte disponível é calculada tendo-se em conta o patrimônio do morto no momento de seu falecimento. Nesse momento estará determinada a parte atribuível a eventuais herdeiros instituídos pela última vontade. Os bens colacionados crescem a parte legítima dessa forma determinada, de modo a que se possa igualar a parte de cada herdeiro legítimo descendente. A “desproporção” entre a parte disponível e a indisponível assim obtida não implica injustiça (CC, art. 2.002, parágrafo único)”.

As doações em adiantamento da legítima serão somadas à porção indisponível (colação)³⁹⁰, sem aumentar a disponível, o total apurado será dividido pelo número de herdeiros sucessíveis. Da quota parte cabente a cada um dos co-herdeiros serão subtraídas as doações anteriores recebendo os créditos quando existirem ou repondo as diferenças, quando elas (doações) avançarem no quinhão de outro co-herdeiro³⁹¹.

³⁸⁷ Cf. EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, “O instituto da colação, de origem romana, passou ao direito visigótico, deste passou ao direito francês, e, através do direito português, passou ao direito pátrio”.(*Comentário ao novo Código*, p. 749).

³⁸⁸ JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, (*Direito Romano* – 4. ed., vol II, Rio de Janeiro: Forense, 2005 p. 447).

³⁸⁹ GISELDA MARIA FERNADEZ NOVAES HIRONAKA E FRANCISCO JOSÉ CAHALI, *Curso avançado de Direito Civil – Direito das sucessões*, vol. 6, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 480.

³⁹⁰ “Parágrafo único do art. 2002. Para cálculo da legítima, o valor dos bens conferidos será computado na parte indisponível sem aumentar o disponível”.

³⁹¹ “Parágrafo único do art. 2.003. Se computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade”.

O momento para se averiguar a porção disponível é a cada ato de disposição a título gratuito, ou seja, o doador não poderá dispor de porção superior à metade de seu patrimônio existente na data da liberalidade³⁹². (art. 549 do Código Civil). Já o cálculo da legítima para efeitos sucessórios, é aquele apurado com base no patrimônio do *de cujus*, na data do óbito.

10.1.1 Bens Sujeitos à Colação

São objeto de colação todos os bens e valores recebidos em doação pelo descendente de seu ascendente comum ou doações feitas em favor do cônjuge, sendo presumidos adiantamento da legítima (art. 544 do Código Civil).

Incluem-se nas doações indiretas³⁹³, os valores fornecidos pelo ascendente ao descendente para: aquisição de bens, pagamento das dívidas, pagamento de fianças, avais prestados, remissões em geral das dívidas, sendo todas aplicáveis também aos cônjuges quando concorrerem na sucessão com os descendentes.

Não se pode deixar de observar que as doações indiretas, realizadas pelo autor da herança, em favor dos descendentes ou do cônjuge, são de difícil comprovação, quando pendente de provas, deverão ser processadas em vias ordinárias.³⁹⁴ Sendo legitimados para exigir a colação dos bens somente àqueles que dela se beneficiarem, ou seja, os co-herdeiros.

³⁹² FLAVIO AUGUSTO MONTEIRO DE BARROS, "Diz-se inoficiosa a doação que, ao tempo da liberalidade, invade a legítima dos herdeiros necessários. Trata-se de um ato inválido, que pode ser impugnado, em vida, pelos herdeiros necessários. O donatário, que pode ou não ser herdeiro necessário, terá de devolver os frutos da parte inoficiosa".

"Em contrapartida, a doação colacionável é um ato jurídico válido. A colação só pode ser feita após a morte do doador. Só é colacionável a doação que se fizer ao cônjuge ou descendente. A colação não incide sobre os frutos do bem doado. Anote-se, por fim, que a doação inoficiosa feita ao cônjuge ou descendente doador também pode ser objeto de colação, se ninguém impugná-la durante a vida do doador". (*Manual de Direito Civil- Família e Sucessões*, vol. 4, São Paulo: Editora Método, p. 297/298.

³⁹³ DOAÇÃO – Simulação – Ocorrência – Imóvel comprado pelos réus com dinheiro doado pelos pais – Fraude à legítima – Colação determinada – Art. 1.785 do Código Civil – Recurso parcialmente provido. JTJ 176/54.

³⁹⁴ COLAÇÃO – Em havendo controvérsia documental sobre valores e direitos adiantados à agravada pelo "de cujus" não caberia a determinação em autos de inventário – Preservação de direitos da pretensão do recorrente à obtenção da pena de sonogados em ação própria – Recurso não provido. (Agravado Instrumento n. 116.611-4 – São Paulo – 3º Câmara de Direito Privado – Relator: Alfredo Miglione – 31.08.99 – V.U.).

10.1.2 Aos que a Lei impõe o Dever de Colacionar

É certo que os herdeiros legitimários têm a reserva da metade de todos os bens do autor da herança³⁹⁵ e para garantir a igualdade dos quinhões hereditários, cabe aos descendentes que receberam doações em vida, levar à conferência os bens e valores tidos como adiantamento da legítima, por ocasião da abertura da sucessão do ascendente comum, fundamentado no princípio de que os herdeiros da mesma classe e grau³⁹⁶, recebem quota igual no que se refere à legítima.

Não incumbe à lei o dever de colacionar a todos os herdeiros, no Código revogado o legislador restringiu a obrigatoriedade somente aos descendentes, sucessíveis³⁹⁷ independente da origem. Agora ao que tudo indica também ao cônjuge. Sendo ele herdeiro necessário deverá colacionar quando concorrer à herança com os descendentes do autor.

Se o fundamento da colação é igualar a legítima dos herdeiros, estão obrigados a conferir todos os descendentes chamados por direito próprio³⁹⁸, e o cônjuge, que tenham sido beneficiados com bens e valores, a título de doação, sem cláusula expressa do doador, de que as liberalidades estejam saindo da sua parte disponível.

O artigo 1.845 do Código Civil elenca o cônjuge no rol dos herdeiros legitimários, e o artigo 1.846 do mesmo diploma legal, tem por escopo garantir a

³⁹⁵ “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge” e “Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos à colação”.

³⁹⁶ Exceção encontrada na sucessão dos ascendentes que herdaram por linhas, independentemente do número de herdeiros. “§2º do art. 1.838. “Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram metade, cabendo à outra aos da linha materna”.

³⁹⁷ Cf. LUIZ EDSON FACHIN e CARLOS EDUARDO PIANOVSKI, “Note-se que o rol daqueles que possuem o dever de colacionar pode ser mais ou menos amplo, consoante a opção do legislador. À guisa de exemplo, pode-se citar o art. 843 do CC francês, o qual prevê que “todo herdeiro”, ainda que beneficiário, que vem à sucessão, deve colacionar a seus co-herdeiros tudo o que recebeu do defunto, por doações entre vivos, direta ou indiretamente(...)”. (*Questões controvertidas no novo Código Civil – Uma contribuição crítica que se traz à colação*, p. 450).

³⁹⁸ O descendente donatário, não estará obrigado a colacionar, se ao tempo da liberalidade não seria chamado à sucessão do seu ascendente, pois presume-se imputada na parte disponível do autor da herança. (parágrafo único do art. 2.005 CC).

estes herdeiros a metade de todos os bens do autor da herança, que constitui a legítima. Sendo a colação o meio para alcançar a divisão igualitária desta.

No entanto, silenciou o legislador quanto à obrigatoriedade do cônjuge colacionar as doações recebidas em vida do seu finado consorte. Tornando necessária a interpretação dos artigos correlacionados.

Observa EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE³⁹⁹:

“A impressão inicial, dada pela lei civil, é a de que apenas os descendentes e o donatário deveriam colacionar. O cônjuge sobrevivente teria o direito de exigir a conferência das liberalidades para resguardar a sua quota legítima, mas, tal como o ascendente, não estaria compelido a conferir o valor da doação recebida em vida pelo de cujus. Entretanto, se atentarmos ao disposto no já citado artigo 544 do Código Civil, a exegese pende, necessariamente, em direção oposta: se estão obrigados a conferir os que receberam adiantamento da legítima, tanto o descendente quanto o cônjuge sobrevivente, por força dos artigos 544, 2.002 e 2.003, são obrigados a colacionar o valor da doação”.

Da leitura do artigo 2.002⁴⁰⁰, somente os descendentes estariam obrigados a colacionar: da leitura do artigo 2.003⁴⁰¹ ambos do Código Civil, ao cônjuge é assegurada a igualdade da legítima. Pela literalidade dos dois artigos, parece ter o cônjuge o direito de exigir a colação, sem, no entanto, estar obrigado a colacionar, mas o artigo 544 do mesmo Código⁴⁰², também define como adiantamento da legítima as doações de um cônjuge ao outro.

³⁹⁹ *Comentário ao novo Código*, p. 760.

⁴⁰⁰ “Art. 2.002. Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação”.

⁴⁰¹ “Art. 2.003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e a do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuísem os bens doados”.

⁴⁰² “Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança”.

Cabe destacar que só tem adiantamento da legítima aqueles que têm a obrigação de colacionar⁴⁰³, assim, da leitura conjunta dos artigos, pode-se extrair que o cônjuge estará obrigado a colacionar, pelo menos quando concorrer com os descendentes do autor da herança.

No mesmo sentido, SILVIO RODRIGUES⁴⁰⁴:

“Se a doação de um cônjuge a outro importa adiantamento de legítima, o donatário, logicamente, deve trazer o valor do bem doado à colação. Pelo art. 544, então, estaria o cônjuge obrigado a conferir. Mas o art. 2.002 diz que só os descendentes têm essa obrigação. Evidentemente esses dois artigos estão em franco conflito; há contradição entre as normas dos arts. 544 e 2.002 do Código Civil brasileiro. E para dar sentido ao disposto no art. 544, sendo a doação de um cônjuge a outro considerada adiantamento da legítima, não há como fugir da conclusão, numa interpretação sistemática, compreensiva, que o cônjuge deve trazer à colação o valor da doação que, em vida, recebeu do outro cônjuge”.

O princípio da colação é igualar a legítima dos herdeiros, contudo, comporta reserva de quotas diferenciadas quando previstas em Lei. Sendo o cônjuge herdeiro necessário concorrente com os descendentes exclusivos ou não do *de cuius*, terá direito à sua porção igualitária, mas quando concorrente com três ou mais descendentes, sendo pelo menos um comum⁴⁰⁵ terá reserva mínima da quarta parte da herança⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Cf. MARIA HELENA DINIZ, aponta o defeito da técnica legislativa ao redigir os artigos comentados. “Ora, como só é obrigado a conferir quem recebeu adiantamento da legítima, no caso o cônjuge sobrevivente e os filhos, por força dos arts. 544 e 2.003, parágrafo único do Código Civil, há aqui, um defeito de técnica legislativa e uma contradição normativa entre os arts. 2.002, 2.003 e 544. Com isso, concluímos que haverá colação quando houver adiantamento da legítima; logo descendentes e cônjuge sobrevivente, por força das liberalidades inter vivos recebida, deverão conferir o valor da doação sob pena de sonegação e de perder o direito que sobre os bens herdados lhes caiba (CC, art. 1.992)”. (*Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões*, 6. vol., 19 ed. São Paulo, 2005, p.403).

⁴⁰⁴ *Direito Civil*, p. 311.

⁴⁰⁵ Cf. FRANCISCO JOSÉ CAHALI, “E assim se posiciona pela interpretação do texto: sendo a prole só do falecido, a participação é uma; mas, se o sobrevivente for ascendente dos herdeiros com que concorrer, está abrangida a situação

Importante lembrar que a igualdade mitigada é dos descendentes em relação ao cônjuge. O que jamais poderá ocorrer é a desigualdade entre os descendentes que sucedem por cabeça⁴⁰⁷.

Não há mais dúvidas que o cônjuge deverá colacionar; aceitar posição contrária seria ferir o princípio maior do instituto da colação, que é alcançar a maior igualdade possível entre os herdeiros e nesse sentido escreveu o autor português, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO⁴⁰⁸:

“Não é pelo fato de um herdeiro ser legitimário que se verifica a colação. Assim, os ascendentes são legitimários, e não estão sujeitos à colação. Mas é chocante que o cônjuge concorra com os descendentes, e estes estejam sujeitos à colação e o cônjuge não. Para além de uma posição já tão injustamente beneficiada, dar-se-lhe-ia ainda a vantagem de não entrar em conta com liberalidades em vida, em que da mesma forma não há que presumir que o autor da sucessão tenha querido desigualar ainda mais os descendentes e o cônjuge. (...)” Nada nos permite detectar uma intenção de excluir o cônjuge da colação. A lacuna preenche-se nos termos gerais do direito. Neste caso, por analogia, uma vez que se verifica, perante o cônjuge, que há as mesmas razões de decidir. Isso não tira que todo o articulado sobre a colação tenha sido traçado tendo em vista os descendentes apenas. Haverá agora que fazer as adaptações necessárias para integrar também o cônjuge. III- O cônjuge só está sujeito à colação quando concorre com os descendentes. Não está quando intervém sozinho,

híbrida, devendo pois, ser reservada sua parcela mínima de $\frac{1}{4}$ na herança, pois não fala a lei em ascendente de todos os herdeiros com quem disputar, ou único ascendente dos sucessores”. FRANCISCO JOSÉ CAHALI e GISELDA HIRONAKA (*Curso avançado de Direito Civil – Direito das Sucessões*, 2. Ed., vol 6, p.216.

⁴⁰⁶ “Art. 1.832 do CC. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”.

⁴⁰⁷ “Art. 1.834. Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.” Aqui cabe uma observação, os descendentes são da mesma classe, o que o legislador pretendeu, é a igualdade dos descendentes do mesmo grau.

⁴⁰⁸ *Direito Civil das Sucessões*, 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.531 e 532.

pois não teria sentido, nem quando concorre com ascendentes, pois também não estão”

Porém, o autor admite que o cônjuge, apesar de herdeiro necessário, posicionado na terceira classe na ordem de vocação hereditária, e concorrente nas primeiras classes, deverá colacionar somente quando concorrer com os descendentes.

Devem colacionar ainda, os beneficiários dos herdeiros renunciantes e excluídos (indignidade ou deserção)⁴⁰⁹ da herança, assim como os cessionários, dos bens adquiridos do cedente no inventário de seu ascendente ou cônjuge, que estariam obrigados a colacionar, pois ficam sub-rogados nos direitos e deveres daquele.

Incumbe também nesse dever, o neto chamado a suceder o seu avô, representando o pai, pré morto ou excluído (indignidade ou deserção), os bens recebidos pelo seu pai em adiantamento da legítima ainda que dele não os tenha herdado⁴¹⁰, conforme SILVIO RODRIGUES⁴¹¹:

“ A regra se inspira na idéia de que o representante recebe tudo o que o representado receberia, mas apenas o que ele receberia (CC, art. 1.845). Ora, se o neto ficasse dispensado de conferir as doações recebidas por seu pai apenas porque estas não lhes vieram às mãos, seu quinhão na herança do avô, excederia ao cabente a seu pai, o que destoa do princípio acima proclamado, de que ao representante só cabe o que caberia ao representado”.

⁴⁰⁹ Art. 1.015 do CPC. O herdeiro que renunciou à herança ou o que dela foi excluído não se exime pelo fato da renúncia ou da exclusão, de conferir, para efeito de repor a parte inoficiosa, as liberalidades que houve do doador”.

⁴¹⁰ Art. 2.009. Quando os netos, representando os seu pais, sucederem aos avós, serão obrigados a trazer à colação, ainda que não a hajam herdado, o que os pais teriam de conferir”.

⁴¹¹ *Direito Civil – Direito das Sucessões*, p. 309.

O Código Civil de Macau⁴¹², no ano de 1999, ainda sob o domínio da República Portuguesa editou pelo Decreto Lei nº 39/99/M e Decreto Lei nº 48/99/M, disposição no seu artigo 1.945º, a colação do cônjuge, juntamente com os descendentes, a qual apresenta o seguinte teor:

*“1. Os descendentes e o cônjuge sobrevivente que pretendam entrar na sucessão, respectivamente, do ascendente e do cônjuge devem restituir à massa da herança, para igualação da partilha, os bens ou valores que lhes foram doados pelo falecido: esta restituição tem o nome de colação.
2. São havidas como doação, para efeitos de colação, as despesas referidas no artigo 1951º”.*

No período da *vacatio legis*, o Dep. Ricardo Fiúza através do Projeto de Lei n. 6.960, propôs a alteração do artigo 2.002 do Código Civil, com redação elaborada por Zeno Veloso, com o seguinte teor:

“Art. 2.002. Os descendentes que concorrem à sucessão do ascendente comum, e o cônjuge sobrevivente, quando concorrer com os descendentes, são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que em vida receberam do falecido, sob pena de sonegação”.(NR)

10.1.3 Dispensa da Colação

Nem sempre os bens doados ao herdeiro da primeira classe ou ao cônjuge deverão ser colacionados, conforme disposto no artigo 2.005 do Código Civil, essa excludente somente é possível quando houver declaração expressa do doador no próprio título da doação ou no testamento válido, de que os bens doados fazem parte do seu acervo disponível, assim, desobrigando os herdeiros donatários de

⁴¹² Disponível em < [http: www.gjmaca.gov.mo/html/legismac/index.asp](http://www.gjmaca.gov.mo/html/legismac/index.asp) (acesso em 17/12/2006).

levarem os bens à colação, desde que se retenha na parte disponível, conforme explica ZENO VELOSO⁴¹³:

“A regra de que a doação é feita como adiantamento da legítima não é absoluta, cogente, inafastável, pois o ascendente pode dispensar da colação as doações feitas ao descendente, se o herdeiro necessário, determinando que saiam de sua metade disponível, contanto que não a excedam, e computando o seu valor ao tempo da doação (art. 2.003, parágrafo único). Porém se o ascendente silenciar, se não fizer a dispensa da colação, mandando embutir o que foi doado na sua parte disponível, a regra do artigo 544 incide”.

Nesta dispensa também recaem as doações feitas a descendente que, ao tempo da liberalidade, não seriam chamados à sucessão do doador⁴¹⁴, o exemplo é de SILVIO RODRIGUES⁴¹⁵:

“Assim, por exemplo, se, à época em que era vivo seu pai, um neto recebe doação do avô, não terá de trazer o valor da doação à colação se, futuramente for chamado à sucessão do seu avô, pois na ocasião em que a doação foi feita, esse neto não seria chamado, na qualidade de herdeiro necessário, à sucessão do doador. Noutra hipótese, se o pai desse neto donatário for chamado à sucessão do ascendente, não terá de conferir o que este, em vida, doou ao neto”.

No mesmo sentido ORLANDO GOMES⁴¹⁶:

“Sendo donatário do avô, somente são obrigados a conferir se concorrerem com outros netos por direito próprio. Ressalte-se que o neto somente

⁴¹³ *Comentários ao Código Civil- Direito das Sucessões*, v. 21. São Paulo: Saraiva, p. 405.

⁴¹⁴ Parágrafo único do art. 2005. Presume-se imputada na parte disponível a liberalidade feita a descendente que ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário”.

⁴¹⁵ *Direito Civil*, vol. 7, 26. ed atualiz. por Zeno Veloso, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 310.

⁴¹⁶ *Sucessões – atualiz.* Mario Roberto Carvalho de Faria, 12. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004 p. 290.

conferirá o bem doado se ao tempo da liberalidade fosse chamado à sucessão do doador. Caso contrário, reza o parágrafo único do artigo 2.005 que a doação presumir-se-á imputada na parte disponível do doador”.

Sendo o regime de bens do casal um dos fatores determinantes para a concorrência sucessória do cônjuge na primeira classe, como proceder com as doações realizadas de um cônjuge a outro, quando o regime primitivo era o da não participação, com alteração para um dos regimes participantes no momento da abertura da sucessão do doador?

Poderia proceder à aplicação por analogia do parágrafo único do artigo 2.005, do Código Civil⁴¹⁷, presumindo sair da parte disponível do doador a liberalidade realizada ao cônjuge quando, este ao tempo da doação, não seria chamado à sucessão.

Os ascendentes ainda que herdeiros necessários, não têm o dever de colacionar, assim, quando o cônjuge concorrer com essa classe de herdeiros a ele também não será exigido, esta tem sido a posição quase unânime da doutrina.

Em posição isolada em contrário, ANA CRISTINA DE BARROS MONTEIRO FRANÇA PINTO⁴¹⁸, coloca em dúvida a dispensa da colação dos ascendentes, quando concorrerem com o cônjuge sobrevivente:

“Quanto aos ascendentes, porém a lei nada menciona. Contudo, o cônjuge sobrevivente, quando herdeiro necessário, e chamado a suceder em concorrência com os ascendentes, poderá ter o seu quinhão desfalcado em decorrência de liberalidade que aos sogros tenha sido feita. Nessas circunstâncias, parece que também ascendentes estão obrigados a conferir as doações recebidas”.

⁴¹⁷ Parágrafo único do art. 2.005. “Presume-se imputada na parte disponível a liberalidade feita a descendentes que ao tempo do ato, não seriam chamado à sucessão na qualidade de herdeiros necessários”.

⁴¹⁸ WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões*, atual. Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 316

Para nós, não parece ser a posição mais correta, os ascendentes jamais colacionam entre eles e assim, também não deverão colacionar quando concorrerem com o cônjuge do *de cuius*.

A colação é regra, sendo a dispensa a exceção, assim somente quando previstos em Lei, conforme o artigo 2.010 do Código Civil⁴¹⁹, são entendidos como insuscetíveis de serem conferidos, os gastos ordinários de ascendente com o seu descendente menor, sendo inerentes ao poder familiar, decorrente do dever de sustento dos pais em relação aos filhos menores ou incapazes, assim como os gastos com festividades do casamento e gastos na defesa em processo crime dos descendentes. Sendo ainda excluídas, as doações remuneratórias, em troca dos serviços prestados, desde que obedecidos os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

Não se submetem à colação, por declaração expressa no § 2º do artigo 2.004 do Código Civil, ao contrário do previsto anteriormente no parágrafo único do artigo 1.014 do Código de Processo Civil⁴²⁰, as benfeitorias⁴²¹ realizadas pelo donatário, pois a este coube o ônus da realização, bem como a ele pertencem os lucros e rendimentos produzidos pela coisa, assim como correm por sua conta as perdas e danos.⁴²²

Assim como as benfeitorias, os frutos da coisa doada não são objeto da colação, pertencem de pleno direito ao donatário, nada tendo que restituí-las ao monte partível, com escólio de MARIO ROBERTO CARVALHO DE FARIA⁴²³:

⁴¹⁹ “Art. 2.010 Não virão à colação os gastos ordinários do ascendente com o descendente, enquanto menor, na sua educação, estudos, sustento, vestuário, tratamento nas enfermidades, enxoval, assim como as despesas de casamento, ou feitas no interesse de sua defesa em processo crime”.

⁴²⁰ “Parágrafo único – do art. 1.014 do CPC – Os bens que devem ser conferidos na partilha, assim como as acessões e benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão”.

⁴²¹ Cf. SILVIO RODRIGUES, “A colação só abrange os bens doados, não alcança, como é óbvio, as benfeitorias acrescidas, pois sendo estas acessórias da principal, pertencem aos herdeiros (...)”. (*Direito de Família*, p. 315).

⁴²² “Art. 2.004. O valor de colação dos bens doados será aquele, certo ou estimativa que lhes atribuir o ato de liberalidade. § 2º Só o valor dos bens doados entrará em colação; não assim o das benfeitorias acrescidas, as quais pertencerão ao herdeiro donatário, ocorrendo também à conta deste os rendimentos ou lucros, assim como os danos e perdas que eles sofrerem”.

⁴²³ MARIO ROBERTO CARVALHO DE FARIA, *Direito das Sucessões, Teoria e Prática* 3.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

“As liberalidades já feitas em vida constituem negócios jurídicos perfeitos e que já produziram seus efeitos legais. Por conseguinte, os frutos dos bens doados não são objeto de colação, pertencem ao donatário”.

O perecimento do bem recebido em doação, sem culpa do donatário, também ficaria isento da colação, provado que o bem teria perecido mesmo que estivesse com o doador, mas, eventuais indenizações recebidas se sub-rogam para efeitos de colação, é a lição do CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA⁴²⁴:

“Se a coisa perece sem culpa do beneficiário, não está sujeito a conferir-lhe o valor no inventário do donante, vigorando a praesumptio de que ocorreria ainda que a doação se não tivesse cumprindo, mas, se culposa a perda, subsiste a obrigação de colacionar o valor da coisa ou a sua estimativa. Dúvida existe, todavia, na hipótese de ter sido o objeto segurado, com a indagação se o valor recebido se colaciona. Na afirmativa, argumenta-se que a indenização se sub-roga no lugar da coisa e se sujeita ao mesmo destino dela”.

Também há dispensa da colação quando houver a partilha em vida do ascendente,⁴²⁵ com a devida concordância dos herdeiros ou partilha por disposição de última vontade⁴²⁶, em ambos os casos, desde que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

Aqui não há doação e sim uma distribuição entre os herdeiros. Inexistindo doação não há que se falar em adiantamento da legítima e conseqüentemente não há colação. Se o hereditando não deixou outros bens também não haverá o

⁴²⁴ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol.VI, Rio de Janeiro: Forense, p. 210/211.

⁴²⁵ INVENTÁRIO – Colação de bens – Inadmissibilidade, se tratar de partilha em vida e não de doação de ascendente para descendente – Inaplicabilidade do art. 1.786 do CC (TJMG) RT 761/352.

INVENTÁRIO – Colação – Dispensa – Partilha em vida e distribuição equânime dos bens, com a concordância dos herdeiros – Irrelevância da falta de expressa dispensa por parte do doador – Art. 1.776 do Código Civil – Recurso provido JTJ 129/311.

⁴²⁶ “Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários”.

inventário, se ao contrário, existirem outros bens, serão inventariados estes, sem levar ao inventário os bens já partilhados⁴²⁷.

O tema da colação no Direito Brasileiro comporta uma unanimidade, é apontado por todos os doutrinadores como tema de infindáveis divergências, disciplinado no Código revogado de modo a gerar dúvidas insolúveis. Perdeu o legislador atual a oportunidade de colocar fim a estas controvérsias, e criou outras tantas, tratando de modo obscuro a colação do cônjuge, e ao estabelecer o critério avaliativo da colação pela imputação do valor ao tempo da liberalidade não previu correção dos valores, prejudicando a própria essência do instituto da colação.

Para colocar fim a esse impasse, o Projeto de Lei n. 4.944/05, por sugestão do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), apresentado pelo Dep. Antônio Carlos Biscaya, sugere a alteração do artigo 2.003 do Código Civil, para que passe a vigorar com a seguinte redação:

“A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuíam os bens doados.

Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha os donatários, pelo seu valor ao tempo da liberalidade.” (NR)

⁴²⁷ Porém não se pode confundir, a partilha em vida, da doação com o consentimento dos demais herdeiros, pois estas não afastam a obrigatoriedade de colacionar os bens recebidos em adiantamento da legítima por ocasião da abertura da sucessão do doador, conforme julgado. DOAÇÃO – Colação – Necessidade – Liberalidade feita com o consentimento dos outros herdeiros – Irrelevância – Colação determinada - Artigo 1.785 do Código Civil – Recurso provido. A alegada anuência dos herdeiros filhos ao ato da doação não exime o herdeiro donatário do cumprimento do disposto no artigo 1.785 do Código Civil, com a finalidade de igualar as legítimas. (Rel: Algreto Miglione – Agravo de Instrumento n. 207.607-1 Santo André – 21.09.93).

CAPÍTULO XI - CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE DIREITO

Consagrando o direito de legítima do herdeiro necessário, o legislador do Código, restringiu o poder do testador em onerar os bens que compõem a reserva do herdeiro legitimário, a imposição restritiva somente é possível quando houver a justa causa,⁴²⁸ declarada no próprio testamento⁴²⁹.

Ainda que o testamento tenha sido elaborado na vigência do revogado Código⁴³⁰, as exigências propostas por nova lei devem ser atendidas, com base no artigo 2.035 das Disposições Finais e Transitórias do Código Civil vigente.

“A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no artigo art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução” (grifei)

As modificações normativas, restritivas ou não de direito, incidem também sobre os testamentos confeccionados na vigência da norma anterior, pois a sucessão testamentária é regida pelas normas vigentes ao tempo da abertura da sucessão⁴³¹. Conforme ensina FRANCISCO JOSÉ CAHALI⁴³²:

⁴²⁸Cf. Art. 1.848 do CC. “Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima”.

⁴²⁹ Os testamentos confeccionados durante a égide da lei revogada, tiveram o prazo de um ano após o início da vigência da Lei nova, para serem aditados, sob pena de não subsistirem as cláusulas restritivas de direito. Ultrapassado esse período, não subsistem tais restrições sem a devida justa causa. Conforme o artigo 2.042 das Disposições Finais e Transitórias do Código Civil de 2002. “Aplica-se o disposto no caput do art. 1.848, quando aberta a sucessão no prazo de 1 (um) ano após a entrada em vigor deste Código, ainda que o testamento tenha sido feito na vigência do anterior, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916; se, no prazo, testador não aditar o testamento para declarar a justa causa da cláusula aposta à legítima, não subsistirá a restrição”.

⁴³⁰ A capacidade ativa de testar é exigida quando da feitura do testamento, a capacidade passiva se tem por verificada no momento da abertura da sucessão.

⁴³¹ Entretanto a capacidade ativa do testador deve ser atestado no momento da celebração do testamento. Conforme dispõe; “Art. 1.861. A incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade”.

⁴³² (Curso avançado, p.45)

“(...) se novas leis introduzem ou modificarem restrições ao direito de testar, valerão as regras vigentes na abertura da sucessão, independente da data da celebração do testamento, igual princípio se aplicando à norma criadora de outros direitos decorrentes do falecimento⁴³³...”

As cláusulas restritivas de direito são encontradas nas modalidades de:

i) inalienabilidade; ii) incomunicabilidade e iii) impenhorabilidade

A cláusula de inalienabilidade⁴³⁴ encontra-se no sistema da indisponibilidade da coisa gravada de ônus real, permanecendo seu proprietário sem o direito de aliená-lo⁴³⁵, porém a abrangência da vedação, importa também a doação⁴³⁶, a permuta, a hipoteca do bem clausulado⁴³⁷.

Violados quaisquer desses preceitos, como sanção, são acometidos de nulidade do negócio, excetuando somente os casos de desapropriação por

⁴³³ Exemplifica o autor em nota de rodapé: “Por exemplo, o Estatuto da Mulher Casada, datado de 27.08.1962 (Lei 4.121) introduziu o usufruto viual e o direito real de habitação ao cônjuge (§§ 1º e 2º do art. 1.611, CC/1916); por sua vez, a Lei 8.971/94 criou o usufruto em favor do companheiro sobrevivente, e a Lei 9.279/96 estendeu a este o direito real de habitação”.

⁴³⁴ De histórico remoto, já era encontrado no direito romano, no direito luso-brasileiro previsto nas Ordenações, passando à Lei nº 1.839 de 31 de dezembro de 1907 (Lei Feliciano Pena), dispôs no art. 3º: “O direito dos herdeiros, mencionados no artigo precedente, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras espécies os bens que constituírem a legítima, prescreva-lhes a incomunicabilidade, atribua à mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentária e, na falta desta, a transferência dos bens aos herdeiros legítimos, desembaraçados de qualquer ônus”. Essa lei facultou ao ascendente, impor a conservação dos bens da legítima em bens de outras espécies e submetê-los às cláusulas de incomunicabilidade, de livre administração da mulher herdeira e de inalienabilidade temporária ou vitalícia. Aumentou ainda para ½ a quota disponível do testador, diminuindo conseqüentemente a quota reservatória dos herdeiros necessários, e inverteu a ordem de vocação hereditária transferindo o cônjuge para o terceiro lugar e os colaterais para o quarto lugar e limitou até o sexto grau o parentesco sucessível na ordem de vocação hereditária. Esse artigo de Lei teria gerado o art. 1.723 do Código Civil de 1916. Ao prescrever a cláusula de incomunicabilidade à mulher herdeira a sua livre administração bastava a vontade do testador, sem expressar os motivos. Mas para estabelecer a inalienabilidade temporária ou vitalícia era necessário expressar os motivos, as circunstâncias, as hipóteses ou a causa porque a estabelece.

⁴³⁵ Cf. SILVIO RODRIGUES, “A cláusula de inalienabilidade é a disposição imposta pelo autor de uma liberalidade, determinando que o beneficiário não pode dispor da coisa recebida, de sorte que o domínio que o beneficiário recebe é um domínio limitado, pois, embora tenha ele a prerrogativa de usar, gozar e reivindicar a coisa, falta-lhe o direito dela dispor”. (*Direito civil – Direito das sucessões*, 26. ed. atualiz. por ZENO VELOSO vol VII, São Paulo: Saraiva, 2003,p190).

⁴³⁶ Cf. CARLOS ALBERTO DABUS MALUF “as cláusulas de inalienabilidade encontram-se quase que exclusivamente nos institutos da doação e disposições testamentárias e raramente nas alienações onerosas. Pois a introdução da cláusula restritiva nos negócios onerosos, além de provocar a diminuição do preço da coisa levaria a negação do princípio de que o patrimônio do devedor é a garantia de sua dívida”. (*Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*, São Paulo: Saraiva, 1986, p.6).

⁴³⁷ ORLANDO GOMES. “O efeito substancial consiste na proibição de alienar o bem clausulado. Impedido fica o proprietário de praticar todo ato de disposição pelo qual o bem passe a pertencer a outra pessoa. Numa palavra, não pode transferi-lo voluntariamente. Esta proibição em suma, de vendê-lo, doá-lo, permutá-lo, ou dá-lo em pagamento. Entende-se a proibição aos atos de alienação eventual, não lhe sendo permitido, por conseguinte, hipotecá-lo ou dá-lo em penhor. É controvertido se pode limitar sua propriedade mediante a constituição de outros direitos reais, como usufruto, o uso e a habitação. Pela afirmativa porque não implicam alienação”. (*Sucessões*, 12.ed. atualiz. MÁRIO ROBERTO CARVALHO DE FARIA, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.174).

necessidade pública, execução por impostos e dívidas provenientes do próprio imóvel ou quando sub-rogados com ordem judicial⁴³⁸.

O testador ao impor a cláusula de inalienabilidade, tenta proteger o patrimônio do beneficiário, da possível inexperiência ou até mesmo da prodigalidade, que poderiam levá-lo a ruína.

O resgate e o interesse da justa causa na inalienabilidade tem o seu fundamento, pois, podem colocar um bem fora do comércio, por longo período, e não seria justo esse ônus ao beneficiário, se não houver um real motivo.

Motivo esse, que o legislador não especifica, concedendo amplo caráter subjetivo, de foro íntimo ao testador, o que pode gerar discussões, em última instância, deixando ao critério do juiz a análise do caso concreto, e por óbvio, este reconhecendo ausência de justa causa, deve considerar não escrita a disposição⁴³⁹.

CLÓVIS BEVILAQUA⁴⁴⁰, na vigência do Código revogado ensinava que não existem inalienabilidades perpétuas, podem no máximo durar por uma geração, ou seja, enquanto viver o beneficiário do bem gravado.

Consolidando a opinião dominante da doutrina e jurisprudência⁴⁴¹ durante a vigência do Código anterior, a cláusula de inalienabilidade agora por expressa disposição implica a incomunicabilidade e impenhorabilidade⁴⁴².

⁴³⁸ Dá-se a sub-rogação dos bens que clausurados de inalienabilidade, para outro bem de propriedade do donatário ou herdeiro. Conforme o Parágrafo único do art. 1.911 do CC. "No caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros".

⁴³⁹ Cf. GISELDA HIRONAKA. Disposições Testamentárias, *Curso Avançado de Direito Civil*, p.339

⁴⁴⁰ "A inalienabilidade não pode ser perpétua. Há de ter uma duração limitada. O Código Civil somente a permite temporária ou vitalícia. Os vínculos cuja duração se estendam além da vida de uma pessoa são condenados. A inalienabilidade imobiliza os bens, impede a circulação normal das riquezas; portanto antieconômica, do ponto de vista social". (*Direito das Sucessões*, 5.ed., Editora Francisco Alves, 1951).

⁴⁴¹ Súmula nº 49 do STF. "A Cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens".

⁴⁴² Art. 1.911 do CC. "A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade implica impenhorabilidade e incomunicabilidade".

Apesar da cláusula de inalienabilidade incluir a cláusula de incomunicabilidade, o contrário não é verdadeiro, esta pode ser instituída isoladamente, ficando a propriedade do bem incomunicável porém sem sofrer restrições do poder de alienação ou disposição⁴⁴³.

Pela cláusula de incomunicabilidade o testador pode estabelecer que a legítima do herdeiro necessário, qualquer que seja o regime de bens do casamento, não entre na comunhão, permanecendo como patrimônio exclusivo do herdeiro⁴⁴⁴.

O Código revogado, ainda estabelecia no artigo 1.723 a prerrogativa da cláusula de incomunicabilidade vir acompanhada da livre administração do bem pela mulher herdeira, evitando assim a administração dos frutos pelo marido, artigo sem correspondência no Código vigente.

Porém, a cláusula de incomunicabilidade não afeta o direito sucessório do cônjuge, porque o regime de bens vigora enquanto subsistir a sociedade conjugal. O Direito Sucessório regula a transmissão do patrimônio do *de cujus* aos herdeiros. Sendo o cônjuge herdeiro legítimo, subsiste no seu direito hereditário sobre os bens gravados com ônus da incomunicabilidade.

Neste sentido , o julgado do TJ/SP nº 23.515-1/1982, na sua 5ª Câmara Civil:

“(…)

A viúva de C. ingressou no inventário de seus sogros, pleiteando seu reconhecimento da qualidade de herdeira, pois, com o falecimento do marido, herdeiro naqueles inventários, com o casal não possuindo filhos,

⁴⁴³ Cf. PONTES DE MIRANDA, “Nem todos os bens incomunicáveis são inalienáveis, mas todos os bens inalienáveis são incomunicáveis”. (*Tratado de Direito de Família – Direito matrimonial* v. 11 Editora Max Limonad, 1947, p. 243).

⁴⁴⁴ Cf. CÁIO MARIO DA SILVA PERREIRA, “É a cláusula segundo a qual o bem permanece no patrimônio do beneficiado, sem constituir coisa comum ou patrimônio comum, no caso de casar-se sob o regime da comunhão de bens”. (*Instituições de direito civil, Direitos reais*, Rio de Janeiro: Forense 2000).

figura como a única herdeira do marido, tendo no inventário do marido já descrito como bens deixados o quinhão hereditário nos inventários do pai e mãe.

O douto Juiz deferiu o pedido, mas com isso não se conformaram os herdeiros restantes, irmãos do falecido C., e agravaram de instrumento dizendo que legítima de C. ficou gravada por testamento, com cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade.

(...)

Não tem razão as agravantes e o agravo não pode ser provido.

A agravada mostra que assim já entendiam os eméritos Epitácio Pessoa e Clóvis Bevilacqua, aos quais foi submetida exatamente a questão objeto desse agravo, com eles respondendo que a incomunicabilidade não impedia que houvesse posterior sucessão.

(...)

O acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu caso semelhante e deixou claro: “O magistrado, impressionado com a cláusula de incomunicabilidade dos bens, imposta em testamento, entendeu que a herança de D.A. não poderia caber ao marido C., embora tivesse ele sobrevivido à mulher. Tal decisão, não de negar, fere texto expresso de nossa lei civil e se manifesta ao arrepio da jurisprudência de nossos Tribunais (art. 1.612 do CC., com a modificação feita pelo Dec. Lei 9.416/46- RF 41/424; Minas Forense, 76/516). O cônjuge sobrevivente é o herdeiro do pré morto, qualquer que seja o regime de casamento e, desde que não haja desquite e falem descendentes e ascendentes”(in Inventários de Partilhas, de Wilson Bussada, p. 228).

(...)

Como se vê, os bens não se comunicam por força da cláusula testamentária, mas no momento em que o cônjuge vem a falecer, estando casado e não deixando herdeiros necessários, seus bens passam para o seu herdeiro na ordem de vocação hereditária, que é o cônjuge sobrevivente. Pelo não provimento é o parecer.)”

Aqui pudemos verificar que mesmo gravada com a cláusula de incomunicabilidade, a herança do morto é transmitida ao cônjuge sobrevivente se preencher os requisitos legais, porque o impedimento se restringe às relações econômicas do casal na constância do casamento, nada interferindo na sucessão hereditária sobre estes bens. A cláusula de incomunicabilidade que grava o bem deixado por testamento tem efeito durante a vida do beneficiário.

De acordo com WHASHINGTON DE BARROS MONTEIRO⁴⁴⁵:

“...com o óbito do favorecido, extingue-se o ônus e para o seu cancelamento basta a simples petição dirigida ao juiz competente, que a deferirá depois da audiência do curador de resíduos. Com a morte do donatário, ou do herdeiro, passam os bens, inteiramente livres e desonerados, aos respectivos sucessores...”

A cláusula de impenhorabilidade consiste em estabelecer que o bem gravado não possa ser objeto de penhora por dívida contraída pelo seu titular.

Apesar das cláusulas de inalienabilidade e de impenhorabilidade serem cláusulas autônomas⁴⁴⁶, na cláusula de inalienabilidade está implícita a cláusula de impenhorabilidade.

⁴⁴⁵ *Curso de Direito...*, p.152.

⁴⁴⁶ Cf. CÁIO MARIO DA SILVA PEREIRA, “Questão controvertida e objeto de vivas polêmicas, foi se a inalienabilidade implica necessariamente a impenhorabilidade. Num e noutro sentido alinham-se juristas de todo o porte, com boa sorte de argumentos, salientando-se que se o proprietário do bem gravado não o possa transferir por ato próprio, porém, lhe seja permitido contrair dívidas pelas quais responda ele independentemente do gravame, fácil será abordar as restrições. São cláusulas autônomas, assim em razão do seu interesse social como dos seus efeitos. A de inalienabilidade tem em vista por fora do comércio o bem por ato do adquirente. A impenhorabilidade visa subtrair o bem à sua qualidade de garantia dos credores. Uma tem por efeito negar ao titular a faculdade de dispor, outra recusa aos credores a sua apreensão judicial para satisfação de obrigação”. (*Instituições...*, p. 78).

CAPÍTULO XII - EXCLUSÃO DA HERANÇA

Aos herdeiros necessários é assegurada a legítima, só podendo ser privado desta, através do instituto da deserdação⁴⁴⁷ ou da indignidade⁴⁴⁸. Na ordem de vocação, os colaterais também são herdeiros facultativos. O fato de privá-los de uma simples expectativa não caracteriza a deserdação⁴⁴⁹, pois a deserdação é meio idôneo a afastar somente os herdeiros necessários.

Ainda que o herdeiro ostente a legitimidade (esteja apto) a receber a herança, seja na sucessão legítima⁴⁵⁰ ou testamentária⁴⁵¹, ele pode ser afastado da sucessão. Não se trata dos não legitimados (inaptidão), como é o caso do comoriente⁴⁵², das sociedades de fato, as pessoas jurídicas estrangeiras em se tratando de bens imóveis ou daqueles que são vedados em lei⁴⁵³. Na verdade, trata-se de um herdeiro legitimado, mas impedido de receber a herança, por ter sido dela excluído.

O Capítulo VI, do Título I, do Livro V, do Código Civil de 2002, recebeu o título “Dos Excluídos da Sucessão”, substituindo o antigo texto “Dos que não podem suceder”.

⁴⁴⁷ A deserdação ocorre por vontade do autor da herança para afastar herdeiro necessário, fundada em motivo legal.

⁴⁴⁸ Por este instituto, podem ser afastados herdeiros necessários, facultativos, testamentários ou legatários, independe da manifestação do autor da herança; as razões estão cominadas pela lei.

⁴⁴⁹ GISELDA HIRONAKA, (*Curso avançado de Direito Civil*, 2. Ed. vol.6 p. 366).

⁴⁵⁰ “Art. 1798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

⁴⁵¹ “Art. 1799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I- Os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;”.

⁴⁵² “Art. 8º. Se 2 (dois) ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos”.

⁴⁵³ “Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: I- a pessoa que a seu rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge, nem o seu companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; II- as testemunhas do testamento; III- o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua estiver separado de fato do cônjuge há mais de 5 (cinco) anos; IV- o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento”.

12.1 Indignidade

Na exclusão por indignidade⁴⁵⁴, o seu direito de suceder é retirado em razão da prática de atos descritos nos incisos I ao III do artigo 1.814 do Código Civil⁴⁵⁵. Tratando-se de pena civil imposta ao herdeiro ou legatário pelos atos cometidos contra a vida, a liberdade ou a honra do autor da herança ou de seus familiares.

As motivações que autorizam a exclusão são taxativas (*numerus clausus*), pois referem-se a normas restritivas de direito e não admitem interpretação extensiva ou análoga; a sua força geradora está na lei, para afastar herdeiro legítimo (necessário ou facultativo), testamentário ou legatário, por atos praticados antes ou após a morte do autor da herança⁴⁵⁶, independe de qualquer manifestação exarada pelo falecido em vida. O fundamento da indignidade reside no repúdio social contra a moral e a ordem pública, para que o herdeiro não venha indevidamente extrair vantagens, como melhor define WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO⁴⁵⁷:

“Inspira-se o instituto da indignidade num princípio de ordem pública, porque a consciência social repugna, sem dúvida, que uma pessoa suceda a outra, depois de haver cometido contra esta atos lesivos de certa gravidade”.

O artigo permissivo da exclusão por indignidade, sem dúvida inclui o cônjuge supérstite, este pode ser privado de sua herança quando:

⁴⁵⁴ ARTUR VASCO ITABAIANA DE OLIVEIRA, assim descreve: “Indignidade do direito hereditário imposta pela lei a quem cometeu certos atos ofensivos à pessoa, à honra, e aos interesses do hereditando.”(*Tratado do direito das sucessões*, p.72).

⁴⁵⁵ “Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I – que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II – que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III – que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.”

⁴⁵⁶ SILVIO RODRIGUES. (*Direito Civil, Direito das sucessões*, p. 254).

⁴⁵⁷ *Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões*, 35.ed. Vol. 6. p.63.

- i) houver sido autor, co-autor ou participe de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra o seu cônjuge falecido, seu ascendente ou descendente;
- ii) houver acusado caluniosamente em juízo o cônjuge falecido ou incorrer em crime contra a sua honra;
- iii) por violência ou meios fraudulentos, inibir ou obstar o cônjuge falecido de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Entretanto, para afastar o herdeiro legítimo, testamentário ou legatário não basta a prática dos atos enumerados no artigo 1.814 do Código Civil. Para que o herdeiro seja afastado é indispensável o devido processo legal⁴⁵⁸, assegurando o contraditório e a ampla defesa, garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito (art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal), conforme observa, MARIA HELENA DINIZ⁴⁵⁹:

“Como a exclusão do indigno não opera ipso iure, com a abertura da sucessão transmite-se-lhe o domínio e a posse da herança, ainda que tenha cometido qualquer um dos atos arrolados no art. 1.814 do Código Civil. Isto é assim porque antes do trânsito em julgado da sentença que o exclua da sucessão é ele plenamente capaz, e exerce em toda sua plenitude, o direito hereditário que lhe compete. Se falecer antes da declaração de indignidade, seu direito hereditário passará aos seus sucessores”.

A legitimidade para demandar contra o herdeiro indigno, cabe a quem tem o legítimo interesse na exclusão, o interesse a que a lei se refere é o econômico, então, cabe ao herdeiro interessado em recolher a parte da herança. Também estão legitimados a demandar os credores do herdeiro com real possibilidade do benefício. Na ausência de expressa estipulação legal, discute a doutrina a

⁴⁵⁸ Tratando-se de questão de alta indagação, reclama o processo de conhecimento (art. 984 do CPC).

⁴⁵⁹ *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 53 e 54.

legitimidade do Ministério Público e diante da controvérsia o Superior Tribunal de Justiça, através do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, sob a coordenação do Ministro Ruy Rosado, aprovou o enunciado 116 com o seguinte teor:

“O Ministério Público, por força do art. 1.815 do novo Código Civil, desde que presente o interesse público, tem legitimidade para promover ação visando à declaração da indignidade de herdeiro ou legatário”.

A ação de exclusão por indignidade deve ser ajuizada no prazo decadencial de quatro anos, contados da abertura da sucessão.

Declarada a indignidade por sentença transitada em julgado, desconstitui-se a condição de herdeiro, este é reputado como se nunca houvesse sido herdeiro, pois os efeitos retroagirão à data da abertura da sucessão.⁴⁶⁰

No entanto, ao retroagir os efeitos à data da abertura da sucessão, não poderá prejudicar os direitos aquisitivos de terceiros de boa-fé em alienações onerosas, desde que efetuados antes do trânsito em julgado da sentença. É que aos olhos da sociedade o alienante se apresenta como herdeiro aparente. Sendo válidas tais alienações, caberá ao herdeiro prejudicado demandar perdas e danos contra o alienante⁴⁶¹ indigno.

Conforme leciona SILVIO RODRIGUES⁴⁶²:

“Em rigor a sentença de exclusão retroage para todos os demais efeitos, exceto para invalidar os atos de disposição praticadas pelo indigno. E, se

⁴⁶⁰ O indigno é considerado como se fosse pré-morto ao autor da herança, assim, os herdeiros do excluído são chamados pelo direito de representação. (art. 1.816, *caput* e parágrafo único do CC.).

⁴⁶¹ “Art. 1.817. São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes de sentença de exclusão; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar-lhe perdas e danos”.

Parágrafo único. O excluído da sucessão é obrigado a restituir os frutos e rendimentos que dos bens da herança houver percebido, mas tem direito a ser indenizado das despesas com a conservação deles”.

⁴⁶² *Direito Civil –Direito das Sucessões*, p.78.

a retroação do julgado não alcançar estes últimos atos, isso não se dá por entender o legislador que o indigno, no ato de vender, é legítimo proprietário, mas sim em respeito à boa-fé dos adquirentes que, fiados na aparência, não podiam antever a futura exclusão do ingrato e, portanto, ludibriados por um erro comum e invencível, acreditaram estar adquirindo os bens hereditários do verdadeiro dono”.

12.2 Deserdação

Tratada no Capítulo X, Título III, a Sucessão Testamentária do Livro V, a deserdação afeta a sucessão necessária do herdeiro legítimo. No entanto, escolheu o legislador tratá-la no capítulo da sucessão testamentária, por ser este o meio para afastar o herdeiro necessário.

A deserdação é o ato pelo qual o autor da herança afasta herdeiro necessário do recebimento da legítima.

A ordem de vocação hereditária estabelecida em lei é a vontade presumida do *de cujus*, baseada no sentimento de amor e afeição que os parentes têm uns com os outros; mas, por vezes, essa vontade presumida pelo legislador pode não corresponder à verdade. Isto pode ocorrer tão somente naqueles casos⁴⁶³ em que o herdeiro, por conduta diversa da moral; por ofender fisicamente, proferir injúria grave, manter relações ilícitas com o cônjuge do ascendente ou descendente, por abandono destes ou daqueles em alienação mental ou grave doença⁴⁶⁴, ou ainda por praticar quaisquer dos atos previstos no artigo 1.841 do Código Civil, serem afastados da sucessão.

⁴⁶³ Artigo 1.962 - autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes. Artigo 1.963 – autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes.

⁴⁶⁴ O legislador de 2002 não mais repetiu nas causas que levariam à deserdação do descendente pelo ascendente “a desonestidade da filha que vive na casa paterna” art. 1.744 do CC 1916.

Na definição de ORLANDO GOMES⁴⁶⁵, a “deserdação é a privação, por disposição testamentária, da legítima do herdeiro necessário”. O instituto se aplica somente à sucessão dos legitimários, pois o direito de suceder é retirado por via testamentária por ato privativo do testador.

Sendo penalidade imposta, exige a lei a declaração da causa pelo testador, e esta deve ser prevista em lei, dos atos praticados pelo deserdado, enumerados nos artigos. 1.814, 1.962 e 1.963 todos do Código Civil.

Em decorrência da severidade que o ato representa, de caráter restritivo de direitos, comparada a uma pena civil, tem o caráter excepcional e intransferível⁴⁶⁶, ademais, a deserdação deve constar expressamente no testamento⁴⁶⁷ válido⁴⁶⁸, o motivo e o fato determinante⁴⁶⁹, autorizadas por lei⁴⁷⁰ que levou a deserdar um herdeiro necessário, porquanto ficam condicionados àqueles não cabendo fora das hipóteses ali previstas⁴⁷¹, não admitindo analogia ou interpretação extensiva ou ampliativa⁴⁷², ainda que o ato praticado pelo

⁴⁶⁵ *Sucessões*, 12. ed. Atual. Mário Roberto de Carvalho de Faria, p.225

⁴⁶⁶ Na antiguidade, a exclusão do herdeiro não se restringia ao sucessor, estendendo aos herdeiros. Não vigorava nesse período o princípio pelo qual a pena não deve ultrapassar a pessoa do delinqüente.

EMENTA – 11400/TJSP – SUCESSÃO – Deserdação de herdeira necessária – Castigo não incide sobre os sucessores da indigna. Circunstância em que não se admite a pena além da pessoa do delinqüente – Inteligência do artigo 1.741 do CC (TJSP) RT 691/89.

⁴⁶⁷ EMENTA – 191094/TJSP – TESTAMENTO- Particular-Nulidade – Caracterização – Deserdação – Necessidade de expressa declaração da causa – Aplicação do artigo 1.742 combinado com os artigos 1.595, 1.744 e 1.745, todos do Código Civil – Tipicidade fechada – Revogação de adoção – Impossibilidade do artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Escritura pública que teve por fim quitar direitos da concubina e ressalvar para o futuro a igualdade de legítima dos filhos havidos do concubinato – Hipótese do artigo 1.776 do Código Civil – Não verificação – Teor da escritura que, ademais, não constitui causa para deserdar – Anulação de todo o testamento – Acerto - Único objetivo do testador era deserdar e dissolver a adoção – Recurso não provido. (Apelação Cível n. 38.708-4 – São José do Rio Preto – 7º Câmara de Direito Privado – Relator: Soares Lima – 24.06.98 – V.U.)

⁴⁶⁸ O testamento deve ser juridicamente existente e válido, não podendo ter perdido a eficácia por falta de testemunha, caducidade, rompimento ou revogação do testamento. Não sendo válida ainda, a deserdação feita por escritura pública, codicilo, cartas e outras declarações.

EMENTA- Testamento e deserdação - anulação e ineficácia - a anulação do testamento decorre das causas de nulidade e/ou anulabilidade dos atos jurídicos em geral; a decorrência da improvação, exigida pelo art. 1.743 do Código Civil, e a ineficácia do testamento, no que se refere a essa instituição é nula. (Apelação Cível nº 591021944, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Waldemar Luiz de Freitas Filho, julgado em 16/10/1991)

⁴⁶⁹ EMENTA – Deserdação. Nulidade de cláusula. Cláusula que descreve fato não previsto como causa de deserdação, fazendo simples menção ao artigo 1.744, inciso I e inciso II do Código Civil. Prova documental trazida intempestivamente. Não conhecimento. Apelo provido para decretar a nulidade da cláusula (art. 1.743, parágrafo único), (Apelação Civil – nº 585030133 RS - Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 03/06/1986)

⁴⁷⁰ As causas que justificam a deserdação são todas aquelas elencadas na exclusão por indignidade, art. 1.814 e as causas previstas nos arts. 1.962 e 1.963 todos do CC.

⁴⁷¹ A invalidade de uma das cláusulas testamentárias não invalida a deserdação, desde que a cláusula não seja referente a esta, mas a invalidade do testamento invalida a deserdação, porém, poderão os herdeiros promoverem a exclusão do herdeiro se o ato corresponder a uma das causas da indignidade, pois nem todas as causas da deserdação são causas de indignidade.

⁴⁷² EMENTA – 56533/TJSP – INTERDIÇÃO – Filho que a requer contra o pai – Inexistência de motivo que autorize a deserdação RT 536/85.

herdeiro seja considerado de maior gravidade ⁴⁷³. O legislador determinou um rol exaustivo (*numerus clausus*).

As causas que legitimam a deserdação exigem demanda própria, para comprovar⁴⁷⁴ a veracidade dos fatos alegados pelo testador em autos próprios⁴⁷⁵, ação declaratória movida pelo herdeiro que tem interesse na deserdação⁴⁷⁶ devendo produzir provas⁴⁷⁷ ⁴⁷⁸ da veracidade dos fatos alegados pelo testador. A falta da propositura da ação no prazo decadencial⁴⁷⁹ de quatro anos ⁴⁸⁰ a contar da abertura do testamento, presume a inocência do deserdado, tornando o ato ineficaz⁴⁸¹.

Ensina SILVIO DE SALVO VENOSA⁴⁸²:

“Não provada a causa em juízo, a disposição é considerada ineficaz por falta de operosidade. Como disposição testamentária, é existente é válida.

EMENTA – 42026/TJSP – Código 11640 Matéria: TESTAMENTO Recurso: AC 204435 1 Origem: LIMEIRA Órgão: CCIV 4 Relator: OLAVO SILVEIRA data: 29/04/94 Decisão – TESTAMENTO – DESERDAÇÃO – NULIDADE – AFASTAMENTO DO TESTADOR, POR IMPACTO EMOCIONAL INTENSO – AUSÊNCIA DE INJUÚRIA GRAVE – LEGALIDADE DA ASSEMBLÉIA GERAL CONVOCADA – FILHOS QUE DETINHAM O MAIOR NÚMERO DE AÇÕES – EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO – RP. PARA EFEITOS DE DESERDAÇÃO, A LEI EXIGE OCORRÊNCIA DE INJÚRIA GRAVE, VALE DIZER, INJÚRIA CIVIL, EM CONCEITO MAIS AMPLO E ABRAANGENTE DO QUE A INJÚRIA CONCEITUADA PENALMENTE.

⁴⁷³ SILVIO RODRIGUES. (*Direito*, p. 257)

⁴⁷⁴ Comenta GISELDA HIRONAKA “Isso porque, repita-se, a deserdação não é ato jurídico de auto-aperfeiçoamento, dependendo, para a sua eficácia, dessas providências posteriores que visam produzir a prova da veracidade da causa alegada pelo testador”. (*Curso avançado de Direito Civil*.....p. 372) no mesmo sentido SILVIO DE SALVO VENOSA, “Não comprovada a causa em juízo, a disposição é considerada ineficaz”. (*Direito Civil*, p.323).

⁴⁷⁵ SILVIO DE SALVO VENOSA – (*Direito Civil – Direito das Sucessões*) “ O testador, ao deserdar, descreve a causa legal, o motivo de sua decisão. Pode, facilitando a ação que se seguirá à morte, indicar as provas ou meios de conseguí-las”.

⁴⁷⁶ Podem propor a ação, o credor do herdeiro que se beneficia da deserdação do outro herdeiro, ou ainda o município que irá se beneficiar com a herança jacente, a dúvida figura quanto ao Ministério Público, se teria legitimidade para propor a ação, pode ainda o próprio herdeiro deserdado, interessado na apuração da verdade propor a ação.

⁴⁷⁷ EMENTA – 134232/TJSP – TESTAMENTO PARTICULAR – Deserdação – Ação de confirmação – Ônus da prova da veracidade da causa de deserdação alegada pelo testador que cabia ao autor – Nulidade da instituição - Artigo 1.743 e parágrafo único do Código Civil – Ação improcedente – Recurso provido JTJ 110/234.

TESTAMENTO – Herança – Deserdação – Desamparo do ascendente com grave enfermidade – Prova da veracidade da causa alegada pelo testador – Ônus que cabe ao beneficiário da deserdação – Artigo 1.743, “caput” do Código Civil – Deserdação afastada – Recurso não provido JTJ 162/164 ementa n. 130947.

⁴⁷⁸ EMENTA – 130948/TJSP – TESTAMENTO – Herança – Deserdação – Deserdados revéis – Irrelevância – Hipótese que não se implica em presunção de veracidade dos fatos - Prova do alegado pelo testador cabe ao herdeiro instituído demonstrar – Artigo 1.743, “caput” do Código Civil – Deserdação afastada – Recurso não provido.

⁴⁷⁹ Conforme CÁIO MARIO DA SILVA PEREIRA. “O prazo decadencial é de quatro anos, contados da abertura do testamento (novo Código Civil, art. 1965, parágrafo único). Não havendo que cogitar da abertura do testamento público ou particular, a norma, na parte relativa ao termo inicial do quadriênio, parece restrita ao testamento cerrado, devendo-se entender que, nas demais hipóteses, o prazo fluirá a partir da apresentação da cédula em juízo”. (*Instituições*, p.332)

⁴⁸⁰ O Projeto de Lei 6.960/02 apresentado pelo Dep. Ricardo Fiúza, apresentou proposta de alterar o prazo para dois anos da abertura da sucessão (parágrafo único do art. 1.965).

⁴⁸¹ ORLANDO GOMES, “Não comprovada a veracidade da causa da deserdação, é ineficaz a disposição testamentária que a prescreve”. (*Sucessões*, p. 278)

⁴⁸² *Direito Civil – Direito das Sucessões*, p. 323.

Só que não opera, falta-lhe, pois, eficácia. É imprópria a terminologia que fala em nulidade”.

A legitimidade para propor a ação é dos herdeiros que têm interesse na deserdação, inclusive o poder público, ainda que não conste mais na ordem dos vocacionados, é herdeiro em potencial; o interesse é específico e sempre econômico:

Prossegue o autor:

“Se o testador apenas aponta a deserdação do herdeiro necessário, sem instituir outros herdeiros, os demais herdeiros e legatários, na ordem legal de 2002, passam a ter legitimidade para excluir o deserdado. Se não houver qualquer parente sucessível, é inafastável que o Estado, tendo interesse na sucessão, colocado na ordem de vocação hereditária, poderá mover a ação.”⁴⁸³

A legitimidade para propor a ação ordinária, também é do deserdado⁴⁸⁴, “ação de declaração de inexistência da causa descrita pelo testador”⁴⁸⁵, pois é o maior interessado na apuração da verdade, até porque a sua pressa pode ser justificada pela indisponibilidade dos bens que eventualmente lhe caberiam, caso não seja comprovado que cometera os atos descritos na lei, e alegados pelo testador. Nesse caso, o ônus da prova compete aos demais herdeiros que se beneficiariam com a deserdação, pois ao deserdado milita a presunção de

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 323.

⁴⁸⁴ EMENTA – 42024/TJSP – Código: 10980 Matéria: LITISCONSÓRCIO Recurso: AC 204435 1 Origem: LIMEIRA Órgão CCIV 4 Relator OLAVO SILVEIRA Data: 29/04/94 Decisão: - LITISCONSÓRCIO – PASSIVO – NECESSÁRIO – OCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS DA DESERDAÇÃO – INEXISTÊNCIA CONTUDO, DE PREJUÍZO – FILHOS QUE RECEBERÃO POR ESTIRPE SE MANTIDA A SENTENÇA, OS BENS PERMANECERIAM COM OS PAIS, DOS QUAIS SÃO HERDEIROS NECESSÁRIOS SENTENÇA NÃO ANULADA – PRELIMINAR REJEITADA.

EMENTA – 128848/TJSP – SUCESSÃO – Deserdação – Cláusula testamentária – Impugnação pelo deserdado – Legitimidade passiva de parte dos sucessores do “de cujus” para a resolução de quaisquer pendências referentes ao espólio – Preliminar rejeitada JTJ 144/139.

⁴⁸⁵ SILVIO DE SALVO VENOSA (*Direito Civil*, p. 324)

inocência, considerando ainda, a difícil prova do fato negativo e a devida inversão do ônus da prova. nesse sentido GISELDA HIRONAKA⁴⁸⁶:

“Cabe esclarecer que se o herdeiro instituído – ou aquele a quem a deserdação de outrem aproveite – não ajuizar a ação que lhe compete (...), ao próprio deserdado assiste o direito de tomar a iniciativa, exigindo por meio de ação própria que o interessado prove o fundamento da deserdação. Nesse caso o ônus da prova será do interessado, agora o réu”.

Ensina LUIZ RODRIGUES WAMBIER, quanto a prova do fato negativo:

“Nestes, não há afirmação da existência do fato pelo autor e a negativa pelo réu, mas apenas a afirmação de que um fato que deveria ter ocorrido não houve. Afirma-se, portanto, um fato negativo, que não aconteceu, é dessa inexistência e que se busca a consequência jurídica pretendida. (...) a consequência jurídica que se pretende não decorre da prática de um ato, mas, ao contrário, decorre da inação”⁴⁸⁷.

Esclarecedor ainda o julgado do Tribunal que assim declarou;

“O ônus da prova, nos termos do artigo 333, inciso, II, do Código de Processo Civil, incumbe ao réu quanto a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Quando o fato alegado pelo autor é negativo, converte-se em positivo para o réu, cabendo-lhe a sua comprovação”. (Apelação Cível – 200.01.1.054953-7 – Rel. HAYDEVALDA SAMPAIO – publicação no DJU; 16/09/2004, p. 84).

⁴⁸⁶ Curso avançado, p.371.

⁴⁸⁷ LUIZ RODRIGUES WAMBIER (Curso avançado de Processo Civil, 6.ed., p. 440, v. 1).

Diante da eventual iniciativa do herdeiro deserddado em promover a ação, cabe aos demais herdeiros beneficiários da deserdação o pedido de reconvenção^{488 489}.

Sendo considerada questão de alta indagação, devem ser processados em autos apartados⁴⁹⁰, pois nos autos do inventário não se discutem questões complexas de fato dependentes de outras provas⁴⁹¹, que são incompatíveis com o rito simplificado do processo, devendo a deserdação ser julgada em vias ordinárias, mas poderá o juiz, no interesse da causa, pedir a reunião das ações⁴⁹².

O direito pátrio admite o direito de representação⁴⁹³ na deserdação quando não houver herdeiro instituído. O testamento é o meio idôneo para o autor da herança deserddar o herdeiro necessário, porém, trata-se da sucessão legítima, assim, melhor admitir a representação nos casos de deserdação do herdeiro.

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, em opinião isolada, não admitia a representação no caso da deserdação, fundamentando que o artigo 1.816 do Código Civil, (artigo 1.599 do Código Civil de 1916), somente aludia à representação nos casos de exclusão por indignidade. Ainda que vencido na sua posição, para que não haja mais a dúvida, o Projeto de Lei nº 6.960 sugeriu a

⁴⁸⁸ SILVIO DE SALVO VENOSA (*Direito Civil*, p. 324).

⁴⁸⁹ EMENTA – 8617/TJSP – RECONVENÇÃO – Carência – Ocorrência – Anulação de cláusula por omissão quanto aos destinatários da legítima – Anulação que tornaria os herdeiros deserddados – Deserdação, que partilha a legítima entre os filhos – Artigo 1.599 do Código Civil – Inexistência, ademais, da legítima alcançando os herdeiros necessários – Preliminar rejeitada. (Relator: Olavo Silveira – Apelação Cível n. 204.435-1 – Limeira – 29.04.94).

EMENTA – nº 240541/TJ/SP – TESTAMENTO – Público – Deserdação de filho – Fundamentos deduzidos não provados – Subsistência da sucessão legítima – Testamento anulado – Reconvenção procedente – Recurso não provido JTJ 231/172.

⁴⁹⁰ EMENTA nº 261513/TJ/SP – TESTAMENTO – Deserdação – Prova da veracidade da causa – Ônus que cabe ao herdeiro que se beneficiou com a deserdação – Impossibilidade, no entanto, no âmbito do inventário – Comprovação a ser feita em ação própria – inteligência dos artigos 1.743 e 178, § 9º do Código Civil – Recurso não provido – JTJ 252/369.

EMENTA – nº 254283 – INVENTÁRIO - Testamento – Deserdação – Causa – Prova – ônus da herdeira a quem a deserdação aproveita – Necessidade de recurso a ação própria – Improvimento ao agravo – Aplicação dos artigos 1.743 e 178 § 9º, IV do Código Civil. A causa da descrição, que o testador invocou, tem de ser provada, em ação própria, pelo herdeiro instituído, ou por aquele a A difícil prova do fato negativo e a devida inversão do ônus da prova. quem a deserdação aproveite, sob pena de nulidade da instituição e da cláusula que prejudique a legítima do deserddado (Agravo de Instrumento n. 205.486-4/6 – São Paulo – 2º Câmara de Direito Privado – Relator: Cezar Peluso – 19.02.02 – V.U.)

⁴⁹¹ Art. 984 do CPC. “O juiz decidirá todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas”.

⁴⁹² EMENTA – nº 123133/TJSP – COMPETÊNCIA – Conexão – Ação destinada a provar a veracidade das causas de deserdação alegadas em testamento – Relação de prejudicialidade com o inventário em andamento – Circunstância que recomenda a reunião das ações com a faculdade de suspensão de uma delas até a solução da lide prejudicial – Conflito procedente e competente o Juiz suscitante JTJ 130/40.

inclusão do § 2º ao artigo 1.965, do Código Civil, com a seguinte redação; “São pessoais os efeitos da deserdação: os descendentes do herdeiro deserddado sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão. Mas o deserddado não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que couberem a seus filhos menores ou à sucessão eventual desses bens.”(NR)

O herdeiro deserddado é considerado pré-morto ao autor da herança, podendo na linha reta descendente e excepcionalmente na linha colateral, ter o direito de representação⁴⁹⁴.

Com a procedência da ação, a sentença tem efeito *ex tunc*; se não houver herdeiro instituído para substituí-lo, serão chamados os herdeiros do deserddado⁴⁹⁵ sucedendo nos bens do autor da herança.

Os bens ereptícios não podem ser administrados ou usufruídos pelo deserddado, mesmo sendo os seus descendentes menores⁴⁹⁶, e em caso da pré-morte deste, a mesma herança não voltará para aquele.

Assente também no princípio de *saisine*⁴⁹⁷, o direito hereditário se transfere no momento da abertura da sucessão, mas com a publicação do testamento contendo a cláusula de deserdação do herdeiro, surge uma condição resolutiva de domínio⁴⁹⁸; até a apuração, a posse e a guarda da herança devem ficar com o inventariante⁴⁹⁹ ou a quem o juiz indicar⁵⁰⁰ nomeando como depositário judicial.

⁴⁹³ O instituto da representação é exclusivo da sucessão legítima, na sucessão dos descendentes é ilimitada e limitada na sucessão dos colaterais.

⁴⁹⁴ Ainda que tratados no capítulo da exclusão por indignidade, o art. 1816 do CC, pode ser aplicado para o capítulo da deserdação. “ Art. 1816. São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão”.

⁴⁹⁵ “Art. 1816 São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão”.

⁴⁹⁶ Ainda que detentores do poder familiar, não poderá o deserddado usufruir ou administrar os bens dos filhos menores, sob pena de tornar ineficaz o instituto da deserdação.

⁴⁹⁷ “Art. 1.784 – Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”

⁴⁹⁸ SILVIO RODRIGUES (*Direito*, p.260).

⁴⁹⁹ ORLANDO GOMES (*Sucessões*, p. 228).

⁵⁰⁰ GISELDA HIRONAKA (*Curso avançado de Direito Civil*, p. 372).

O herdeiro deserddado somente pode ser perdoado⁵⁰¹ pelo próprio autor da herança, de forma expressa e uma vez perdoado, impede que os outros herdeiros rediscutam a matéria, ainda que pelas vias da exclusão por indignidade.

Na observação de ZENO VELOSO, a remissão “*tem que ser inequívoca, expressa*”. Não existindo o perdão tácito, a simples reconciliação entre o testador e o herdeiro não caracteriza a revogação do ato, que será possível somente por um novo testamento. O testamento posterior, que nada menciona a respeito da deserdação constante no anterior, não fazendo referência a ela, deve ser considerado como revogador do ato punitivo.⁵⁰²

A cominação à pena de deserdação independe da prévia condenação na justiça criminal,⁵⁰³ mas em havendo o reconhecimento em sentença criminal, transitada em julgado pela prática do mesmo crime, a questão se torna pacífica⁵⁰⁴, dispensando a rediscussão da matéria. Na medida em que já ocorreu o devido processo legal, sendo produzidas as provas de forma irrefutável, e reconhecido o réu como incurso nas penas do delito, discutir a matéria no processo Cível não implicaria propriamente ofensa à coisa julgada material, pois refere-se aquela à sentença penal; mas não há como negar que ela milita como uma presunção *jures et de jure*, conforme o artigo 334, inciso IV do Código de Processo Civil.

O Direito Brasileiro admite a deserdação dos herdeiros necessários, fundamentado em qualquer das causas descritas em lei que servem a deserdação, bem como as que admitem a exclusão por indignidade; todas as causas de indignidade levam à deserdação, mas nem todas as causas de deserdação levam à indignidade. Assim, o herdeiro absolvido na ação de deserdação poderá ser demandado novamente pelos herdeiros, em ação de

⁵⁰¹ “Art. 1.818 - Aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico. Parágrafo único. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária”.

⁵⁰² WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso*, p. 247.

⁵⁰³ MARIA HELENA DINIZ, *Curso* p. 243.

⁵⁰⁴ SILVIO DE SALVO VENOSA, *Direito Civil*, p.327.

indignidade, desde que o ato imputado a ele conste no rol dos atos que levam o herdeiro a ser excluído por este instituto na sucessão⁵⁰⁵.

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, informa que na sucessão legítima, *“funcionam cumulativamente, os institutos da deserdação e da indignidade, sendo esta supletiva em relação àquela(...)”*⁵⁰⁶.

Dispõe o *“artigo 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”*.

No entanto, havendo testamento com referência à deserdação do herdeiro, não poderá o herdeiro, antes do prazo estabelecido ou na pendência da ação, entrar na posse dos bens, ainda que vigore o princípio de *saisine*, e da presunção de inocência; o herdeiro deserddado, assim como o herdeiro que poderá ser beneficiado, deverão aguardar a sentença declaratória⁵⁰⁷.

Para SILVIO DE SALVO VENOSA, *“não se faz a partilha dos bens até a decisão final”*⁵⁰⁸. Observa FRANCISCO JOSÉ CAHALI⁵⁰⁹, em opinião diversa *“temos para nós que seria um prejuízo desnecessário a outros herdeiros, pois bastaria que somente a quota da legítima do deserddado fosse reservado do espólio, enquanto aguarda decisão, e caso a ação seja julgada procedente, afastando o deserddado, a quota reservada seria entregue ao herdeiro instituído ou*

⁵⁰⁵ A Corte portuguesa em acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa no ano de 2003, que teve como relator PROENÇA FOUTO, decidiu, que; O legítimário não só pode ser deserddado como também afastado por indignidade. O apelante, herdeiro legítimário de sua mulher, a quem teria matado, foi afastado por ato de indignidade, em ação proposta pelo Ministério Público. O réu sustentou que a incapacidade por indignidade não se aplica na sucessão legítimária, ancorado na opinião de PEREIRA COELHO, não se aplicando por o art. 2166º do Código Civil ser especial face ao art. 2034º, do mesmo diploma.

Negaram provimento ao apelante, com fundamento; Os institutos da indignidade sucessória e da deserdação são distintos – aquele afeta mais a ordem social, enquanto as causas que motivam a deserdação repercutem-se mais na ordem familiar. Outro entendimento doutrinral, sulfragado pela decisão recorrida, sustenta que o artigo 2034º será sempre aplicável ao herdeiro legítimário – cfr. PAMPLONA CORTE REAIL (in Direito da Família e das Sucessões, vol. I, 1978. Pags. 258 e ss), OLIVEIRA ASCENÇÃO (in Direito das Sucessões, pág. 254), que afirma que as causas de deserdação representam um agravamento em relação às causas de indignidade, e conclui que na sucessão legítimária funcionam cumulativamente os institutos da deserdação e da indignidade, sendo este supletivo em relação aquele, pelo fato de o legítimário ser o herdeiro por excelência, estar sujeito a mais, e não a menos obrigações que o sucessor comum.

⁵⁰⁶ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE (*Comentário ao novo Código Civil, direito das sucessões*, 4. ed. Vol. XXI, p. 635).

⁵⁰⁷ EMENTA – nº37542/TJSP – Código: 10470 Matéria: DECLARATÓRIA Recurso: AC 174577 1 Origem SP Órgão: CCIV 6 Relator: MUNHOZ SOARES Data: 24/9/92 Decisão: - DECLARATÓRIA – DIREITO HEREDITÁRIO – OBJETIVO- ANULAÇÃO DE CLÁUSULAS TESTAMENTÁRIAS DE DESEERDAÇÃO – INADM. – DESERDDADA QUE MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA DE CESSÃO CEDERA DIREITOS HEREDITÁRIOS COMO SE INEXISTISSEM TAIS CLÁUSULAS – AUSÊNCIA DE LESIVIDADE – CARÊNCIA – RNP.

⁵⁰⁸ SILVIO DE SALVO VENOSA (*Direito Civil*, p. 323).

⁵⁰⁹ Aula ministrada pelo prof. No Curso de Mestrado da PUC/SP.

aos herdeiros do deserdado. Se não forem provados a verdade dos fatos, alegados a sua quota estaria reservada, sem causar-lhe maiores prejuízos.”

12.2.1 Deserdação do Cônjuge

O legislador pátrio, conferindo maior proteção ao cônjuge, elevou-o à categoria de herdeiro necessário juntamente com os descendentes e ascendentes⁵¹⁰. No entanto, nenhuma disposição mencionou a possibilidade do cônjuge sobrevivente ser deserdado, pois aos demais herdeiros necessários remanescem os artigos específicos que ensejam em motivos para uma eventual deserdação. Diante da omissão legislativa opiniões se dividem;

Para ZENO VELOSO⁵¹¹, diante da ausência de previsão legal fica-se sem a possibilidade de aplicar a deserdação ao cônjuge:

“Do mesmo modo, este artigo afirma que os herdeiros necessários podem ser deserdados mas, ao enumerar as causas da deserdação (que são taxativas), o legislador só indica as que autorizam a deserdação dos descendentes pelos ascendentes (art.1962). Como se vê, há omissão do cônjuge, pelos princípios, sendo ele herdeiro necessário, deveria ele estar sujeito à deserdação. Mas aqui, não há como preencher a lacuna, pois o intérprete não pode estender ao cônjuge as causas de deserdação expressa e taxativamente referidas pelo legislador para autorizar a deserdação dos descendentes pelos ascendentes e destes pelos descendentes. Portanto, só uma reforma legislativa – que, a meu ver, deve ser feita – pode resolver a questão. E até que ocorra essa reforma, o cônjuge, embora herdeiro necessário, não pode ser deserdado”.

De modo diverso, subsidiada pelo direito comparado, opina MARIA HELENA DINIZ⁵¹²: *“Em muitas legislações, numa tendência que é universal, a*

⁵¹⁰ “Art. 1.845. São herdeiros necessários, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

posição sucessória do cônjuge foi privilegiada, mas se prevê, igualmente, a possibilidade de ele ser deserdado, com as respectivas causas; BGB, art.2.335; Código Civil espanhol, art, 855; Código Civil português, art. 2.166).

“Art. 1.961 Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão”.

Os artigos 1.962 e 1.963 ambos do Código Civil, dispõem expressamente sobre a deserdação dos descendentes por seus ascendentes e a deserdação dos ascendentes pelos descendentes. Sendo ambas normas restritivas de direito, não comportam interpretação extensiva ou análoga, os artigos em referência são privativos dos descendentes e ascendentes sucessivamente. Nessa razão o cônjuge não pode ser deserdado pelos motivos ali elencados.

No entanto, o cônjuge pode ser deserdado, incurso pela prática dos atos descritos no artigo 1.814 do Código Civil (assim como os descendentes e ascendentes), que levariam às causas de indignidade.

Nesse sentido, Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto⁵¹³, “o legislador não previu nenhum caso especial para deserdar o cônjuge, porém poderá ser privado por qualquer das causas de exclusão da sucessão por indignidade”.

MARIO LUIZ DELGADO⁵¹⁴ leciona :

“É que as hipóteses de deserdação não se restringem àquelas previstas nos arts. 1.962 e 1.963, mas também abrangem todas as causas pelas

⁵¹¹ *Comentários ao código civil*, p.328 e 329

⁵¹² *Curso de direito civil brasileiro – Direito das sucessões* págs.195 e 196.

⁵¹³ WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (*Curso de direito Civil*...35. ed., Atual. Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, p. 243).

⁵¹⁴ Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. *Questões controvertidas no novo Código Civil*, p. 424.

quais os herdeiros podem ser excluídos da sucessão. Os arts. 1.814 a 1.818, que tratam da exclusão aplicam-se, indistintamente, a todos os herdeiros, inclusive ao cônjuge. A incidência daquelas regras não representa aplicação analógica, mas interpretação literal e restrita do art. 1.961. Logo, pode o cônjuge perfeitamente, ser deserdado naquelas hipóteses. A alteração legislativa apresenta-se, portanto, dispensável”.

Para corrigir esta falha, o Projeto de Lei n. 6.090/2002, artigo 9º apresentou proposta de alteração, para acrescentar a letra “A” ao artigo 1963 da Lei n. 10.406/2002, com a seguinte redação: “Art. 1963-A além das causas enumeradas no artigo 1814, autorizam a deserdação do cônjuge: I – prática de ato que importe grave violação dos deveres do casamento, ou que determine a perda do poder familiar; II – recusar-se, injustificadamente, a dar alimentos ao outro cônjuge ou aos filhos comuns; III – desamparado o outro cônjuge ou descendente comum com deficiência mental ou grave enfermidade”. (NR)

Admitida a deserdação do cônjuge, é necessário enfrentar a quem se destina o quinhão do herdeiro em caso de concorrência sucessória. Os filhos exclusivos do cônjuge deserdado não herda por representação.

Não serão raros os casos em que o cônjuge deserdado tenha filhos exclusivos de casamentos ou uniões anteriores. Ainda que estes não sejam herdeiros do autor da herança, dúvidas poderiam surgir à respeito da aplicação do instituto da representação quanto a eles. A resposta seria negativa pois o representante herda diretamente do autor da herança, e não do representado, conforme a lição de SILVIO RODRIGUES:

“O representante é posto pela lei no lugar que seria do representado (substituição legal). E vai herdar de quem o representado herdaria se não tivesse pré-falecido. O representado, porque morreu antes (ou porque é indigno ou deserdado) não foi herdeiro. O herdeiro vem a ser o

*representante. Os netos que representam o pai, que ocupam o lugar do pai, pré-morto, concorrem à herança do avô e não do pai.*⁵¹⁵

E, considerando o cônjuge sobrevivente pré morto ao autor da herança é como se ele jamais tivesse herdado, e como ninguém pode transferir mais direitos do que tem, os descendentes exclusivos do cônjuge deserddado não herdam, pois a representação ocorre somente na linha descendente do autor da herança.

“Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes”.

De outra parte, se o autor da herança houver deixado descendente em concorrência com o cônjuge, e aquele for deserddado, sucedem os seus herdeiros por representação, solução diversa da renúncia, pois aqui ao privar o herdeiro do seu quinhão, há um caráter punitivo, sendo este intransferível. Conforme CARLOS MAXIMILIANO⁵¹⁶, em comentário aos efeitos da deserdação e o direito de representação:

“Não se castigam inocentes; a deserdação é uma pena, logo atinge só a pessoa do culpado;

Não havendo descendentes para representá-los, temos para nós que o cônjuge não herda sozinho, sendo chamados para concorrerem à sucessão os ascendentes do *de cujus*, conforme o artigo 1.836 do Código Civil.

Confere a lei legitimidade ativa para demandar o herdeiro instituído ou aquele a quem a deserdação aproveita⁵¹⁷.

⁵¹⁵ *Direito Civil, Direito das Sucessões*, p.134.

⁵¹⁶ *Apud* GISELDA HIRONAKA (*Direito das sucessões* p.375).

⁵¹⁷ “Art. 1.965. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador”.

12.2.2 O Cônjuge Deserdado e o Direito Real de Habitação

SILVIO DE SALVO VENOSA⁵¹⁸, referindo-se ao Código Civil de 1916, quando o cônjuge era apenas titular de direito real limitado ou usufruto de parte dos bens, assim escreveu:

“Como entendemos que o direito de usufruto do cônjuge sobrevivente, colocado no art. 1.611, § 1º e o direito de habitação no § 2º, instituídos pela lei 4.121/62, constituíram herança necessária do cônjuge, o testador, no sistema do 1916, poderia deserdar seu cônjuge, declarando uma das causas legais, para afastá-lo dessas formas de sucessão, assim como podia o cônjuge ser ali afastado por indignidade. Tinham legitimidade para excluir o direito de usufruto e o direito de habitação os herdeiros concorrentes, descendentes e ascendentes. Lembre-se de que o vigente Código também atribui ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação (art. 1831). Se o cônjuge praticou atos moralmente reprováveis contra o de cujus, que a lei transforma em causas de exclusão da herança em propriedade, é que é o mais, também se aplicam princípios de exclusão aos direitos reais limitados, transmitidos por herança, e que é o menor”.

Confirmada a decisão judicial, com trânsito em julgado, a deserdação do cônjuge, este será privado da sua quota legítima e também do seu direito real de habitação, pois a exclusão afeta, tanto o direito real ilimitado de propriedade, como o direito real limitado de habitação.

⁵¹⁸ *Ibidem* p. 316.

12.3 Soluções Diversas para os Casos de Exclusão por Indignidade ou Deserdação

A exclusão do herdeiro por indignidade somente é formalizada através da sentença declaratória⁵¹⁹. Os efeitos da sentença retroagem à data da abertura da sucessão (efeito *ex tunc*) e o indigno passa a ser considerado pré morto ao autor da herança, como se nunca tivesse sido herdeiro. Tanto é que as alienações onerosas são válidas.

Em contrapartida, no instituto da deserdação, com a publicação do testamento e a visibilidade da cláusula, surge uma condição resolutiva da propriedade ao herdeiro, a partir daquele momento o possível deserdado tem ciência da probabilidade de sua exclusão.

Aberta da sucessão, este adquire a posse e o domínio da herança, com a publicação do testamento e conseqüente conhecimento da cláusula testamentária da deserdação, surge uma condição resolutiva da propriedade, pois nesse momento nasce a condição de procedibilidade para o herdeiro instituído ou beneficiado com a deserdação, através da propositura da demanda.

Ainda na pendência da ação, a posse do deserdado passa a ser de má fé, pois contra si há uma causa expressa indicada pelo testador. Como a probabilidade deste ser afastado da sucessão é real, durante os quatro anos que sucederem à abertura da sucessão ou enquanto pendente o trânsito em julgado da ação de deserdação, não poderá o herdeiro deserdado entrar na posse direta dos bens. Só é aceitável a posse, se concedida por ordem judicial, a título de depositário e não pelo direito hereditário, não sendo válidas as alienações neste período.

⁵¹⁹ “Art. 1815. A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença”. MARIA HELENA DINIZ: “(...) antes do trânsito em julgado da sentença que o exclua da sucessão é ele plenamente capaz, e exerce, em toda a sua plenitude, o direito hereditário que lhe compete” (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, p.57).

Confirmada a deserdação, o deserdado é considerado pré-morto ao autor da herança, retroagindo os efeitos a partir da abertura da sucessão (mesma situação do indigno).

Cabe ao inventariante ou ao testamenteiro os *interditos possessórios* contra a posse do deserdado, enquanto pendente o prazo de caducidade ou do trânsito em julgado. Após a sentença confirmatória da deserdação, cabe ao interessado, ação de petição de herança, caso haja insistência na posse indevida.

Leciona SILVIO DE SALVO VENOSA⁵²⁰:

“As alienações de boa fé, feitas pelo deserdado devem valer, quando existe também boa fé do terceiro adquirente, sem prejuízo da reposição dos valores aos herdeiros prejudicados (...)”.

Difícil é imaginar uma alienação onerosa de boa-fé pelo deserdado, pois a chance deste ser afastado da sucessão é real.

⁵²⁰ *Direito das Sucessões*, p.330.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 4^o ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. I e II.

AMORIM, Sebastião; **OLIVEIRA**, Euclides de. *Inventários e Partilhas, Direito das Sucessões*, teoria e prática antes e depois do novo Código Civil. 15^o ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2003.

ARMELIN Donaldo. *Legitimidade para agir no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

ARIÈS, Philippe; **DUBY**, Georges. *História da Vida Privada*. Tradução Márcia Lúcia Machado, São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil das Sucessões*, 5^o ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BARBOSA, Águida de Arruda; **GROENINGA**, Giselle Câmara. A Concorrência Sucessória e Ampliação dos Conflitos Familiares. *Revista Brasileira do Direito de Família*. Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM) n^o.29, Porto Alegre: Síntese, abr/maio de 2005.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de Direito Civil: Família e Sucessões*. São Paulo: Método, 2004. v.4.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. 5^o ed. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1951.

BEVILÁQUA, Clóvis. Observações para esclarecimento do Código Civil brasileiro. In: *Códigos Civis do Brasil*, versão em CD-rom. Brasília: Senado Federal, 2002.

CAHALI, Francisco José; **HIRONAKA**, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso Avançado de Direito Civil, Direito das Sucessões* (Coordenador Everaldo Augusto Cambler). 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v.6.

_____ *Coletânea Orientações Pioneiras - Família e Sucessões no Código Civil de 2002*. Acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004. v.1.

_____ *Coletânea Orientações Pioneiras - Família e Sucessões no Código Civil de 2002*. Acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. v.2.

_____ *Contrato de Convivência na União Estável*, São Paulo: Saraiva, 2002.

_____ *Dos Alimentos – Direito de Família e o novo Código Civil*. 3ª edição. Coordenação DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: Del Rey, Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM), 2003.

_____ *Regime de Bens, artigo publicado no jornal Tribuna do Direito*, Caderno Especial sobre o Código Civil. fev. de 2003.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*, 9º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____ *O Casamento Putativo*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito U.S.P. , concorrendo à docência livre de Direito Civil. São Paulo: LEX Ltda Editora, 1971 (gentilmente cedido pelo autor).

CAMPANHOLE, Adriano; **CAMPANHOLE**, Hilton Lobo. *Todas as Constituições do Brasil*. 10º ed. São Paulo: Atlas, 1992.

CARVALHO NETO, Inácio de; **FUGIE**, Érica Harume. *Código Civil novo comparado e comentado, direito das sucessões*. 2º ed. Curitiba: Juruá, 2003, v. 7.

_____ *A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro no novo Código Civil*. v. 803, *Repertório de Jurisprudência autorizada pelo STF*. Primeira Seção. RT. 2002. P.1-800. E *Revista Brasileira do Direito de Família*. nº 15, Instituto Brasileiro do Direito de Família, IBDFAM, Porto Alegre: Síntese, 2002.

_____ *A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro no novo Código Civil*, *Revista dos Tribunais*, Repertório de Jurisprudência autorizado pelo Supremo Tribunal Federal, ano 91, vol. 803, setembro de 2002, p. 1-800.

CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das Sucessões*. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CODE CIVILE. quatre-vingt – 43 ed. Paris: Dalloz.1993. disponível em: www.legifrance.gov.fr.

Código Civil Italiano. Disponível em: http://jus.unitn.it/cardozo/obter_Dictum/codiciv/home.html>

Código Civil Português. Disponível em: <http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>>

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Aspectos Polêmicos na Sucessão do Cônjuge Sobrevivente*. São Paulo: Editora letras jurídicas, 2004.

DIAS, Maria Berenice, *Ponto-e-vírgula e Ponto final*. Art. 1829, inciso I, do novo Código Civil. Disponível < [http:// www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4634](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4634)> (acesso em 02/04/2004).

Dicionário brasileiro da língua portuguesa. *Mirador Internacional*. São Paulo: Cia. Melhoramentos de São Paulo, 1977. v I e II.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 20º ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 5.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A Família no Direito Civil Brasileiro*, 1ª ed. Atualizada por Ricardo Rodrigues Gama, São Paulo: Bookseller, 2001.

FACHIN, Luiz Edson e **PIANOVSK**, Carlos Eduardo. Uma contribuição crítica que se traz à Colação, *Questões controvertidas no novo Código Civil – Séries grandes temas de Direito Privado*. (coord.) **DELGADO**, Mario Luiz e **ALVES**, Jones Figueiredo. São Paulo: Método, 2005. v. 3.

FARIA, Mário Roberto de Carvalho. *Direito das Sucessões*, teoria e prática. 3º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FUSTES DE COULANGES, Numa Denis. *A Cidade Antiga*, estudo sobre o culto, o direito as instituições da Grécia e da Roma: Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil - Sucessões*. Fundamentos jurídicos, São Paulo: Atlas, 2003.

_____Regime Legal de Bens no Companheirismo : o paradigma do regime da comunhão parcial de bens. *Questões controvertidas o novo Código Civil – Séries*

grandes temas de Direito Privado. (coord.) **DELGADO**, Mário Luiz Delgado e **ALVES**, Jones Figueiredo. São Paulo: Método, 2005. v. 3.

_____ *Concorrência Sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002.* *Revista Brasileira do Direito de Família*, n. 29, Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM) Porto Alegre: Síntese; abril/maio 2005.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os Direitos Sucessórios do Cônjuge Sobrevivo. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano VII – n. 2, abril/maio 2005.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12. ed. ver. e atual. por Mário Roberto Carvalho de Faria, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____ *Memória justificativa do Anteprojeto de reforma do Código Civil*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1963.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____ *Sinopses Jurídicas – Direito de Família*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____ *Sinopses Jurídicas – Direito das Sucessões*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrine; **FERNANDEZ**, Antônio Scarance; **GOMES FILHO**, Antônio Magalhães. *As Nulidades do Processo Penal*. 6º. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentário ao Código Civil: parte especial: do Direito das Sucessões*, (arts. 1.784 a 1.856). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20.

_____Ordem de Vocação Hereditária. *Curso de Direito das Sucessões*. org. Douglas Philips Freitas, Blumenau: Nova Letra, 2006.

_____ Concorrência do Companheiro e do Cônjuge na Sucessão dos Descendentes. *Questões controvertidas o novo Código Civil – Séries grandes temas de direito privado*. (coord.) DELGADO, Mario Luiz e ALVES, Jones Figueiredo. São Paulo: Método, 2004. v. 1.

_____O Sistema de Vocação Concorrente do Cônjuge e/ ou do Companheiro com os Autores da Herança, no Direito Brasileiro e Italiano. *In: Revista Brasileira do Direito de Família*, Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM) n. 29, Porto Alegre: Síntese, 2005.

KREUZ, Sérgio Luiz. Princípio da Imutabilidade do Regime de Bens do Casamento no Direito Brasileiro, *Revista de Direito Privado*, nº11. (coord.) **NERY JUNIOR**, Nelson e **NERY**, Rosa Maria. São Paulo: RT, 2002.

KÜMPEL, Vitor F.. *A entrada em vigor do novo Código Civil*. Jus Navegandi, Disponível em < <http://www1.jus.com.br/doutrin/texto.asp?id=464212>> (acesso 13/01/2007).

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentário ao novo Código Civil, do Direito das Sucessões*. (Coord.) Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense 2004, v. 21.

_____A Nova Ordem de Vocação Hereditária e a Sucessão dos Cônjuges. *Questões controvertidas no novo Código civil.* (coord.) Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. São Paulo: Método, 2004. v.1.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual Elementar de Direito Civil: Direito de Família e das Sucessões.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil comentado (coord. Álvaro Villaça Azevedo), São Paulo: Atlas, 2003. v.16.

LOTUFO, Maria Alice Zaratini, *Curso avançado de Direito Civil: Direito de Família.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v.5.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*, parte geral (art. 1º a 232) São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

MADALENO, Rolf. A Concorrência Sucessória e o Trânsito Processual: a Culpa Mortuária. *In: Revista Brasileira do Direito de Família.* Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBFAM) Porto Alegre: Síntese, 2005.

_____Do Regime de Bens entre os Cônjuges. *In: DIAS*, Maria Berenice; **PEREIRA**, Rodrigo da Cunha (coords.) *Direito de Família e o novo Código Civil.* 3º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____O novo Direito Sucessório Brasileiro. *In: Revista Jurídica.* Porto Alegre: Notadez, jan./2002, v. 291.

MALHEIROS, Fernando. *Da Incomunicabilidade de Bens sub-rogados no Regime da Comunhão Parcial de Bens.* n. 694. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 82.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Das Cláusulas de Inalienabilidade, Incomunicabilidade e Impenhorabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1986.

MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*, 11º ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARK, Thomas. *Curso elementar de Direito Romano*, 8º ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 24º ed. São Paulo, 1986, v.2.

_____ *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 35º ed. atual. Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, São Paulo: Saraiva, 2003, v. 6.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. Concorrência Sucessória e Conflito de Leis. *Revista Brasileira do Direito de Família*. n.29, Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM) Porto Alegre: Síntese, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; **NERY**, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

NERY, Rosa Maria Barreto Borelle de Andrade. *O novo Código Civil: estudo em homenagem ao prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

NUNES, Arnaldo Rizzardo. *Contratos*. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões: da Sucessão em Geral e da Sucessão Legítima*. 5º ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1987.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de; **HIRONAKA**, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do casamento – *Direito de Família e o novo Código Civil*. 3ª ed. (coord.) **DIAS**, Maria Berenice e **PEREIRA**, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: Del Rey, Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM) 2003.

OLIVEIRA, Euclides. Alteração do Regime de Bens no Casamento. *Questões controvertidas no novo Código Civil*, (coord.) Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves São Paulo: Método, 2004. v.1.

_____ Concorrência Sucessória e a nova ordem de Vocação Hereditária. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM) Porto Alegre: Síntese n. 29 Abril/Maio 2005.

_____ *Direito das Sucessões*. Curso de Direito das Sucessões. org. Douglas Philips Freitas, Blumenau: Nova Letra, 2006.

_____ *Direito de Herança: A Nova Ordem da Sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PACHECO, José da Silva. *Inventários e Partilhas na Sucessão Legítima e Testamentária*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direitos Reais*. 12º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v.4.

_____ *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15º ed. atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira, Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 6.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. 1 e 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.

_____ *Tratado de Direito de Família – Direito Matrimonial*. Ed. Max Limonad, 1947.

_____ Projeto do Código Civil, Com As Emendas do Senado Federal. Organização e notas de J. M. Leoni Lopes de Oliveira, São Paulo: Lumen Juris, 1998.

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

_____ *O novo Código Civil e seus críticos*. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br>> (acesso em 10/2002).

_____ *Prefácio*. In *Brasil. Novo Código Civil Brasileiro. Estudo comparativo com o Código Civil de 1916*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003.

REGIS, Luiz Mário Delgado. Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Convivente. *Revista Brasileira do Direito de Família*, n.29. Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM) Porto Alegre: Síntese, abr/maio 2005.

_____ Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Convivente, uma proposta de harmonização do sistema. *Questões controvertidas no direito de família e sucessões – Série grandes temas de direito privado*, São Paulo: Editora Método, 2005. v.3.

_____ Problemas de Direito Intertemporal: Breves considerações sobre as Disposições Finais e Transitórias do novo Código Civil brasileiro. *Questões controvertidas no novo Código Civil – Série grandes temas de Direito Privado*.

Coordenação Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. São Paulo: Editora Método, 2004. vol. 1.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*, 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. *A Família Decorrente do Casamento e sua Repercussão no Código Civil de 2002*. Tese de Doutorado, biblioteca PUC/SP, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Das Cláusulas de Inalienabilidade, Incomunicabilidade e Impenhorabilidade*, São Paulo: Saraiva, 1982.

_____ *Direito Civil, Direito das Sucessões*. 25º ed. atual. Por Zeno Veloso de acordo com o novo Código Civil Lei nº 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7.

_____ *Direito Civil: Direito de Família*. 28º ed. rev. atual. Por Francisco José Cahali de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva 2004. v.6.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro interpretado*. 8º ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v.XXII.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A Mutabilidade dos Regimes de Bens*. In: Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Disponível em < <http://www.ibdfam.com.br> >, acesso em 20.07.2004.

_____ *Direito das Sucessões: Proposta de Alteração*. In: *Revista brasileira do Direito de Família*, n.29 Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) Porto Alegre: Síntese, 2005.

Senado Federal. Código Civil: Anteprojetos (Anteprojeto do Código Civil 1972). Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989. v 5, t.1.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico.* Atual. Geraldo Magela Alves, 3º ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. v. I, II, III.

VELOSO, Zeno. *Novo Código Civil comentado,* 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____ Do Direito Sucessório dos Companheiros – *Direito de Família e o novo Código Civil.* 3ª edição. Coordenação DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da cunha. Belo Horizonte: Del Rey, Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM) 2003.

_____ Direito Real de Habitação na União Estável. *Questões controvertidas no novo Código Civil – Série grandes temas de direito privado.* Coordenação Mario Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método, 2004. vol. 1.

_____ Sucessão do Cônjuge no novo Código Civil. *In: Revista Brasileira de Direito de Família,* n. 17 Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) Porto Alegre: Síntese, abr/mai de 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família.* 3º ed. São Paulo: Atlas, 2002, v. 6.

_____ *Direito Civil: Direito das Sucessões.* 5º ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VERUCCI, Florisa. A mulher no Direito de Família Brasileiro: uma história que não acabou. *In: Revista dos Tribunais.* 1999.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões.* 12º ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

_____ *O novo Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2002

ZAINAGHI, Maria Cristina. *Os meios de defesa dos Direitos do Nascituro*. São Paulo: LTr, 2007.