

MANUAL^{das} SUCESSÕES

**Maria
Berenice
Dias**

MANUAL das **SUCESSÕES**

6^a *edição*
revista, atualizada e ampliada

versão
CAPA DURA

2019

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Território Rio Branco, 87 – Pituba – CEP: 41830-530 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3045.9051

• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Diagramação: Marcelo S. Brandão (santibrando@gmail.com)

Capa: Ana Caquetti

• A Editora JusPODIVM passou a publicar esta obra a partir da 6.ª edição.

D541m Dias, Maria Berenice.
Manual das Sucessões / Maria Berenice Dias. – 6. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador:
Editora JusPodivm, 2019.
976 p.

Bibliografia.
ISBN 978-85-442-2912-5.

1. Direito Hereditário. 2. Direito Civil. I. Dias, Maria Berenice. II. Título.

CDD 342.165

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

6.ª ed., 2.ª tir.: jun./2020.

Gente amada,

Claro que todos sabem que ninguém começa uma obra jurídica escrevendo uma carta.

Mas vocês não imaginam a quantidade de mensagens que recebo de quem se sentiu acarinhado com a mensagem que abre o “Manual de Direito das Famílias”.

Confesso que, particularmente, me emocionou a solicitação de uma acadêmica. Ela pediu que eu assinasse a carta, de tanto que gostava de a ler e reler. Não queria que eu fizesse uma dedicatória. Só desejava a assinatura, porque, afinal, todas as cartas são assinadas.

Foi por isso que decidi conversar também com quem abre este livro. Principalmente porque ele fala da morte.

Um tema que ninguém gosta de falar. Vai que ela ouça e se lembre da gente!

Creio que o sentimento generalizado nem é o medo da morte. É de pena por não mais se poder curtir a vida e todas as suas delícias.

Assim, enquanto ela não chega, a vida nos leva, ou a vamos levando!

Encarar esta realidade – escrever ou, até mesmo, ler a respeito – parece algo mórbido, quase um mau agouro.

Mas não tem jeito, é preciso encarar essa realidade.

Talvez essa seja a razão de o Direito das Sucessões ser um tema tão difícil de ser enfrentado. A doutrina que existe é bem acanhada, se comparada com o que se publica sobre Direito das Famílias.

Já que somos muito atentos para com os nossos afetos, é necessário saber o que vai acontecer a eles, como vão ficar quando deixaremos de cuidá-los pessoalmente.

A morte traz um sem-número de consequências jurídicas, o que não dá para ser ignorado.

Minha proposta é uma releitura desse ramo do Direito que, apesar de ninguém gostar de admitir, diz com as sequelas da morte nas relações de afeto.

A resistência em abordar assuntos que todos fazem questão de não lembrar leva à estagnação, a um descompasso que não se justifica. A lei acaba descolada da realidade. Por isso, é necessário trazer a nova moldura social às questões que necessitam ser reguladas para depois da vida.

Quem me conhece sabe que tenho muita dificuldade de aceitar o que está posto como verdade absoluta. Não adianta, acabo sempre manifestando minha posição, ou melhor, minha oposição. Tal, no entanto, não subtrai o grau de cientificidade do meu trabalho, uma vez que não deixo de referir à posição da doutrina e às tendências da jurisprudência.

Uma justificativa ao sem-número de questionamentos que recebo sobre novas edições. Por absoluto respeito a quem adquire minhas obras, pela lealdade para com o meu leitor, lanço uma nova edição quando há mudanças – legais ou jurisprudenciais – significativas. E sempre com atualizações doutrinárias e jurisprudenciais, novas súmulas e enunciados. Cada edição é um novo livro!

Apesar de reconhecer a importância do direito comparado, não trago a legislação de outros países. Também os aspectos históricos dos diversos institutos não são alvo da presente publicação, a não ser quando é indispensável alguma mirada no tempo para entender a evolução de alguma situação, e a forma como está sendo tratada agora.

Como não consigo me afastar de minha formação acadêmica, abordo os aspectos processuais em cada um dos capítulos. Não basta saber o direito consagrado na lei civil. É preciso conhecer os meios para torná-lo efetivo, daí a indispensabilidade de bem manejar os instrumentos para concretizá-los. Essa é a função do processo.

Por óbvio que não tenho a pretensão de esgotar todos os aspectos que envolvem cada um dos institutos. Por isso, ao final de cada capítulo, faço a indicação de leitura complementar, como subsídio a quem deseja aprofundar-se em algum dos temas. Por esse mesmo motivo, no início de cada capítulo, indico a legislação que dispõe de alguma relevância temática, pois o Código Civil não exaure a matéria sucessória.

Para facilitar o estudo, até tentei, na medida do possível, guardar pertinência com a ordem da lei civil, mas não abro mão de trazer os assuntos de

uma maneira mais lógica. Daí as inversões. Não dá para falar dos excluídos da sucessão sem antes dizer quem são os sucessores. Também é necessário analisar a indignidade e a deserdação de forma conjunta, pois são institutos afins. Bem, esses são só alguns exemplos para justificar o que parece ser um embaralhamento de temas, mas que nada mais é do que uma tentativa de estabelecer uma ordem racional e conduzir a leitura de uma maneira mais suave.

Principalmente em sede de direito sucessório, o Código Civil esqueceu de acompanhar a fantástica revolução produzida pelo avanço tecnológico e as inúmeras facilidades trazidas ao mundo da comunicação. O Código de Processo é mais vanguardista. Não o suficiente.

Não só de falta de imaginação se ressentem o livro do Direito das Sucessões. Foi perdida uma bela oportunidade de atualizar a maioria dos seus institutos. Como grande novidade, trouxe a concorrência sucessória e inseriu o cônjuge como herdeiro necessário. No mais, disciplinou os direitos sucessórios na união estável, de maneira absolutamente equivocada, tanto que o STF declarou inconstitucional a diferenciação. De resto, copiou – e mal – o Código anterior, que era do início do século passado. Servia para regular a sociedade daquela época, que não mais se encaixa no modelo social dos dias de hoje. Como se está vivendo um novo momento é preciso atentar que não se pode mais falar em “família”, mas em “famílias”. Essa talvez seja a maior preocupação deste trabalho: fazer uma leitura da lei segundo o viés da realidade da vida como ela é.

Limitou-se, o legislador, a utilizar o conhecido “recorta e cola”, possibilidade muito facilitada pelos recursos da informática. Assim, continua falando em “deixa”, “caducidade”, “codicilo”, sem qualquer preocupação de, ao menos, atualizar ditas expressões. Esse foi o motivo que me levou a tentar explicar os termos utilizados pela lei e algumas expressões consagradas em sede doutrinária. Eis a origem do que chamo de “dicionário”. Eu sei, a palavra certa seria “glossário”, mas esta também precisaria ser inserida no “dicionário”. Apesar do nome, claro que não é um dicionário, na real acepção do termo. São singelas explicações para facilitar a leitura. Certamente os estudantes têm alguma dificuldade de entender determinados temas, por desconhecer o significado de certas palavras. Por isso, ainda que isso não seja usual, não encontrei outra forma para tentar amenizar as dificuldades, em face da utilização de uma linguagem tão fora do cotidiano.

Com essa mesma preocupação, acabei me rendendo às representações gráficas para facilitar a visualização de algumas situações bastante intrincadas. Até porque nunca vi um professor não fazer uso desse recurso ao falar sobre direito hereditário. Fui buscar no genograma os critérios para a identificação gráfica dos vínculos familiares, nada mais do que a antiga “árvore genealógica”. Para quem não está familiarizado com essas figuras, no final, há um capítulo com a identificação dos símbolos utilizados.

Apesar de continuar causando alguma estranheza, permanece o nome “Manual”. Parece algo muito antigo. Mas encanta-me o seu significado: tanto quer dizer que foi feito artesanalmente, como se destina a ser manuseado.

Afinal, como tudo o que se faz com as mãos, tem um pouco de quem faz. E esta é a ideia: dar um pouco de mim.

Desde a primeira edição, muitos aceitaram o convite para fazermos um grande debate. Recebo muitas observações, sugestões e críticas, e as considero em cada nova edição. Continuo com o mesmo compromisso. Acredito que esse é o único meio de se construir o direito sem perder o norte da justiça.

Gostaria que recebessem esta nova edição do *Manual das Sucessões* com o mesmo carinho que sempre dedicam a tudo o que faço. É com o eco de vocês que encontro energias para continuar apostando em meus sonhos.

Por favor, vamos continuar cúmplices nesta delirante busca de uma justiça mais atenta à realidade da vida.

Fiquem com o meu afeto,



Maria Berenice Dias

www.mbdias.com.br

www.mariaberenice.com.br

www.direitohomoafetivo.com.br

SUMÁRIO

1. DIREITO DAS SUCESSÕES	43
1.1. Origem	43
1.2. Aspectos históricos	46
1.3. No Brasil	47
1.4. Tentativa conceitual	49
1.5. Viés constitucional	51
Leitura complementar	53

I – FAMÍLIAS E SUCESSÃO

2. PARENTESCO	57
2.1. Características	57
2.2. Classificação	58
2.3. Linha	61
2.4. Grau	65
2.5. Estirpe	67
2.6. Afinidade	68
2.7. Adoção	70
2.8. Filiação socioafetiva e multiparentalidade	71
2.9. Adoção póstuma e reconhecimento da filiação socioafetiva <i>post mortem</i>	73

2.10. Falecimento do pai antes do nascimento do filho ..	74
Leitura complementar	75

3. CASAMENTO 77

3.1. Posição privilegiada	77
3.2. Meação	78
3.3. Regime de bens	80
3.4. Separação de fato	83
3.5. Culpa	86
3.6. Cônjuge como herdeiro necessário	87
3.7. Concorrência sucessória	88
3.8. Doação	88
3.9. Direito real de habitação	89
3.10. Alimentos	93
3.11. Renúncia	94
3.12. Casamento nulo ou anulável	94
3.13. Casamento putativo	95
3.14. Legitimidade	96
3.15. Aspectos processuais	96
Leitura complementar	97

4. UNIÃO ESTÁVEL 99

4.1. Distinção inconstitucional	99
4.2. Meação	104
4.3. Companheiro como herdeiro necessário	105
4.4. Concorrência sucessória	109
4.5. Direito real de habitação	109

4.6. Aspectos processuais	111
Leitura complementar	113
5. UNIÃO HOMOAFETIVA	115
5.1. A omissão do legislador	115
5.2. Avanços jurisprudenciais	116
5.3. Aspectos processuais	118
Leitura complementar	119
6. FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS	121
6.1. Famílias simultâneas ou paralelas?	121
6.2. União poliafetiva	129
6.3. Aspectos processuais	130
Leitura complementar	130
7. FAMÍLIAS PARENTAIS	133
Leitura complementar	136

II – DIREITO SUCESSÓRIO

8. SUCESSÃO <i>INTER VIVOS</i> E <i>CAUSA MORTIS</i>	139
8.1. Aspectos distintivos e classificatórios	139
8.2. A prova da morte	140
8.2.1. Morte presumida	142
8.2.2. Aspectos processuais	143
Leitura complementar	143

9. ABERTURA DA SUCESSÃO	145
9.1. Morte e transferência dos bens	145
9.2. Aspectos processuais	151
Leitura complementar	152
10. PRINCÍPIO DE SAISINE	153
10.1. Conceito e características	153
10.2. Delação e renúncia	155
Leitura complementar	157
11. MODALIDADES SUCESSÓRIAS	159
11.1. Características	159
11.2. Sucessão universal	161
11.3. Sucessão singular	161
11.4. Sucessão legítima	162
11.5. Sucessão testamentária	165
11.6. Legado	167
11.7. Sucessão mista	168
11.8. Pacto sucessório	168
Leitura complementar	170
12. CAPACIDADE SUCESSÓRIA	171
12.1. Quem pode suceder	171
12.2. Nascituro	174
12.3. Técnicas de reprodução assistida	176
12.4. O que não dispõe de capacidade sucessória	181
Leitura complementar	182

13. CLASSIFICAÇÃO DOS HERDEIROS	183
13.1. Premissas	183
13.2. Classe	184
13.3. Grau	186
13.4. Linha	188
13.5. Critérios sucessórios	190
13.5.1. Descendentes	191
13.5.2. Ascendentes	192
Leitura complementar	192
 14. ORDEM DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA	 193
14.1. Quem herda?	193
14.2. Descendentes	195
14.2.1. Multiparentalidade	196
14.2.2. Direito de representação	197
14.3. Ascendentes	198
14.4. Cônjuge	200
14.5. Companheiro	202
14.6. Colaterais	203
14.7. Estado	206
Leitura complementar	208
 15. CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA	 211
15.1. Os super-herdeiros	211
15.2. Natureza jurídica	215
15.3. Base de incidência	216

15.3.1. Concorrência com os descendentes	216
15.4. Renúncia	219
15.5. Colação	220
Leitura complementar	221
16. CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO	223
16.1. Injustificável discriminação	223
16.2.1. Concorrência com os descendentes	225
16.2.2. Concorrência com os ascendentes	227
16.2.3. Concorrência com os parentes colaterais	228
Leitura complementar	230
17. CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES	231
17.1. Um direito condicional	231
17.2. Regime de bens	232
17.2.1. Comunhão universal	234
17.2.2. Separação obrigatória e convencional	234
17.2.3. Comunhão parcial	236
17.2.4. Participação final nos aquestos	238
17.3. Dificuldades incontornáveis	239
17.4. Quota mínima	241
17.5. Filiação híbrida	243
17.6. Direito de representação	244
17.7. Renúncia	245
18. CONCORRÊNCIA COM OS ASCENDENTES	247

19. ACEITAÇÃO E RENÚNCIA	251
19.1. Aceitar o que já é seu?	251
19.2. Natureza jurídica	254
19.3. Notificação	257
Leitura complementar	258
 20. RENÚNCIA	 259
20.1. Distinções e equívocos	259
20.1.1. Renúncia abdicativa e translativa	261
20.1.2. Características	262
20.2. Notificação do herdeiro	266
20.3. Renúncia prévia	266
20.4. Meação e direito de concorrência	268
20.5. Anuência do cônjuge ou companheiro	269
20.6. Direito dos credores	270
20.7. Direito de acrescer	271
20.8. Sucessão testamentária	273
20.9. Aspectos processuais	274
Leitura complementar	275
 21. CESSÃO	 277
21.1. Distinções e equívocos	277
21.2. Características	279
21.3. Direito de preferência	284
21.4. Concordância do cônjuge ou companheiro	285
21.5. Meação	286
21.6. Aspectos processuais	287
Leitura complementar	288

22. DIREITO DE REPRESENTAÇÃO	289
22.1. Regras e exceções	289
22.2. Conceito	290
22.3. Direito de representação e renúncia da herança	295
22.4. Direito de representação e direito de concorrência	296
22.5. Sucessão colateral	297
22.6. Sucessão testamentária	298
Leitura complementar	299
23. DIREITO DE ACRESCECER	301
23.1. Conceito	301
23.2. Sucessão legítima	303
23.3. Sucessão testamentária	304
23.4. Princípios	306
23.4.1. Conjunção real (<i>re tantum</i>)	306
23.4.2. Conjunção mista (<i>re et verbis</i>)	307
23.4.3. Conjunção verbal (<i>verbis tantum</i>)	307
23.5. Modalidades	307
23.5.1. Quinhões não determinados	307
23.5.2. Quinhões determinados	308
23.5.3. Casal	308
23.5.4. Bem indivisível	309
23.5.5. Exclusão	309
23.5.6. Nulidade	309
23.5.7. Dinheiro	310
23.5.8. Alienação	310
23.6. Causas	310

23.7. Encargos	311
23.8. Usufruto	312
Leitura complementar	313
24. TRANSMISSÃO DA HERANÇA	315
24.1. Benefício de inventário	318
24.2. Teoria da <i>disregard</i>	320
24.3. Morte, indignidade e deserdação	322
24.3.1. Morte	322
24.3.2. Indignidade e deserdação	324
Leitura complementar	325
25. TRANSMISSIBILIDADE DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES ...	327
25.1. Direitos da personalidade	327
25.1.1. Legitimidade	329
25.2. Obrigações de dar e fazer	331
25.3. Obrigação alimentar	334
25.4. Conta conjunta	338
25.5. Seguro de vida	340
25.6. Previdência privada	343
25.7. Cotas de consórcio	344
25.8. Direito previdenciário	345
25.9. Vida digital	348
25.10. Direitos autorais	349
25.11. Direitos intransmissíveis	351
25.12. Reflexos fora do direito sucessório	351
Leitura complementar	365

26. DIVISÃO DA HERANÇA	367
26.1. Pressupostos	367
26.2. Legítima	369
26.2.1. Restrições	370
26.2.2. Exclusão	370
26.3. Meação	371
26.3.1. Cálculo	372
26.3.2. Divisão	373
26.4. Adiantamento de legítima	373
26.5. Partilha em vida	377
26.6. Deliberação sobre a partilha	381
26.7. Adequação da legítima	383
Leitura complementar	384
 27. RESTRIÇÕES AO QUINHÃO HEREDITÁRIO	 385
27.1. Restrições doutrinárias	385
27.2. Necessidade de motivação	388
27.3. Limites à liberdade de testar	389
27.4. Inalienabilidade	391
27.5. Impenhorabilidade	393
27.6. Incomunicabilidade	394
27.7. Sub-rogação	396
27.8. Aspectos processuais	397
Leitura complementar	399
 28. EXCLUÍDOS DA SUCESSÃO	 401
28.1. Indignidade e deserdação	401

28.2. Premoriência	405
28.3. Comoriência	407
Leitura complementar	409
29. INDIGNIDADE	411
29.1. Características	411
29.2. Natureza jurídica	412
29.3. Indignidade, incapacidade e ilegitimidade	414
29.4. Sujeito ativo	415
29.5. Sujeito passivo	417
29.6. Causas	418
29.7. Efeitos	422
29.7.1. Quanto aos terceiros	423
29.7.2. Quanto ao cônjuge ou companheiro	425
29.7.3. Quanto aos descendentes	425
29.7.4. Quanto aos herdeiros testamentários e le- gatários	426
29.7.5. Adiantamento de legítima	427
29.7.6. Partilha em vida	427
29.7.7. Fideicomisso	427
29.8. Reabilitação	428
29.9. Aspectos processuais	429
Leitura complementar	433
30. DESERDAÇÃO	435
30.1. Características	435
30.2. Sujeito ativo	438
30.2.1. Cônjuge e companheiro	438

30.3.	Causas	439
30.3.1.	Comuns à indignidade e à deserdação	440
30.3.2.	Exclusivas da deserdação	441
30.3.3.	Causas comuns aos descendentes e ascendentes	441
30.3.4.	Específicas quanto aos descendentes	442
30.3.5.	Específicas quanto aos ascendentes	443
30.4.	Reabilitação	445
30.5.	Deserdação parcial ou condicional	445
30.6.	Efeitos	446
30.7.	Aspectos processuais	447
	Leitura complementar	449
31.	SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA	451
31.1.	Quem pode suceder	451
31.2.	Sucessão legítima	452
31.3.	Sucessão testamentária	452
	Leitura complementar	455
32.	LEGITIMIDADE E CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA	457
32.1.	Capacidade e legitimidade	457
32.2.	Capacidade testamentária ativa	457
32.2.1.	Idade	458
32.2.2.	Discernimento	459
32.2.3.	Incapacidade acidental	461
32.3.	Legitimidade testamentária passiva	462
32.4.	Filiação eventual	463

32.4.1. Fideicomisso	466
32.5. Embriões congelados	467
32.6. Pessoa jurídica	469
32.7. Impedimentos	470
Leitura complementar	474
33. TESTAMENTO	475
33.1. Vontade após a morte	475
33.2. Natureza jurídica	477
33.3. Características	477
33.3.1. Personalíssimo	478
33.3.2. Unilateral	479
33.3.3. Revogável	480
33.3.4. Unipessoal	480
33.3.5. Formal e solene	482
33.3.6. Gratuito	482
33.3.7. Imprescritível	483
33.3.8. <i>Causa mortis</i>	483
33.4. Vicissitudes	483
33.4.1. Revogação	483
33.4.2. Caducidade	484
33.4.3. Nulidade	484
33.4.4. Anulabilidade	484
33.4.5. Rompimento	484
Leitura complementar	484
34. TESTEMUNHAS	485
Leitura complementar	489

35. FORMAS DE TESTAMENTO	491
35.1. Requisitos formais	491
35.2. Ordinários	493
35.2.1. Público	494
35.2.2. Cerrado	497
35.2.3. Particular	501
35.2.4. Excepcional	503
35.2.5. Testamento das pessoas com deficiência	504
35.2.6. Quem não escreve	505
35.2.7. Quem não lê	505
35.2.8. Deficiente visual	506
35.2.9. Deficiente auditivo	506
35.2.10. Deficiente auditivo-visual	507
35.2.11. Mudo	507
35.2.12. Surdo-mudo	507
35.3. Especiais	508
35.3.1. Marítimo	509
35.3.2. Aeronáutico	510
35.3.3. Militar	510
35.3.4. Nuncupativo	511
Leitura complementar	512
36. CODICILO	513
37. DELIBERAÇÕES SOBRE O SUPORTE DA VIDA	517
37.1. Possibilidades	517
37.2. Princípios da bioética	519

37.3. Testamento vital	521
37.4. Diretivas antecipadas de vontade	523
37.5. Ortotanásia	524
Leitura complementar	525
38. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO	527
38.1. Possibilidades	527
38.2. Testamento	530
38.3. Partilha em vida	530
38.4. Adiantamento de legítima	531
38.5. Doação com reserva de usufruto	531
38.6. Deliberação sobre a partilha	531
38.7. Fideicomisso	531
38.8. Previdência privada	532
38.9. Constituição de pessoas jurídicas	533
Leitura complementar	536
39. HERDEIROS TESTAMENTÁRIOS E LEGATÁRIOS	539
39.1. Semelhanças e diferenças	539
39.2. Legitimidade	541
39.2.1. Aceitação e renúncia	542
39.3. Nomeação	544
39.3.1. Nomeação pura e simples	544
39.3.2. Nomeação sob condição (condicional)	545
39.3.2.1. Condição suspensiva	545
39.3.2.2. Condição resolutiva	545

39.3.3.	Nomeação para certo fim ou modo (modal)	546
39.3.4.	Nomeação por certo motivo	548
39.3.5.	Nomeação a termo	548
39.4.	Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade	549
	Leitura complementar	550
40.	LEGADOS	551
40.1.	Características	551
40.2.	Legatário	552
40.2.1.	Encargos	553
40.3.	Aquisição	554
40.4.	Modalidades	556
40.4.1.	De coisa alheia	556
40.4.2.	De bens fungíveis	558
40.4.3.	De coisa singularizada	558
40.4.4.	De bens localizados	559
40.5.	Espécies	560
40.5.1.	De imóvel	560
40.5.2.	De direitos reais	561
40.5.3.	De material genético	562
40.5.4.	Do acervo digital	563
40.5.5.	De crédito	563
40.5.6.	De quitação de dívida	564
40.5.7.	De dívida	564
40.5.8.	De dinheiro	565

40.5.9. De renda vitalícia ou pensão periódica ...	566
40.5.10. Em prestações periódicas	567
40.5.11. De alimentos	567
40.6. Caducidade	570
40.7. Aspectos processuais	574
40.8. Referências legais	574
Leitura complementar	579
41. SUBSTITUIÇÕES	581
41.1. Pressupostos	581
41.1.1. Substituição e fideicomisso	583
41.2. Legitimidade	584
41.3. Causas	585
41.4. Com encargo	586
41.5. Vulgar	587
41.6. Coletiva	587
41.7. Recíproca	588
41.8. Compendiosa	589
Leitura complementar	590
42. FIDEICOMISSO	591
42.1. Características e precisões terminológicas	591
42.1.1. Espécies	594
42.2. Abertura	596
42.3. Beneficiários	597
42.4. Direitos e deveres do fiduciário	599
42.5. Direitos e deveres do fideicomissário	601

42.6.	Caducidade	602
42.6.1.	Morte do fiduciário antes da abertura da sucessão	602
42.6.2.	Morte do fiduciário depois da abertura da sucessão, mas antes do prazo de transfe- rência	602
42.6.3.	Morte do fiduciário depois do prazo de transmissão ao fideicomissário	603
42.6.4.	Morte do fideicomissário antes do testa- dor	603
42.6.5.	Morte do fideicomissário antes do imple- mento do termo	603
42.6.6.	Não nascimento do fideicomissário	604
42.6.7.	Perecimento do bem antes da transmissão ao fideicomissário	604
42.7.	Renúncia	604
42.8.	Nulidade	605
42.9.	Distinções	605
42.9.1.	Usufruto	605
42.9.2.	Substituição vulgar	606
42.9.3.	Filiação eventual	607
42.10.	Aspectos processuais	607
	Leitura complementar	608
43.	INTERPRETAÇÃO DO TESTAMENTO	609
43.1.	Busca da vontade do testador	609
43.2.	Normas permissivas	612
43.3.	Normas interpretativas	612
43.3.1.	Integrativas	614

43.3.2. Retificativas	614
43.3.3. Supletivas	615
43.4. Normas proibitivas	616
43.5. Regras de interpretação	617
43.5.1. Casos duvidosos	619
Leitura complementar	619
44. EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA	621
44.1. Planos dos negócios jurídicos	621
44.1.1. Plano da existência	621
44.1.2. Plano da validade	622
44.1.3. Plano da eficácia	625
44.1.3.1. Condição	625
44.1.3.2. Termo	626
44.1.3.3. Modo ou encargo	626
44.2. Disposições legais	627
Leitura complementar	630
45. NULIDADE E ANULABILIDADE	631
45.1. Distinções	631
45.2. Do testamento	633
45.3. Das cláusulas testamentárias	636
45.4. Prazo	637
45.5. Legitimidade	638
45.6. Efeitos	639
45.7. Responsabilidade notarial	640
45.8. Aspectos processuais	640
Leitura complementar	641

46. CADUCIDADE	643
Leitura complementar	646
 47. REDUÇÕES	 647
47.1. Hipóteses e possibilidades	647
47.2. Das doações <i>inter vivos</i>	649
47.3. Das disposições testamentárias	652
47.4. Ordem das reduções	654
47.5. Bem indivisível	654
47.6. Bens remanescentes	655
47.7. Aspectos processuais	655
Leitura complementar	656
 48. REVOGAÇÃO	 657
48.1. Hipóteses e características	657
48.2. Capacidade	658
48.3. Extensão	659
48.4. Modalidades	659
48.5. Forma	660
48.6. Efeito	660
48.7. Caducidade	660
48.8. Validade	661
48.9. Revogação presumida	662
48.10. Multiplicidade de exemplares	663
48.11. Revogação da revogação	663
48.12. Codicilo	664
48.13. Disposições não patrimoniais	664

48.14. Aspectos processuais	665
Leitura complementar	665
49. ROMPIMENTO DO TESTAMENTO	667
49.1. Definição	667
49.2. Causas	671
49.2.1. Descendente sucessível	671
49.2.2. Herdeiros desconhecidos	674
49.2.3. Cônjuge e companheiro	675
49.2.4. Exceção	676
49.3. Aspectos processuais	677
Leitura complementar	678
50. TESTAMENTEIRO	679
50.1. Quem pode ser?	679
50.2. Natureza jurídica	680
50.3. Nomeação	680
50.3.1. Impedimentos	681
50.4. Testamenteiro dativo	682
50.5. Atribuições	683
50.5.1. Recusa	683
50.5.2. Administração provisória	684
50.5.3. Prazo	684
50.5.4. Prestação de contas	684
50.5.5. Ausência	684
50.6. Remuneração	684
50.7. Remoção	687

50.8. Extinção	688
50.9. Aspectos processuais	688
Leitura complementar	689
51. AUSÊNCIA	691
51.1. Algumas distinções	691
51.2. Morte presumida	693
51.3. Aspectos processuais	693
51.4. Curadoria dos bens do ausente	695
51.5. Sucessão provisória	697
51.6. Sucessão definitiva	701
51.7. Declaração de vacância	702
51.8. Retorno do ausente	702
51.9. Dissolução do casamento	703
Leitura complementar	704
52. HERANÇA JACENTE E VACANTE	705
52.1. Quando não há herdeiros	705
52.2. Distinções	706
52.2.1. Curador	709
52.2.2. Credores	709
52.2.3. Alienação de bens	710
52.3. Aspectos processuais	710
Leitura complementar	713

III – PROCESSO SUCESSÓRIO

53. ADMINISTRAÇÃO PROVISÓRIA	717
53.1. Justificativa	717

53.2. Legitimidade	718
53.3. Aspectos processuais	719
Leitura complementar	720
54. CONFIRMAÇÃO DO TESTAMENTO E DO CODICILO	721
54.1. Grande inutilidade	721
54.2. Testamento cerrado	724
54.3. Testamento público	726
54.4. Testamento particular	726
54.5. Codicilo e testamentos especiais	727
Leitura complementar	727
55. INVENTÁRIO E PARTILHA	729
55.1. Precisoões conceituais	729
55.2. Inventário negativo	732
55.3. Inventário conjunto	733
55.4. Dispensa de inventário	734
55.5. Alvará judicial	735
55.6. Questões que exigem dilação probatória	736
55.7. Legitimidade do espólio	737
55.8. Competência	739
55.9. Referências legais	739
Leitura complementar	741
56. INVENTARIANTE	743
56.1. Quem é	743
56.2. Nomeação	744

56.3.	Encargos	750
56.3.1.	Prestação de contas	751
56.4.	Remoção e destituição	752
56.5.	Cessação das atividades	755
	Leitura complementar	755
57.	INVENTÁRIO JUDICIAL	757
57.1.	Hipóteses de cabimento	757
57.2.	Prazo	758
57.3.	Competência	759
57.3.1.	Internacional	759
57.3.2.	Interna	761
57.4.	Valor da causa	762
57.5.	Custas processuais e taxa judiciária	763
57.6.	Assistência judiciária	763
57.7.	Abertura	764
57.8.	Procedimento	765
57.9.	Recursos	769
57.10.	Honorários advoc�cios	770
	Leitura complementar	771
58.	ARROLAMENTO	773
58.1.	Possibilidades	773
58.2.	Arrolamento sumário	774
58.3.	Arrolamento comum	776
	Leitura complementar	777

59. INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL	779
59.1. Características	779
59.2. Pressupostos	781
59.2.1. Ausência de testamento	781
59.2.2. Capacidade	784
59.2.3. Consenso entre os herdeiros	785
59.3. Questões procedimentais	786
59.3.1. Prazo	786
59.3.2. Competência	787
59.3.3. Advogado	787
59.3.4. Inventariante	788
59.4. Questões incidentais	788
59.4.1. Inventário conjunto	788
59.4.2. Dívidas do espólio	789
59.4.3. Tributos	789
59.4.4. Imposto de transmissão	789
59.4.5. Custas e emolumentos	790
59.4.6. Assistência judiciária	790
59.4.7. Renúncia	790
59.4.8. Cessão	791
59.4.9. Colação	791
59.4.10. Sobrepartilha	791
59.4.11. Retificação da partilha	791
59.4.12. Inventário negativo	792
59.4.13. Nulidade	792
Leitura complementar	792

60. PAGAMENTO DAS DÍVIDAS 795

60.1. Pressupostos	795
60.1.1. Momento da cobrança	796
60.1.2. Credores do espólio e credores dos herdeiros	797
60.1.3. Dívidas do espólio	798
60.1.4. Reserva de bens	800
60.1.5. Dívidas depois da partilha	801
60.1.6. Legatários	802
60.1.7. Devedor herdeiro	802
60.2. Habilitação de crédito	803
60.2.1. Remessa às vias ordinárias	804
60.2.2. Penhora no rosto dos autos	805
Leitura complementar	806

61. PARTILHA 807

61.1. Características	807
61.1.1. Procedimento	808
61.2. Partilha em vida	810
61.3. Partilha amigável	811
61.4. Partilha judicial	812
61.5. Bens indivisíveis	813
61.6. Anulação da partilha	815
61.7. Sobrepartilha	817
Leitura complementar	818

62. GARANTIA DOS QUINHÕES HEREDITÁRIOS 819

62.1. Partilha e fim do estado de comunhão da herança ..	819

62.2.	Evicção	820
62.2.1.	Herdeiro insolvente	821
62.3.	Aspectos processuais	821
	Leitura complementar	822
63.	COLAÇÃO	823
63.1.	Doação inoficiosa	827
63.1.1.	Venda de ascendente a descendente	829
63.2.	Obriguados à colação	831
63.2.1.	Descendentes	831
63.2.2.	Ascendentes	832
63.2.3.	Cônjuge e companheiro sobrevivente	833
63.2.4.	Casal	835
63.2.5.	Direito de representação	836
63.2.6.	Donatário	837
63.2.7.	Herdeiros não necessários	837
63.3.	Bens sujeitos à colação	838
63.3.1.	Frutos e rendimentos	839
63.3.2.	Doações indiretas	840
63.3.3.	Venda	841
63.3.4.	Perecimento	841
63.4.	Apuração do valor	841
63.5.	Cálculo da parte disponível	843
63.6.	Cálculo da legítima	843
63.7.	Cálculo dos quinhões	844
63.8.	Redução do excesso	845
63.9.	Herdeiros testamentários e legatários	847

63.10. Dispensa da colação	848
63.10.1. Doação a quem se torna herdeiro necessário	849
63.10.2. Gastos dos ascendentes com os descendentes	849
63.10.3. Doações remuneratórias	850
63.11. Concordância do cônjuge	851
63.12. Prescrição	852
63.13. Aspectos processuais	852
Leitura complementar	854
 64. SONEGADOS	857
64.1. Legitimidade ativa	859
64.2. Legitimidade passiva	860
64.3. Elemento subjetivo	862
64.4. Pena	863
64.5. Restituição dos bens	864
64.6. Aspectos processuais	865
Leitura complementar	866
 65. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA	867
65.1. Natureza da ação	867
65.2. Pressupostos	868
65.2.1. Habilitação	871
65.2.2. Competência	871
65.3. Legitimidade ativa	872
65.4. Legitimidade passiva	873
65.5. Herdeiro aparente	874

65.5.1. Quanto ao adquirente	874
65.5.2. Pagamento de legado	875
65.5.3. Ação reivindicatória	875
65.6. Prescrição	876
Leitura complementar	877
66. QUESTÕES TRIBUTÁRIAS	879
66.1. Bases de incidência	879
66.2. Imposto sobre a Transmissão <i>Causa Mortis</i> e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD e Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – ITBI	880
66.3. Meação	882
66.4. Concorrência sucessória	884
66.5. Direito de representação	884
66.6. Doação	884
66.7. Adiantamento de legítima e partilha em vida	885
66.8. Colação	885
66.9. Renúncia, indignidade e deserdação	886
66.10. Cessão	886
66.11. Substituição	887
66.12. Fideicomisso	887
66.13. Testamenteiro	888
66.14. Inventário	888
66.15. Arrolamento	890
66.16. Partilha amigável	890
66.17. Inventário e partilha extrajudicial	890
66.18. Súmulas	891
Leitura complementar	892

67. DIREITO INTERTEMPORAL	893
67.1. União estável	895
67.2. Testemunhas	895
67.3. Renúncia	896
67.4. Excluídos da sucessão	896
67.5. Conversão de bens da legítima	897
67.6. Restrições à legítima	897
67.7. Rompimento do testamento	897
67.8. Fideicomisso	898
67.9. Prescrição	899
Leitura complementar	900
 68. DICIONÁRIO	 901
 69. GENOGRAMA	 921
 70. SÚMULAS, TESES E ENUNCIADOS	 925
Supremo Tribunal Federal – STF	925
Teses de repercussão geral	925
Tema 498	925
Tema 526	925
Tema 529	925
Tema 622	925
Súmulas	926
Súmula 49	926
Súmula 112	926
Súmula 113	926
Súmula 114	926

Súmula 115	926
Súmula 116	926
Súmula 149	927
Súmula 265	927
Súmula 331	927
Súmula 377	927
Súmula 380	927
Súmula 382	927
Súmula 435	928
Súmula 447	928
Súmula 494	928
Súmula 542	928
Súmula 590	928
Súmula 656	928
Tribunal Federal de Recursos – TFR	929
Súmula 122	929
Superior Tribunal de Justiça – STJ	929
Teses de repercussão geral	929
Tema 732	929
Súmulas	929
Súmula 161	929
Súmula 227	930
Súmula 265	930
Súmula 336	930
Jornadas do Conselho da Justiça Federal	930
Súmula 340	930
Jornadas de Direito Civil	930

Enunciado 106	930
Enunciado 116	931
Enunciado 117	931
Enunciado 118	931
Enunciado 119	931
Enunciado 261	931
Enunciado 266	932
Enunciado 267	932
Enunciado 268	932
Enunciado 269	932
Enunciado 270	932
Enunciado 271	932
Enunciado 343	933
Enunciado 527	933
Enunciado 528	933
Enunciado 529	933
Enunciado 575	933
Enunciado 600	933
Enunciado 609	933
Enunciado 610	934
Enunciado 611	934
Enunciado 641	934
Jornadas de Direito Processual Civil	934
Enunciado 51	934
IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família	934
Enunciado 52	934
Enunciado 02	934

Enunciado 03	935
Enunciado 09	935
Enunciado 15	935
Enunciado 16	935
BIBLIOGRAFIA	937
ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO	959
OBRAS DA AUTORA	967

1

DIREITO DAS SUCESSÕES

Sumário: **1.1.** Origem – **1.2.** Aspectos históricos – **1.3.** No Brasil – **1.4.** Tentativa conceitual – **1.5.** Viés constitucional – Leitura complementar

Referências legais: CR 5.º XXX e XXXI, 155 § 1.º I; LINDB 10; CC 6.º a 9.º, 22 a 39, 56 parágrafo único, 133, 202 IV, 204, 270, 276, 415, 497 I, 498, 507, 520, 550, 553 parágrafo único, 560, 561, 577, 607, 626, 637, 674, 682 II, 685, 689, 690, 691, 702, 719, 792 parágrafo único, 793, 794, 797, 836, 865, 917 § 2.º, 965 I, III e IV, 1.027, 1.028, 1.032, 1.050, 1.056 § 1.º, 1.206, 1.207, 1.320 § 2.º, 1.372, 1.410 I, 1.429, 1.489 II a IV, 1.523 I e II, 1.555, 1.571 I e § 1.º, 1.597 II, 1.601 parágrafo único, 1.606, 1.635 I, 1.645, 1.650, 1.652, 1.668 I, 1.675, 1.676, 1.685, 1.686, 1.691 parágrafo único, II, 1.693 III e IV, 1.700, 1.721 parágrafo único, 1.729 parágrafo único, 1.730, 1.733 § 1.º, 1.754 IV, 1.759, 1.784 a 2.027; CPC 75, VI e VII, 110, 778 § 1º II, 610 a 673; Lei 5.172/1866 (Código Tributário Nacional – CTN), 35 parágrafo único, 41; Lei 8.971/1994; Lei 9.278/1996.

1.1. ORIGEM

Sem entrar na controvérsia de quando começa a vida, o certo é que ninguém quer que ela acabe com a morte. O desejo de transcender para além da existência corpórea encontra respostas nas religiões que, invariavelmente, prometem a continuação da vida em dimensões outras. A ideia de perenidade da vida está muito ligada à questão sucessória, que se afirma como complemento natural à perpetuação da família. A mesma cadeia ininterrupta que une as gerações constitui o nexu sucessório civil. A continuidade da vida implica logicamente continuidade no gozo dos bens necessários à existência e ao desenvolvimento do indivíduo.¹

1. Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, v. 1, 21.

Nas sociedades organizadas em bases capitalistas, o direito sucessório surge com o reconhecimento natural da **propriedade privada**.² Está ligado à continuação do culto familiar que, desde os tempos remotos, advém da ideia de **propriedade**.³ O patrimônio e a herança nascem do instinto de conservação e melhoramento.⁴ A manutenção dos bens no âmbito da família é um eficiente meio de preservação da propriedade privada, pois todos os seus membros acabam defendendo os bens comuns. Nas sociedades onde não existe direito de propriedade nem interesse na preservação da família não existem direitos sucessórios.

Fundamentos de origem biológica e antropológica ligados à hereditariedade são invocados para justificar a transmissão hereditária de bens.⁵ O filho herda não só as qualidades da espécie e da raça, mas também as particularidades da família. Herda as características físicas, psíquicas e morais e, como afirma Carlos Maximiliano, a lei deve reconhecer o que existe naturalmente.⁶ A **hereditariedade** existe em toda a natureza. Ao se assegurar o direito de transmitir bens aos entes caros, mantém-se perpétuo o estímulo ao trabalho e à economia, ao aperfeiçoamento e à constância do esforço útil.⁷ Daí a naturalização da ideia de que a **transferência do patrimônio aos descendentes**, além de estimular a poupança, o trabalho e a economia, consolida a estrutura familiar, como fator de proteção, coesão e perpetuidade da família.⁸ O interesse pelo futuro e pelo bem-estar da prole é instintivo. O homem, por afeto e bondade, leva adiante o seu labutar, até conseguir iguais vantagens para os entes que o cercam, auxiliam e estimam.⁹

A **solidariedade humana** não se reduz unicamente ao espaço, tem, necessariamente, que abranger o tempo. Este é o fundamento social da **transmissão das obrigações causa mortis**. Mas há também um fundamento jurídico: não permitir que a morte converta o patrimônio de alguém em *res derelicta*, isto é, coisa sem dono. O patrimônio individual constituiu-se

2. Lia Pallazzo Rodrigues, Direito sucessório do cônjuge sobrevivente, 121.

3. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7.

4. Carlos Maximiliano, Direito das Sucessões, v. 1, 29.

5. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 5.

6. Carlos Maximiliano, Direito das Sucessões, v. 1, 21.

7. Idem, 28.

8. Giselda Hironaka, Direito das Sucessões, 5.

9. Carlos Maximiliano, Direito das Sucessões, v. 1, 22.

em uma **universalidade**, um conjunto indivisível de direitos que passa ao sucessor universal sem perder a unidade.¹⁰

O próprio **Estado** tem interesse na manutenção da família, pois com isso se desonera do compromisso de garantir aos seus cidadãos o leque de direitos que lhes é assegurado constitucionalmente. E, se a própria família dispõe de meios para prover o sustento de seus membros, o Estado se vê livre desse encargo. Basta ver que é atribuído à **família**, à sociedade e ao Estado – nessa ordem – os deveres inerentes a crianças e adolescentes (CR 227). Não é por outro motivo que a família é considerada a base da sociedade, merecedora de proteção especial (CR 226).

De qualquer sorte, a ideia da família é universal. Viver em família tem vantagens, mas também gera obrigações. É a consagrada frase de Saint-Exupéry: tu és responsável por quem cativas! Apropriando-se do sentido de cuidado gerado pelo afeto, a lei institui: o **princípio da solidariedade**; o **poder familiar** (CC 1.630); o **dever alimentar** entre os parentes (CC 1.694), bem como o **dever de mútua assistência** entre cônjuges (CC 1.566 III) e companheiros (CC 1.724). A solidariedade familiar consagrada entre os parentes nada mais é do que atribuir às pessoas unidas por laços afetivos o dever de uns cuidarem dos outros.

Mesmo com a morte, ninguém pode deixar desprotegidas as pessoas para com quem tinha obrigações de sustento e assistência. Daí a instituição de **herdeiros necessários**, justamente as pessoas entre as quais existe obrigação alimentar. É de tal ordem o dever decorrente da responsabilidade familiar que ninguém pode abrir mão de todo o seu patrimônio (CC 548): se tiver herdeiros necessários, a metade de seus bens é assegurada a eles (CC 1.846).

A lei mantém o patrimônio hereditário dentro da família: os bens não ficam sem titular e a família não resta ao desabrigo. Por isso há quem diga que o direito das sucessões constitui um prolongamento natural da família.¹¹ Porém, em respeito ao princípio da autonomia da vontade, a restrição não é absoluta. Quem tem herdeiros necessários somente pode dispor da metade do seu patrimônio por meio de **testamento**. Assim, convivem harmoniosamente a sucessão em virtude da lei e a sucessão por vontade do titular do patrimônio de beneficiar determinadas pessoas.¹²

10. Orosimbo Nonato, Estudos sobre sucessão testamentária, v. 1, 17.

11. Antônio Elias de Queiroga, Curso de Direito Civil, 2.

12. Salomão de Araújo Cateb, Direito das Sucessões, 30.

1.2. ASPECTOS HISTÓRICOS

O direito sucessório tem origem remota: desde que o homem deixou de ser nômade e começou a amear patrimônio. Os bens que antes eram comuns passaram a pertencer a quem deles se apropriou. Quando a sociedade se estruturou em famílias, surgiu a **propriedade privada**, cada núcleo familiar com seus bens e sua religião. Por muitos séculos os direitos patrimoniais não se partilhavam: pertenciam à sociedade familiar. A ideia de sucessão surgiu após consolidar-se a formação da família.¹³

Em **Roma**, o patriarca – o *pater familiae* – era o titular do patrimônio. Para ser mantido mesmo depois da morte do seu titular, transmitia-se por testamento, uma invenção romana. O direito de dispor da própria fortuna por ato de última vontade surgiu com o progresso do individualismo, na medida em que a pessoa se afirmava perante a família.¹⁴

Havia interesse mais de ordem religiosa do que patrimonial na transferência dos bens. A morte de alguém sem sucessor ensejava a extinção do culto doméstico, trazendo infelicidade aos mortos. Daí a importância da figura do herdeiro: dar continuidade à religião familiar. Como o conceito de família era extensivo, não havia limitações para herdar quanto aos graus de parentesco. Na ausência de herdeiros, a **adoção** era a forma de assegurar a perpetuação da família.

Historicamente, a sucessão sempre se operou na **linha masculina**, sob a justificativa de que a filha não daria seguimento ao culto familiar, pois ao casar adotava a religião do marido.¹⁵ Também entre os filhos homens existiam injustos privilégios. Na **Idade Média**, para evitar a divisão dos feudos, a sucessão beneficiava somente o filho mais velho. Era o chamado direito de **primogenitura**: o patrimônio transmitia-se ao primeiro filho homem para garantir a integralidade do patrimônio familiar.

À época do **feudalismo**, quando do falecimento de um servo, o senhor feudal assumia a titularidade de sua herança. O herdeiro só conseguia receber os bens mediante o pagamento de pesados impostos. Para driblar a tributação, surgiu na **França** o chamado **princípio de saisine**, uma ficção de que a transmissão do patrimônio aos herdeiros ocorre de forma automática.

A **sociedade atual** ainda se funda no direito patrimonial. No dizer de Carlos Maximiliano, a herança *tornou-se um dogma formidável e mul-*

13. Antônio Elias de Queiroga, Curso de Direito Civil, 24.

14. Carlos Maximiliano, Direito das Sucessões, v. 1, 27.

15. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 3.

*tissecular. Agrava a desigualdade social e facilita a nociva proliferação dos opulentos inúteis, corruptos e viciosos.*¹⁶

Isso tudo sem contar que existe um **interesse fiscal**, que impõe o pagamento de impostos quando da transferência patrimonial, quer por ato entre vivos (venda e doação), quer quando da morte de seu titular, para que ocorra a transmissão dos bens aos herdeiros. Um novo feudalismo?

1.3. NO BRASIL

Reproduzindo o modelo da sociedade do início do século passado, o Código Civil de 1916 reconhecia como família, exclusivamente, a constituída por meio do **casamento indissolúvel**. Para assegurar a integridade patrimonial da família, os **filhos** havidos fora do casamento eram chamados de “**ilegítimos**” e não podiam ser reconhecidos. Essa verdadeira aberração perdurou até a Constituição banir todo e qualquer tratamento discriminatório relativo à filiação (CR 227 § 6.º). Talvez seja essa a origem da expressão “herdeiros legítimos”, que de forma injustificável ainda permanece na lei, como se existissem “herdeiros ilegítimos”.

O Código Civil pretérito também vedava quaisquer direitos aos integrantes de **relações extramatrimoniais**. Era nula a **doação** feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice (CC/1916 1.177), que também não podia ser beneficiário de **seguro de vida** (CC/1916 1.474). A concubina do testador casado não podia ser contemplada no **testamento** (CC/1916 1.719 III).

O **concubinato** não era reconhecido como família. Mesmo que fossem solteiros, separados ou divorciados, e ainda, que tivessem filhos, o parceiro sobrevivente não fazia jus a direitos sucessórios. De maneira tímida, a jurisprudência passou a conceder à mulher indenização por **serviços domésticos**, como se existisse entre os companheiros somente uma relação de trabalho. Depois foi reconhecida como mera **sociedade de fato**, a dar ensejo à divisão do patrimônio amealhado durante a vida em comum, mediante a prova da participação de cada um dos “sócios” na formação do acervo da “sociedade”.¹⁷

Este tratamento discriminatório e injusto perdurou até a Constituição da República reconhecer a **união estável** como entidade familiar (CR 226 §

16. Idem, 31.

17. STF – Súmula 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

3.º). Seis anos depois é que foi expressamente assegurado direito sucessório ao parceiro sobrevivente (L 8.971/94).

Em sede de direito sucessório, o Código Civil atual praticamente copiou o Código anterior. Limitou-se a reduzir a ordem de vocação hereditária. Limitou o direito sucessório dos **colaterais** do sexto para o quarto grau. A feitura dos **testamentos** foi simplificada, mas coisa pouca.

Talvez seja nos capítulos da **indignidade** e da **deserdação** onde se flagra com mais nitidez a despreocupação do legislador. De forma injustificável, foram reproduzidas as causas que permitem a expulsão do herdeiro. A única mudança foi abolir a **desonestidade da filha** que vive na casa paterna, como causa de deserdação (CC/1916 1.744 III). De resto está tudo igual. É desastroso – para dizer o mínimo – limitar as causas que autorizam excluir o herdeiro, o que não permite penalizar ações outras com a exclusão da herança. Afinal, a maldade humana não tem limites.

Ou seja, o que precisava ser alterado não o foi e algumas das mudanças introduzidas não se justificam. O Código Civil faz distinção entre **casamento e união estável**, ao não reconhecer os mesmos direitos sucessórios a cônjuges e companheiros. A união estável está contemplada em um único artigo (CC 1.790). O companheiro foi inserido em último lugar na ordem de vocação hereditária, depois dos parentes colaterais, enquanto o cônjuge, além de figurar em terceiro lugar, foi elevado à categoria de herdeiro necessário. O direito de concorrência sucessória também concede tratamento assimétrico. Desfruta o cônjuge de privilégios em maior extensão. Todas essas odiosas diferenças são de escancarada inconstitucionalidade. Foi o que reconheceu o STF ao menos no que diz com o direito de concorrência.¹⁸ No entanto, os fundamentos da decisão não permitem que se mantenham distinções outras. Quer no âmbito sucessório, quer nos demais ramos do direito.

Das novidades, nem a inserção do cônjuge como herdeiro necessário nem o reconhecimento do **direito de concorrência** têm alguma razão de ser. A atribuição coacta de direitos sucessórios, sem atentar ao desejo dos cônjuges e companheiros, é de todo desarrazoada. Impor a divisão de patrimônio de modo diverso do pactuado pelo casal, que elegeu um regime de bens para o casamento ou a união estável, configura clara afronta ao

18. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

princípio da **autonomia da vontade**. A escolha levada a efeito em vida precisa ser respeitada mesmo após a morte. Descabido acreditar que o regime de bens vale somente para o divórcio e não em razão da morte.

Perdeu o legislador a oportunidade de inserir no âmbito de proteção do direito das famílias – e, via de consequência, do direito sucessório – as uniões de pessoas do mesmo sexo. Coube à jurisprudência reconhecer um leque de direitos às **uniões homoafetivas**, inclusive o direito à herança.

O Código Civil se ocupa do direito das sucessões no Livro V (1.784 a 2.027). Depois de algumas disposições de caráter geral, trata da sucessão legítima e da sucessão testamentária. Ao final traz disposições sobre inventário e partilha, assuntos que igualmente são regulados no Código de Processo Civil (610 a 673). Apesar do compromisso de agilizar a prestação jurisdicional, ao menos no campo do direito sucessório as alterações trazidas pela lei processual são ínfimas, para não dizer nenhuma.

Apesar da tentativa de sistematização, flagram-se dispositivos, títulos e capítulos completamente embaralhados. Basta lembrar que a sucessão na união estável se encontra entre as disposições gerais. O capítulo dos excluídos da sucessão antecede os títulos que regem o direito dos herdeiros. A deserdação encontra-se entre as normas que regulam o testamento. Todos estes equívocos só servem para evidenciar o pouco caso com que o legislador tratou o tema do direito sucessório.

1.4. TENTATIVA CONCEITUAL

Suceder significa substituir, ou seja, tomar o lugar do outro. Quando uma pessoa toma o lugar de outra, uma sucede à outra. Sucessão, em sentido geral e vulgar, é a sequência de fenômenos ou fatos que aparecem uns após outros, ora vinculados por uma relação de causa, ora conjuntos por outras relações.¹⁹

No âmbito jurídico o significado da palavra **sucessão** é o mesmo. É a substituição do titular de um direito, com relação a coisas, bens, direitos ou encargos.²⁰

Somente no direito sucessório cabe falar de **herança**, o que não se confunde com **sucessão**, que é o ato de suceder, até porque pode ocorrer sucessão *inter vivos*. A sucessão é um efeito jurídico, mais corretamente,

19. Clóvis Bevilacqua, Direito das Sucessões, 15.

20. Sebastião Luiz Amorim, Código Civil comentado, v. XIX, 29.

uma aquisição *mortis causa*.²¹ O vocábulo sucessão, tomado algumas vezes como sinônimo de herança, em regra, é empregado para significar a transmissão dos direitos ativos e passivos que uma pessoa falecida faz a outra, que lhe sobrevive.²²

Quando ocorre a morte, não só o patrimônio, mas também direitos e obrigações do falecido se transmitem para outrem. Daí, transmissão **causa mortis**. É neste sentido estrito que se usa o vocábulo **sucessão**: a transferência, total ou parcial, de herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros. É deste fenômeno que se encarrega o direito das sucessões. São pressupostos da sucessão *mortis causa*: o falecimento de alguém que tenha bens, e a sobrevivência de outras pessoas, que são chamadas para recolher esse patrimônio, com o nome de herança. Inexistindo patrimônio, não se pode falar em herança, e o fato morte não interessa ao direito sucessório.²³

Todos os doutrinadores buscam definir o direito das sucessões, mas é Carlos Maximiliano quem ressalta o seu duplo aspecto: no **sentido objetivo** é o conjunto de normas que regula a transmissão de bens em consequência da morte; no **sentido subjetivo** é o direito de suceder, isto é, o direito de receber o acervo hereditário.²⁴ Por isso a doutrina atribui dupla acepção jurídica à sucessão. Em sentido amplo, trata-se da sucessão *inter vivos* ou *causa mortis* e, em sentido restrito, diz com a sucessão *mortis causa*. No aspecto *subjetivo*, é o direito por força do qual alguém recolhe os bens da herança e, no aspecto *objetivo*, indica a universalidade dos bens do *de cujus*, seus direitos e encargos.²⁵

O **direito sucessório** tem sua razão de ser no direito de propriedade, conjugado ao direito das famílias. Trata da transmissão de bens, direitos e obrigações, em razão da morte de uma pessoa, aos seus herdeiros, de um modo geral, seus familiares. O **elemento familiar** é definido pelo parentesco e o **elemento individual** é caracterizado pela liberdade de testar. São estes os dois fulcros em que se baseiam as normas da sucessão.²⁶

Assim, **herança** é o conjunto de direitos e obrigações que se transmite, em razão da morte, a uma pessoa ou a um conjunto de pessoas, que sobre-

21. Carlos Pamplona Corte-Real, *Direito da Família e das Sucessões*, v. 2, 18.

22. Hermenegildo de Barros, *Manual do Código Civil brasileiro*, 17.

23. Salomão de Araújo Cateb, *Direito das Sucessões*, 28.

24. Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, v. 1, 19.

25. Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro*, v. 6, 16.

26. *Idem*, 19.

viveram ao falecido.²⁷ É o patrimônio composto de ativo e passivo deixado pelo falecido por ocasião de seu óbito, a ser recebido por seus herdeiros.²⁸

Os sucessores passam a ter a mesma situação jurídica do falecido – chamado de **autor da herança** –, quer com relação aos direitos, quer quanto aos seus bens. A herança constitui uma **universalidade de direitos** (CC 91): complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico. Até a partilha, a herança é indivisível (CC 1.791 parágrafo único), os bens não podem ser fracionados (CC 88). Também por força da lei é considerada bem imóvel (CC 80, II).

O acervo hereditário, no âmbito judicial, recebe o nome de **espólio**. Não tem **personalidade jurídica**, mas tem **capacidade jurídica** para demandar e ser demandado (CPC 75, VII). Trata-se de universalidade de bens de existência transitória. Não dispõe de patrimônio próprio e tem proprietários conhecidos. São bens provisoriamente reunidos que pertencem aos herdeiros em condomínio.

1.5. VIÉS CONSTITUCIONAL

Tanto o direito de propriedade (CR 5.º XXII) como o direito sucessório (CR 5.º XXX) dispõem de assento constitucional. Ambos estão consagrados como **direitos fundamentais**.

O campo sucessório é terreno fecundo para o reconhecimento de garantias e direitos fundamentais. No entanto, ao ser eleita a dignidade humana como valor máximo do sistema normativo, houve uma mudança na noção dos poderes individuais da propriedade, trazendo a ideia da sua **função social** (CR 5.º XXIII). A **função social** é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa negativa. Importa em limitação interna, positiva, condicionando o exercício do próprio direito.²⁹ Como refere Luiz Edson Fachin, mudaram os poderes clássicos do proprietário, substituindo a antiga crença pela ideia de função social. A fruição do proprietário se vê funcionalizada pela Lei Maior. Há uma intervenção do interesse público na esfera jurídica privada, antes intocável.³⁰

27. Sílvio Venosa, *Direito Civil*, v. 7, 6.

28. Claudia Nogueira, *Direito das Sucessões*, 7.

29. Paulo Lôbo, *Constitucionalização do Direito Civil*, 106.

30. Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do Direito Civil*, 313.

A especial proteção concedida à entidade familiar ensejou a constitucionalização do direito das famílias, como instrumento para a realização do ser humano. Tutelar a família é tutelar o ser humano. E é através da proteção da família que o Estado protege o indivíduo. O alargamento do conceito de família para além do casamento trouxe para o âmbito constitucional a união estável e a estrutura monoparental, formada por um dos pais e seus filhos. Como o rol não é exaustivo, outras estruturas de convívio passaram a ser reconhecidas, como a família homoafetiva. A mudança de paradigmas emprestou mais valor à realização plena da pessoa. Ocorreu o fenômeno que se passou a chamar de **repersonalização** do direito, ou seja, o respeito à pessoa humana coloca o patrimônio e o próprio direito a serviço das pessoas, razão de ser e fim derradeiro de todos os saberes.³¹

A Constituição da República elevou a afetividade à categoria de direito constitucionalmente tutelado, ao afirmar que a família é a base da sociedade e merece especial proteção do Estado (CR 226). Ainda que a transmissão da herança se trate de direito individual, o que fundamenta o direito sucessório é o **afeto**. A lei civil faz presumir esses laços de amor quando não são determinados por escolha em disposição de última vontade.³² Como tem por finalidade garantir a segurança familiar, o direito sucessório tem dimensão social. Assim, não só no âmbito da família, mas também quando se fala em direito sucessório, é impositivo invocar o princípio fundamental da dignidade humana. Conforme Guilherme Calmon Nogueira da Gama, qualquer norma jurídica no direito das sucessões exige, com muito mais rigor do que em qualquer época, a presença de fundamento de validade constitucional.³³

Todas as relações jurídicas, inclusive no âmbito sucessório, estão funcionalizadas a partir da afirmação da dignidade de cada um de seus partícipes.³⁴ A consagração constitucional da dignidade humana e o reconhecimento da função social da propriedade levaram à **despatrimonialização** do direito civil e consequente imposição de limites a vários institutos. Conforme alerta Francisco Amaral, os princípios e cláusulas gerais fazem com que o Código Civil se apresente como um sistema aberto, no sentido de uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais. Vive-se em outra época, outras são as exigências sociais, o que justifica um

31. Luiz Edson Fachin, Estatuto jurídico do patrimônio mínimo, 258.

32. Maria Clara Falavigna, Os fundamentos do Direito Sucessório, 376.

33. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Direito Civil, v. 7, 17.

34. Cristiano Chaves de Farias, Incidentes à transmissão da herança, 38.

novo modelo de interpretação jurídica para o direito civil.³⁵ O princípio da boa-fé objetiva (CC 422) rege as relações de família sob o prisma patrimonial. Esses novos ares passaram a ventilar todo o direito, levando a uma releitura do conceito de família e de propriedade, devendo refletir-se igualmente no campo sucessório.

A determinação de que as **cláusulas testamentárias** sejam interpretadas buscando identificar o desejo do testador nada mais é do que lhe assegurar as garantias constitucionais, mesmo após a sua morte. Porém, há que se relativizar a garantia de respeito à última manifestação de vontade. A restrição à liberdade de testar justifica-se para assegurar a preservação da sua família. Daí a instituição dos **herdeiros necessários**, que limita a disponibilidade do titular do patrimônio.

Do mesmo modo, os institutos da indignidade e da **deserdação** prestigiam a dignidade humana, princípio maior da Constituição da República. Assim, quem age contra a dignidade do outro merece ser punido. E, quando a afronta ocorre entre pessoas que têm vínculo familiar e afetivo tão estreito, a ponto de um ser herdeiro do outro, a forma encontrada pela lei para inibir tais ações é de natureza patrimonial: autoriza a subtração do direito à herança.

LEITURA COMPLEMENTAR

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 7.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Sucessões*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 7.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

HOSN, Magda Abou El. *O direito de sepultar e as consequências no mundo jurídico*. Belém: GTR, 2014.

LÔBO, Paulo. *Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. *Direito Civil: Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 6.

35. Francisco Amaral, Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório, 70.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 6.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 7.



FAMÍLIAS E SUCESSÃO

2

PARENTESCO

Sumário: 2.1. Características – 2.2. Classificação – 2.3. Linha – 2.4. Grau – 2.5. Estirpe – 2.6. Afinidade – 2.7. Adoção – 2.8. Filiação socioafetiva e multiparentalidade – 2.9. Adoção póstuma e reconhecimento da filiação socioafetiva *post mortem* – 2.10 Falecimento do pai antes do nascimento do filho – Leitura complementar.

Referências legais: CR 227 § 6.º; CC 12 parágrafo único, 1.591 a 1.619; CNJ – Provimento 63/20187.

2.1. CARACTERÍSTICAS

Quando morre alguém, seus bens – com o nome herança – transmitem-se a seus **parentes**. Esta é uma regra de direito sucessório que todo mundo conhece. Claro que não é só isso, mas basicamente é. A escolha dos parentes que irão suceder pressupõe que o desejo das pessoas é contemplar os mais chegados. Por isso a transmissão é feita segundo os laços familiares. A lei elege os herdeiros que serão chamados em ordem decrescente de afetividade, de graus de parentesco, de afinidade, de proximidade.¹ Assim, não dá para pensar em sucessão sem saber quem é herdeiro de quem. Daí a indispensabilidade de identificar os vínculos parentais, que se submetem a várias modalidades classificatórias.

As relações de parentesco se esgotam no rol legal. Mas, socialmente, o conceito é bastante distendido, envolvendo todos os que têm um elo familiar comum. O fato de a lei estabelecer limites ao parentesco não quer dizer que os demais deixam de ser parentes. Só que a eles o direito não socorre: não

1. Fabrício Castagna Lunardi, A concorrência do cônjuge..., 18.

lhes assegura direitos e nem impõe obrigações. A espécie de parentesco e a maior ou menor proximidade dos parentes dispõem de reflexos jurídicos diversos, a depender do grau de intensidade da solidariedade familiar.²

Questiona-se o parentesco quando se quer saber a **identificação entre duas pessoas**. Como as relações familiares têm origens diversas, vários são os enfoques a serem atentados. O parentesco é natural, biológico, consanguíneo, civil, social, por afinidade ou de outra origem; em linha reta ou colateral; maternal ou paternal. Pode decorrer da conjugalidade, do companheirismo ou da filiação. Todas essas distinções têm reflexos diversos no direito das famílias, mas é no campo sucessório que a importância se agiganta.

Todos os parentes desfrutam da condição de herdeiro, mas nem todos são contemplados com a herança. Como diz a expressão bíblica: muitos são os chamados e poucos os escolhidos! Os mais próximos preferem aos mais remotos. A ordem de vocação hereditária prioriza os parentes em **linha reta**. Os descendentes afastam os ascendentes, que antecedem o **cônjuge e o companheiro**.

Os **parentes colaterais** estão em último lugar. Como estes se distinguem por graus, não há parentes colaterais em primeiro grau. Mas o critério é o mesmo: primeiro são convocados os colaterais de segundo grau, depois os de terceiro e finalmente os de quarto grau.

Esquecidos pela lei, as **relações homoafetivas**, vagarosamente, foram reconhecidas pela jurisprudência como entidade familiar.

Falando em esquecimento, é bom lembrar que o Código Civil deixou de assegurar direito real de habitação ao **filho com deficiência e incapacitado para o trabalho**, na falta do pai e da mãe. Essa regra foi introduzida na legislação anterior (CC/1916 1.611, § 3º). Ainda assim, é de se reconhecer que persiste o direito. Foi instituído pela Lei 10.050/2000, que não foi revogada, e não há incompatibilidade com a lei atual. De outro lado, em face do princípio que veda o retrocesso social, não é possível excluir o direito constitucional de moradia a quem mais precisa: os descapacitados.

2.2. CLASSIFICAÇÃO

Em sede de direito sucessório é fundamental atentar que as relações de parentesco vêm se alargando em decorrência da mudança do conceito

2. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Das relações de parentesco, 107.

de família e da evolução da medicina genética. Sob esta perspectiva, cabe distinguir o parentesco:

- **consanguíneo ou natural** – que tem origem na verdade biológica;
- **civil** – quando decorre da adoção;
- **socioafetivo** – que se constituiu a partir da posse de estado de filho;
- **social** – quando resulta do uso de técnicas de reprodução assistida pelo uso de material genético de outra pessoa;
- por **afinidade** – surge no casamento e na união estável e une os parentes de um com o cônjuge ou o companheiro do outro.

Quando as pessoas têm entre si um vínculo biológico, são parentes **consanguíneos**. O parentesco sempre tem origem em um **ascendente**: pessoa que dá origem a outra pessoa. Pela filiação originam-se os **descendentes** (filhos, netos, bisnetos etc.). Também são **parentes** as pessoas que têm um **ascendente comum** (irmãos, tios e sobrinhos, primos, sobrinhos-netos e tios-avós).

Na filiação biológica pais são os que geram o filho. Existe a concepção biológica natural e a não natural, decorrente da **fecundação assistida homóloga**. As pessoas indicadas como pai e mãe no registro de nascimento foram os fornecedores do material genético empregado na concepção ocorrida *in vitro* ou *in utero*.³

A ascendência e a descendência têm **origem biológica**, mas o parentesco pode decorrer da **adoção**, que gera o desligamento do adotado dos parentes originários. Surge novo vínculo de filiação do adotado com os adotantes e seus ascendentes, o que faz gerar direitos sucessórios entre eles.

A **extinção do poder familiar** não rompe o vínculo de parentesco. Porém, destituído o genitor do poder familiar, não dá para admitir que conserve o direito sucessório com relação ao filho. No entanto, o filho permanece com direito à herança do pai. Ainda que esta distinção não esteja na lei, atende a elementar regra de conteúdo ético. Somente quando a perda do poder familiar decorre da **adoção** é que se rompe a cadeia sucessória. É que se constituiu novo vínculo de filiação entre adotante e adotado, apagando o parentesco anterior.

3. Fábio Ulhoa Coelho, Curso de Direito Civil, v. 5, 151.

O prestígio da **verdade afetiva** frente à realidade biológica vem impondo o desdobramento do conceito de filiação. O vínculo consanguíneo perde significado quando a convivência gera o que se passou a chamar de **filiação socioafetiva**, ou simplesmente filiação afetiva. O amor, só ele, gera direitos e obrigações.⁴

A ampliação conceitual dos vínculos parentais ensejou o reconhecimento da **multiparentalidade**. Nada mais é do que a possibilidade de o registro de nascimento retratar a realidade da vida: há pessoas que têm mais de um pai e uma mãe. Quer quando um dos genitores faleceu e se constituiu um vínculo de filiação socioafetiva com quem o criou, quer quando se trata de filiação homoparental em que, além do vínculo biológico com o pai e a mãe, existe o vínculo socioafetivo com o cônjuge ou companheiro de um deles. E, reconhecida esta pluralidade, nada justifica restringir o direito do filho com relação a somente dois genitores. Para o reconhecimento da filiação pluriparental, basta flagrar o estabelecimento do vínculo de filiação com mais de duas pessoas.

Esta é uma realidade que a Justiça já começou a admitir: o estabelecimento da filiação pluriparental, quando reconhecida a existência da **posse de estado de filho, com relação a alguém**, sem a exclusão do vínculo com o genitor biológico. Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los, na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo a dignidade e a afetividade da pessoa. Essa realidade foi reconhecida pelo STF⁵ como de repercussão geral, tendo o STJ proclamada a prevalência da **paternidade socioafetiva**.⁶

E, se existe o registro múltiplo, o filho integrará a ordem de vocação de todos os seus genitores.⁷ O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) admite o reconhecimento **da filiação socioafetiva**, diretamente junto ao registro civil, sem necessidade de **demandas judiciais**.⁸

4. Idem, 147.

5. STF, RE 898.060/SC, 4ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 21/09/2016.

6. STJ – Tema 622: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais. Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica.

7. Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, 410.

8. CNJ – Provimento 63/2017.

Em face das modernas técnicas de reprodução assistida, passou-se a chamar de **filiação social** a relação parental que decorre da **inseminação artificial heteróloga**.⁹ Recebem o mesmo nome as mais diversas formas de fecundação usando técnicas de laboratório, quando um ou ambos os partícipes do processo reprodutivo não têm vínculo biológico com quem nasceu. Para fins jurídicos, os contratantes dos serviços de fertilização assistida são os pais da pessoa que vier à luz por iniciativa deles,¹⁰ cujo registro também pode ocorrer extrajudicialmente.

Em razão da infertilidade das **famílias homoafetivas**, quando usadas técnicas de reprodução assistida por parceiros, é reconhecido vínculo de filiação com ambos os pais, podendo o registro ser feito quando do nascimento, em nome de ambos os pais, e diretamente no registro civil.

Cônjuges e companheiros não são parentes entre si, mas o **casamento** e a **união estável** levam ao surgimento de vínculo de **afinidade** de cada um com os parentes do outro. A ascendência e a descendência por **afinidade** (sogro, sogra, genro e nora) não têm reflexos no âmbito sucessório. A nora não é herdeira do sogro, ainda que casada pelo regime da comunhão universal. Assim, em caso de premoriência, ou seja, se o filho morre antes do pai, a sua mulher não faz jus à herança do sogro, quando este falecer. Isso porque a afinidade não gera a condição de herdeiro e não existe direito de representação entre cônjuges ou companheiros.

2.3. LINHA

Falar em **linha de parentesco** é estabelecer a vinculação de duas pessoas a partir de um **ancestral comum**. Este é o critério que permite distinguir parentes em linha reta e em linha colateral.

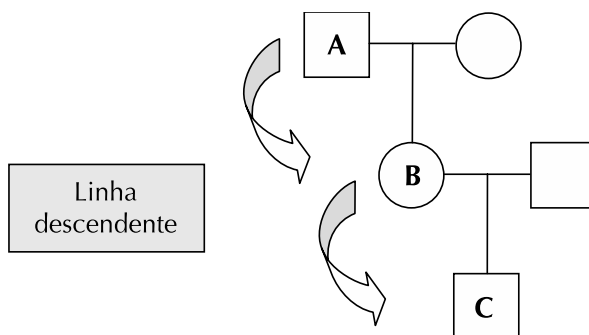
Quando as pessoas descendem umas das outras, são chamadas de parentes em **linha reta** (CC 1.591). Trata-se de parentesco ilimitado e eterno entre bisavô, avô, pai, filho, neto, bisneto etc. Ascendentes e descendentes são todos parentes. Por mais afastadas que estejam as gerações, os parentes em linha reta são sempre parentes entre si.

Conforme o ângulo em que se visualiza, o parentesco em linha reta é **ascendente** ou **descendente**. Depende do modo como se observam as gerações anteriores e posteriores, se subindo ao antepassado ou descendo.

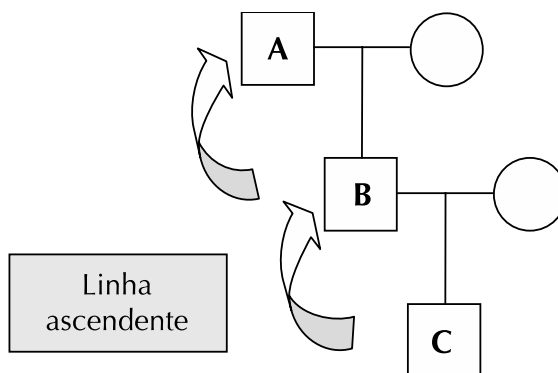
9. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 173.

10. Fábio Ulhoa Coelho, Curso de Direito Civil, v. 5, 151.

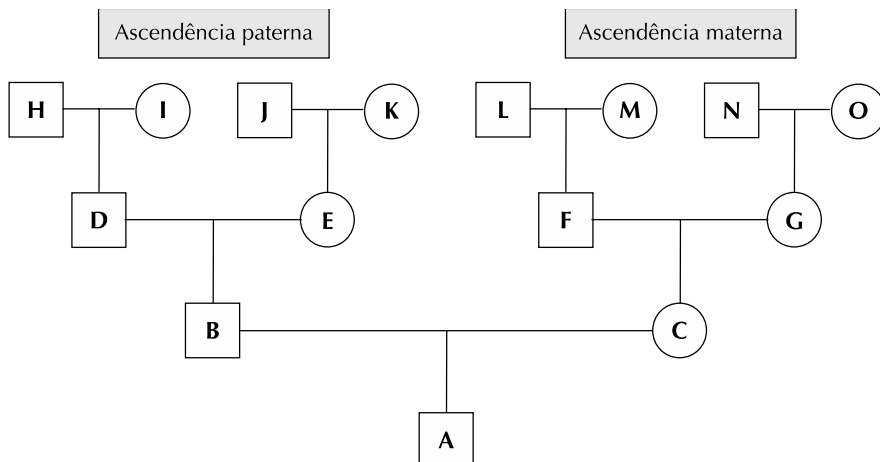
Na relação de parentesco em **linha reta descendente**, olha-se a partir do pai (A) frente ao filho (B) e o neto (C).



Visualizando-se o parentesco pela linha de **ascendência**, parte-se do neto (C), subindo-se ao pai (B) até o avô (A), e assim sucessivamente.



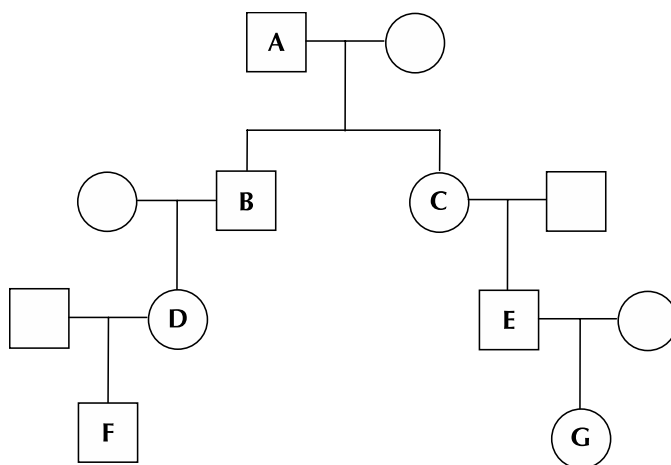
A **ascendência** gera duas linhas de parentesco, pois todos descendem de duas pessoas. A linha de ascendência bifurca-se sucessivamente entre os ascendentes paternos e maternos. Chama-se **linha paterna** o parentesco de alguém (A) com o pai (B) e com os seus ascendentes: avós (D e E) e bisavós paternos (H, I, J e K), sem qualquer limite. O parentesco em linha reta ascendente **materna** se constitui com a mãe (C), os avós (F e G) e os bisavós maternos (L, M, N e O).



Essas diferenciações são fundamentais, pois inúmeras são as sequelas no âmbito sucessório. Os parentes em linha reta são **herdeiros necessários**. A lei os divide em **classes** e estabelece uma **ordem de preferência** (CC 1.829). Em primeiro lugar estão os descendentes, que preferem aos ascendentes. Ou seja, os filhos afastam da sucessão os avós. Mas cônjuge e o companheiro concorrem tanto com os descendentes como com os ascendentes.

O parentesco em linha reta não tem exclusivamente origem biológica. Também o **casamento** e a **união estável** geram vínculo de parentesco em linha reta por **afinidade**, que, no entanto, não confere direitos sucessórios. Sogra, sogra, nora e genro são parentes por afinidade em linha reta. O parentesco permanece mesmo depois do divórcio ou do fim da união estável, mas os parentes afins não são herdeiros uns dos outros.

O parentesco na **linha colateral** (CC 1.592) se estabelece quando duas pessoas não descendem uma da outra, mas entre elas existe um **ancestral comum**. Tanto os irmãos (B e C) como os primos (D e E) são parentes colaterais. Também são parentes colaterais: (B), enquanto tio de (E) e como tio-avô em relação ao sobrinho-neto (G). Todos têm como ascendente comum (A).



Os parentes colaterais são herdeiros **legítimos**, assim chamados porque têm legitimidade para herdar. Para não ferir a Constituição, melhor do que falar em parentesco legítimo e ilegítimo, alguns preferem usar a denominação filiação matrimonial e não matrimonial.¹¹ Ainda que desfrutem da condição de herdeiros, os colaterais não são herdeiros necessários – são **facultativos**. Herdam quando não há herdeiros antecedentes e o *de cujus* não destinou todos os seus bens por testamento. Sujeitam-se a perder o direito sucessório por indignidade. No entanto, não há razão para serem deserdados, pois o autor da herança pode, por testamento, afastá-los da sucessão sem qualquer motivação (CC 1.850).

Na sucessão dos parentes colaterais, a lei faz uma distinção de flagrante inconstitucionalidade. Na chamada **filiação híbrida** – quando irmãos têm só um genitor em comum –, os irmãos bilaterais recebem o dobro da herança dos irmãos unilaterais (CC 1.841). Assim, quando concorrem à herança irmãos germanos (filhos dos mesmos pais) com os chamados meios-irmãos (irmão só por parte de pai ou só por parte de mãe), estes fazem jus à metade do quinhão hereditário.¹² A mesma perversa discriminação é feita com os sobrinhos: os filhos dos irmãos bilaterais recebem o dobro dos filhos dos irmãos unilaterais (CC 1.843 §§ 2.º e 3.º).

11. Domingos Franciulli Netto, Das relações de parentesco.

12. STJ, REsp 1.203.182/MG, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19/09/2013.

2.4. GRAU

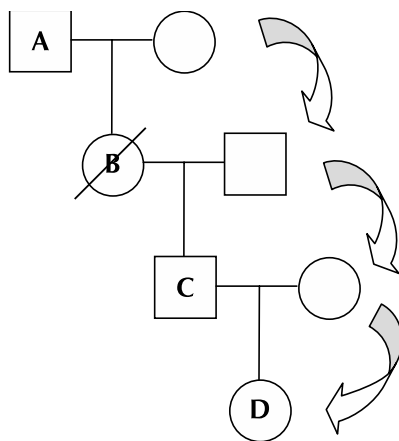
O parentesco também se classifica por graus: o **número de gerações que separa os parentes**. É distinta a **forma de contagem** dos graus de parentesco, entre os parentes em linha reta e os parentes em linha colateral ou transversal (CC 1.594).

Na **linha reta** identifica-se o grau de parentesco pelo número de gerações que separa os parentes (CC 1.594). Conta-se o intervalo entre uma geração e outra. Assim, pai (A) e filho (B) são parentes na linha reta em **primeiro grau**; avó (A) e neto (C) são parentes em **segundo grau**; bisavô (A) e bisneto (D) são parentes na linha reta em **terceiro grau**, e assim por diante. Não existe limitação no parentesco em linha reta: todos são parentes, ainda que os separem várias gerações.

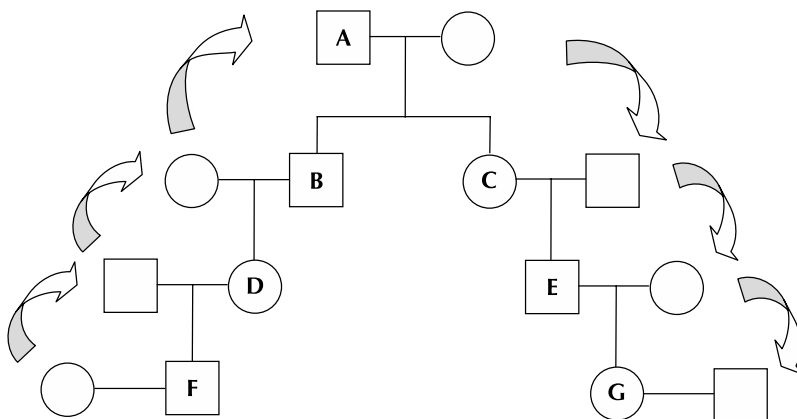
No âmbito sucessório, os parentes em linha reta são divididos em duas **classes**: descendentes e ascendentes. Todos os que pertencem à mesma classe, independentemente do grau de parentesco, preferem aos herdeiros da classe seguinte. Uns excluem os outros. Em primeiro lugar estão os descendentes. Somente se não existir nenhum herdeiro da classe dos descendentes é que são convocados os ascendentes. Assim, herdam os netos (parentes em segundo grau) e não o pai do falecido (parente em primeiro grau). É que os netos são da classe dos descendentes e têm preferência frente aos integrantes da classe dos ascendentes.

Somente entre os herdeiros de uma **mesma classe** é que se atenta ao grau de parentesco. Assim, entre os parentes da classe dos descendentes, os de grau mais próximo excluem os mais remotos. Logo, entre filhos e netos (ambos herdeiros da classe dos descendentes), a lei confere a herança ao filho (parente em primeiro grau), eis que o neto é parente de segundo grau. Cabe um exemplo: ocorrendo a morte de (B), o herdeiro é o seu filho (C) e não o seu neto (D). Ambos são descendentes, mas o filho é parente de primeiro grau e o neto, de segundo grau. Só na hipótese de o filho (C) já ser falecido é que o neto (D) recebe a herança.

Em outra hipótese: o pai (A) só herda se o filho (B), ao morrer, não tinha descendentes (C ou D). Ou seja, entre o avô (A) e o neto (D), herda o neto. Não importa o fato de (A) ser parente de primeiro grau e (D) ser parente de segundo grau do falecido.

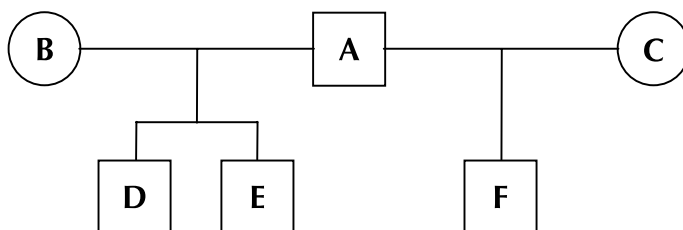


Na **linha colateral** a contagem também é pelo número de gerações que separa os parentes, mas é necessário subir até o ascendente comum e depois descer para identificar o grau de parentesco entre ambos (CC 1.594). Portanto, não existem parentes colaterais de primeiro grau. **Irmãos** (B e C) são parentes em **segundo grau**, eis que uma geração separa cada um do pai (A), que é o ascendente comum a ambos. **Tio** (B) e **sobrinho** (E) são parentes em **terceiro grau**, pois (A) é o ascendente comum: pai de um e avô do outro. **Primos** (D e E) são parentes em quarto grau, tendo em comum o avô (A). **Tio-avô** (B) e **sobrinho-neto** (G) são igualmente parentes colaterais de **quarto grau**. A relação de parentesco colateral encerra-se no quarto grau (CC 1.592 e 1.839).



2.5. ESTIRPE

Entre os **irmãos** é feita uma distinção por **estirpe**. Os filhos do mesmo pai e da mesma mãe são chamados de irmãos **bilaterais** ou **germanos**, por terem parentesco **bilateral**. Os filhos apenas do mesmo pai ou somente da mesma mãe são irmãos **unilaterais** (os chamados meios-irmãos). Assim, (D e E) são irmãos bilaterais, filhos do mesmo pai (A) e da mesma mãe (B). Já (F) é irmão unilateral de (D) e (E) por serem filhos do mesmo pai (A), mas as mães são diferentes.



Essa distinção ganha relevo quando os filhos são chamados à sucessão. Somente há igualdade na partilha se todos forem irmãos bilaterais ou todos unilaterais. Concorrendo à herança irmãos unilaterais e bilaterais, estes têm direito ao dobro da parte destinada aos meios-irmãos (CC 1.841). É flagrante a **inconstitucionalidade** de tal distinção, por não ser admitido qualquer tratamento discriminatório entre filhos (CR 227 § 6.º). Não há que vingar qualquer discriminação em relação aos irmãos em sede sucessória.¹³ Nada justifica deferir a irmãos direitos sucessórios diferenciados, principalmente considerando que a obrigação alimentar dos **irmãos germanos e unilaterais** é a mesma (CC 1.697). Todos os irmãos têm, uns para com os outros, o dever de alimentos em igualdade de condições, não importando se são filhos dos mesmos pais ou não. Descabido que, na hora de receberem a herança, uns ganhem a metade do outro, pelo só fato de terem vínculo de filiação diferente com relação ao outro genitor. Afinal, ambos são órfãos por igual do falecido. A discriminação, além de inconstitucional, é muito injusta. Basta figurar a hipótese de ser imposta a ambos os irmãos, um unilateral e outro bilateral, obrigação alimentar. Mas, quando do falecimento do alimentando, um vai ganhar o dobro da herança

13. Eduardo de Oliveira Leite, Comentários ao novo Código Civil:..., 25.

do outro. Dito resultado pode ser jurídico, mas não é justo, preocupação que o STJ não tem.¹⁴

Caberia questionar se o **irmão adotivo**, para receber quinhão igual aos demais, precisa ter sido adotado pelo casal.¹⁵

Este tratamento diferenciado não existe somente entre irmãos. Também os **sobrinhos** (parentes colaterais de 3.º grau), quando representam os pais, herdam de maneira diferente, pelo fato de o genitor ser irmão bilateral ou unilateral do falecido.

2.6. AFINIDADE

Os vínculos de afinidade e parentesco, ainda que tratados em conjunto pelo legislador, não se confundem. A afinidade se constitui quando do **casamento** ou da **união estável** e enlaça o cônjuge e o companheiro aos parentes do outro (CC 1.595).

No **casamento** é fácil identificar quando tem início a relação de afinidade: na data de sua celebração. A dificuldade é estabelecer o **termo inicial** da união estável. É vínculo que se constitui com o passar do tempo. E, além de um período de convivência, é necessário o atendimento de alguns pressupostos legais para o seu reconhecimento (CC 1.723). Como é difícil a identificação do momento em que a união se torna estável, não é fácil saber quando nasce o vínculo de afinidade.

O **cônjuge sobrevivente** é herdeiro necessário (CC 1.845), sendo convocado a herdar em terceiro lugar (CC 1.829 III). Ou seja, o viúvo percebe herança se o morto não deixou nem descendentes nem ascendentes. A depender do regime de bens, faz jus à concorrência sucessória, que

14. Inventário. Depósito judicial dos aluguéis auferidos de imóvel do espólio. Concorrência de irmão bilateral com irmãs unilaterais. Inteligência do art. 1.841 do Código Civil. 1. Controvérsia acerca do percentual da herança cabível em favor das irmãs unilaterais no inventário do "de cujus", que também deixou um irmão bilateral a quem indicara em testamento como herdeiro único. 2. Discussão judicial acerca da validade do testamento. 3. Possibilidade de o irmão bilateral levantar a parte incontroversa dos aluguéis do imóvel deixado pelo "de cujus". 4. Necessidade, porém, de depósito judicial da parcela controvertida. 5. Cálculo do valor a ser depositado em conformidade com o disposto no art. 1.841 do Código Civil (Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar). 6. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.203.182/MG, 3.ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, p. 24/09/2013).

15. Daniel Santana Cruz, Sucessões entre irmãos unilaterais e bilaterais.

incide sobre os bens particulares. Exatamente os bens que não ajudou a amearhar (CC 1.829 I).

O tratamento diferenciado – escancaradamente inconstitucional – deferido ao **companheiro** sobrevivente, foi corrigido pelo STF, que editou tese vinculante proclamando a igualdade entre casamento e união estável, no âmbito sucessório.¹⁶ O teor da decisão não deixa dúvida de que o igualitário não se restringe ao direito de concorrência. Assim, o companheiro tornou-se herdeiro necessário, tendo direito à totalidade da herança, na ausência de descendentes ou ascendentes.

Os parentes afins não são equiparados aos parentes consanguíneos, mas existe certa simetria no que diz com linhas, graus e espécies. A afinidade em **linha reta** não tem limite de grau (sogro, nora, genro) e se mantém mesmo com a dissolução do casamento e da união estável (CC 1.595 § 2.º). Os parentes por afinidade em linha reta o são para sempre. Nem a morte solve o vínculo de afinidade. Ou seja, não existe “ex-sogra”! Tanto isso é verdade que os afins em linha reta não podem casar (CC 1.521 II). Como bem afirma Rodrigo da Cunha Pereira, não faz, hoje, nenhum sentido, não há razão lógica alguma romper o vínculo entre mulher/marido/companheiro e não romper com a sogra ou o sogro. O argumento que sustentava dispositivo do Código Civil no início do século passado (CC/1916 335), e que, impensadamente, foi repetido na lei atual, era o da evitação do **incesto**, ou seja, evitar possível casamento entre genro e sogra.¹⁷ Na **linha colateral** a afinidade não passa do **segundo grau** e se restringe aos cunhados. Além disso, só se mantém durante a vigência da união matrimonial ou estável. Solvida a entidade familiar, desaparece a afinidade entre os colaterais e também a vedação para o casamento.

O parentesco por afinidade não tem repercussão no direito sucessório, por não integrar a ordem de vocação hereditária (CC 1.829). Um cônjuge é herdeiro do outro, mas nada herda dos parentes dele, nem mesmo durante a vigência do casamento ou da união estável. Assim, a nora não é herdeira do sogro, mesmo que ele venha a morrer na constância da sociedade conjugal. Herda no **regime da comunhão universal de bens**, não

16. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

17. Rodrigo da Cunha Pereira, *Dicionário de Direito de Família e Sucessões*.

pelo vínculo de afinidade, mas em razão do regime matrimonial que lhe confere direito de meação.

Com razão Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. A afinidade deveria produzir efeitos jurídicos, inclusive no âmbito sucessório. Se a afinidade é uma espécie de parentesco, tendo em vista a inexorável solidariedade que deve nortear as relações familiares, justifica-se a produção de outros efeitos. Inexistindo parentes mais próximos, os parentes por afinidade é que deveriam ser compelidos a prestar alimentos. E, exatamente por essa lógica, na ausência de parentes mais próximos é mais do que razoável conferir a herança aos parentes por afinidade do que à Fazenda Pública.¹⁸

2.7. ADOÇÃO

A Constituição da República veda qualquer designação discriminatória relativa à filiação de qualquer origem (CR 227 § 6º). Somente a partir desse marco é que foi assegurada aos filhos havidos por adoção a absoluta igualdade de direitos. Por se tratar da garantia de **direito fundamental**, ainda que a adoção tenha ocorrido antes da vigência do novo sistema jurídico, a equiparação foi automática. Falecido o adotante depois de 05.10.1988 (data da vigência da Constituição), ao adotado são assegurados os mesmos direitos sucessórios.

A adoção de **maiores de 18 anos** de idade (CC 1.619) depende de sentença judicial, aplicando-se as regras do ECA (39 a 52-D). Independentemente da idade, a adoção rompe qualquer vínculo com pais e parentes biológicos (ECA 41).

A adoção produz efeitos a partir do **trânsito em julgado** da sentença. Falecendo o **adotado** antes de a sentença fazer coisa julgada, o juiz, de ofício (CPC 485 § 3º), extingue o processo, sem resolver o mérito, por falta pressuposto ao seu desenvolvimento eficaz (CPC 485 IV). No entanto, ocorrendo a morte do **adotante** no curso da ação, esta prossegue. A filiação se constitui e os efeitos da sentença retroagem à data do óbito (ECA 47 § 7.º). Adquire o adotado a qualidade de herdeiro descendente de primeiro grau. É o que se chama de **adoção póstuma**, porque ocorre depois do falecimento do adotante. Apesar de a lei reconhecer como indispensável o **início da demanda**, a jurisprudência passou a admitir que a ação seja proposta mesmo depois do falecimento do adotante, contando que haja prova da intenção de adotar.

18. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Curso de Direito Civil: Sucessões, 213.

A adoção póstuma não se confunde com a ação de reconhecimento da **filiação socioafetiva post mortem**. Trata-se de ação declaratória de que o vínculo parental se constituiu quando comprovada a posse do estado de filho, ainda que não tenha existido qualquer manifestação do falecido, revelando a intenção de adotar.¹⁹

A tutela jurídica da posse de estado de filiação abriga os chamados **filhos de criação**, enquadráveis na filiação socioafetiva, hipótese que corresponde a “veementes presunções de fatos já certos”.²⁰ E quem goza da condição de filho precisa ser inserido na condição de herdeiro.

Modalidade muito frequente é a chamada **adoção à brasileira**, que de adoção não se trata. Evidenciada presença de um vínculo de filiação socioafetiva, resiste a jurisprudência em desconstituir os registros de nascimento.²¹

2.8. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E MULTIPARENTALIDADE

Até bem pouco tempo somente se admitia a investigação da paternidade biológica. No entanto, a partir do momento em que se passou a valorizar o vínculo da **afetividade** nas relações familiares, houve a redefinição do próprio conceito de filiação. Agora o vínculo afetivo se sobrepõe à verdade genética, e a filiação é definida quando está presente o que se chama de **posse de estado de filho**: é reconhecido como filho de quem sempre considerou ser seu pai. A posse de estado consolida vínculos que não assentam na realidade natural e tem a relevância jurídica de uma pa-

19. Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, 484.

20. Paulo Lôbo, Famílias, 212.

21. Ação de investigação de paternidade c/c petição de herança. Direito indisponível. Impossibilidade de homologação de acordo. Paternidade socioafetiva mantida. Recurso não provido. A filiação socioafetiva é aquela em que se desenvolvem durante o tempo do convívio, laços de afeição e identidade pessoal, familiares e morais. À luz do princípio da dignidade humana, bem como do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar, traduz-se ser mais relevante a ideia de paternidade responsável, afetiva e solidária, do que a ligação exclusivamente sanguínea. Não se encontra um verdadeiro vício do consentimento em razão de erro, na medida em que o pai registral tinha conhecimento de que poderia não ser o pai biológico da criança. De acordo com o art. 27 do ECA, o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais, ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça. (TJMG, AC 10433110166249001, 1.ª C. Cív., Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 11/02/2014).

ternidade manifestamente prejudicial.²² O reconhecimento do vínculo de filiação ocorre quando há *tractus* (comportamento dos parentes aparentes: a pessoa é tratada pelos pais ostensivamente como filha e trata aqueles como pais), *nomen* (a pessoa porta o nome de família dos pais) e *fama* (imagem social ou reputação: a pessoa é reconhecida como filha pela família e pela comunidade; ou as autoridades assim a consideram). Como afirma Paulo Lôbo, essas características não necessitam estar presentes conjuntamente, pois não há exigência legal nesse sentido, e, em caso de dúvida, o estado de filiação deve ser favorecido.²³

A condição de filho afetivo não impede a investigação da paternidade biológica. Daí a possibilidade de inclusão de nome do pai biológico no registro de nascimento, constituindo-se uma **multiparentalidade**. Esta hipótese, inclusive, enseja o reconhecimento de direitos sucessórios com relação a ambos.

Como se está diante de um novo modelo de família e o estado de filiação se desvincula da verdade biológica, não mais cabe limitar o vínculo parental a uma única figura paterna e materna. Restringir tal possibilidade só vem em prejuízo de quem, de fato, tem mais de um pai e mais de uma mãe. Cabe lembrar a figura do novo cônjuge ou companheiro de um dos pais: nada justifica não reconhecer a filiação com relação a eles, sem excluir o vínculo com o genitor. Tanto é este o caminho que há a possibilidade da inclusão do sobrenome do padrasto no registro do enteado (LRP 57 § 8.º).

Principalmente agora, em face das modernas técnicas de **reprodução assistida**, onde há a presença de mais pessoas envolvidas no processo procriativo, passou a justiça a reconhecer a coparentalidade, em que todos que compõem uma entidade familiar pluriparental possam desfrutar da condição de pai ou de mãe.

Caso esta seja a realidade, ou seja, se de fato o filho tem mais de dois pais ou mais de duas mães, a constituição do vínculo jurídico com todos atende ao preceito constitucional da proteção integral. Esta possibilidade, inclusive, há que se refletir nos temas sucessórios. O filho participará da herança de todos os pais que tiver.

22. Guilherme de Oliveira, Critério jurídico da paternidade, 414.

23. Paulo Lôbo, Famílias, 212.

2.9. ADOÇÃO PÓSTUMA E RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA *POST MORTEM*

A busca do reconhecimento da parentalidade socioafetiva pode ocorrer tanto durante a vida, como após a morte de quem desempenha as funções parentais. O fato de o autor ter pai registral, não impede o reconhecimento da filiação socioafetiva, e consequente declaração de **multiparentalidade**.²⁴

A ação de reconhecimento de filiação socioafetiva *post mortem* não pode ser confundida com a adoção póstuma. Ainda reina enorme confusão em sede jurisprudencial, mas as situações são bem distintas. A ação de adoção tem **eficácia constitutiva** de uma filiação desejada pelo adotante. Já a busca de reconhecimento de filiação socioafetiva *post mortem* dispõe de **eficácia declaratória**. O vínculo parental se constituiu a partir da natureza do convívio mantido entre ambos, ainda que não tenha existido qualquer manifestação do falecido, revelando a intenção de adotar.

A **adoção póstuma** exige dois pressupostos (ECA 42 § 6º): a) que a ação de adoção já tenha sido **proposta** pelo adotante antes de sua morte, e b) que ele tenha manifestado de forma inequívoca, a **intenção** de adotar. A jurisprudência relativizou a exigência da prévia propositura da ação. Basta a comprovação de que, em algum momento antes de morrer, tenha ele afirmado o **desejo de adotar**.²⁵

Esta hipótese não cabe ser confundida com a busca do reconhecimento do vínculo de **filiação socioafetiva *post mortem***. Nesta ação, para o estabelecimento do vínculo parental, é suficiente a prova da **posse do estado** de filho. Não é exigida qualquer manifestação reconhecendo o estado de filiação. Até porque, vez por outra, tal possibilidade é descabida. Basta atentar à hipótese enfrentada pela justiça goiana. Quando da morte do cunhado, a irmã e a filha de tenra idade foram morar com o irmão. O

24. STF – Tema 622: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. Enunciado 9 do IBDFAM: A multiparentalidade gera efeitos jurídicos.

25. Recurso especial. [...] Adoção póstuma. Possibilidade. [...] 3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção. 4. Impõe-se especial atenção à condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, devendo o julgador nortear-se pela prevalência dos interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado. [...] (STJ, REsp 1.777.903, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, p. 07/03/2018).

tio sempre desempenhou todos os encargos parentais. Ou seja, a sobrinha foi criada como filha, sem que se pudesse exigir manifestação do desejo de adotá-la. Não havia como adotar a sobrinha, pois o registro iria retratar uma relação incestuosa entre os irmãos.²⁶

2.10. FALECIMENTO DO PAI ANTES DO NASCIMENTO DO FILHO

Quem primeiro figura na ordem de vocação hereditária são os descendentes (CC 1.829 I). Os filhos são os de grau mais próximo. Como são herdeiros necessários (CC 1.845), fazem jus à **legítima**, ou seja, à metade do acervo sucessório (CC 1.846).

Para isso o filho tem de existir, ou ao menos estar concebido antes da abertura da sucessão. Se não for reconhecido, não desfruta da condição de filho e a ele não se transmite a herança.

Ocorrido o falecimento do pai antes do nascimento do filho, existe uma odiosa distinção, a depender de os pais serem casados ou viverem em união estável. A justificativa é péssima: no **casamento**, existe a presunção da paternidade (CC 1.597) e na **união estável** não.

26. Ação declaratória de reconhecimento de filiação socioafetiva post mortem. Fraude processual não comprovada. Posse no estado de filho. Parentesco civil. Relação socioafetiva. Configuração. I. Não há que falar em fraude processual se não restou comprovado a colusão das partes para alcançar um fim ilícito. II. A posse de estado de filho de quem nesta condição permaneceu autoriza o reconhecimento da adoção póstuma, perante aquele que também em circunstâncias tais sempre o concebeu, à luz da socioafetividade que orienta o atual Direito de Família. III. Restou demonstrado nos autos que o de cujus não apenas tratava a autora publicamente como filha, como externava a condição de pai e filha. IV. Há de ser reconhecida a filiação socioafetiva pós mortem da autora que comprovou a posse do estado de filha, há mais de 45 (quarenta e cinco) anos, com o falecido xxxx. V. O fato de não haver prova escrita ou início de procedimento anterior à morte do de cujus não traduz impossibilidade do aludido reconhecimento porquanto presentes os requisitos legais, tais como a posse de estado de filho e conhecimento público dessa relação, que somente não formalizou o registro, em razão de preconceito da época, por ser a autora filha da irmã do de cujus. VI. Não tendo a requerida/apelante se desincumbido de desconstituir a prova testemunhal produzida em juízo, conforme ônus processual previsto no art. 333, inc. II, do CPC, impõe a manutenção da sentença singular. Recurso de apelação cível conhecido mas improvido. (TJGO, AC 0048427.40.2015.8.09.0175, Rel. Des. Amélia Martins de Araújo, j. 30/10/2018).

Assim, se os pais eram casados, a mãe, de posse da certidão de casamento, pode requerer o registro do filho **extrajudicialmente**, diretamente no cartório do registro civil.

No entanto, se os pais viviam em **união estável**, para que obtenha reconhecimento, é necessário que o filho proponha **ação de investigação de paternidade**, cumulada com petição de herança, requerendo reserva de bens para assegurar o recebimento de seu quinhão.

Como a ação investigatória tem eficácia **declaratória**, o reconhecimento da paternidade dispõe de eficácia retroativa à data da concepção. Assim, revelada a filiação, o filho adquire a qualidade de herdeiro (CC 1.798). Se o reconhecimento da paternidade ocorreu depois de ultimada a **partilha**, esta precisa ser anulada para ser contemplado o novo herdeiro. Faz ele jus aos bens e aos frutos e rendimentos a partir da abertura da sucessão. O testamento feito pelo genitor rompe-se (CC 1.973).

Outra possibilidade que vem sendo admitida é a **ação investigatória avoenga**: não tendo o filho buscado o reconhecimento da sua paternidade, é admitida a demanda intentada pelos seus descendentes contra o avô, visando à declaração do vínculo de paternidade do pai pré-morto. A procedência da demanda permite que os netos representem o pai na herança do avô.

LEITURA COMPLEMENTAR

CAMPOS, Wania Andréia; FIGUEIREDO, Luciana C. Duarte de. O direito à busca da origem genética na relação familiar socioafetiva. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 325-360.

CRUZ, Daniel Santana. Sucessões entre irmãos unilaterais e bilaterais: uma isonomia constitucional ferida? Disponível em: <www.ibdfam.org.br/artigos/851/Sucessões+entre+irmãos+unilaterais+e+bilaterais%3A+uma+isonomia+constitucional+ferida%3F>. Acesso em: 22 abr. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorin (coords.). *Direito de Família contemporâneo e novos direitos*: estudos em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 63-92.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MADALENO, Rolf. O confronto da filiação socioafetiva e o pretense direito sucessório sobre a filiação biológica. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, v. 15, p. 11-34. maio-jun. 2016.

3

CASAMENTO

Sumário: **3.1.** Posição privilegiada – **3.2.** Meação – **3.3.** Regime de bens – **3.4.** Separação de fato – **3.5.** Culpa – **3.6.** Cônjuge como herdeiro necessário – **3.7.** Concorrência sucessória – **3.8.** Doação – **3.9.** Direito real de habitação – **3.10.** Alimentos – **3.11.** Renúncia – **3.12.** Casamento nulo ou anulável – **3.13.** Casamento putativo – **3.14.** Legitimidade – **3.15.** Aspectos processuais –
Leitura complementar.

Referências legais: CR 201 V, 226 §§ 1.º e 2.º; CC 12 parágrafo único, 544, 550, 551 parágrafo único, 792, 1.027, 1.414 a 1.416, 1.511 a 1.582, 1.635, 1.652, 1.659 III, 1.668 I, 1.674 III, 1.685, 1.696, 1.721 parágrafo único, 1.797 I, 1.801 III, 1.814 I e II, 1.829 III, 1.830 a 1.832, 1.838, 1.844, 1.845, 1.961, 1.984, 2.012; CPC 616 I e IX, 617 I, 620, II, 626, § 1.º, 648 III, 649, 651 II, 653 I a), 672 II, 740 § 6.º, 741 § 3.º; Dec.-Lei 3.200/1941; Dec.-Lei 271/1967, 7.º § 4.º; Lei 12.344/2010.

3.1. POSIÇÃO PRIVILEGIADA

A sucessão não ocorre só entre parentes. Também o cônjuge integra a ordem de vocação hereditária. Ocupa o terceiro lugar, depois dos descendentes e dos ascendentes. Aliás, a lei atual melhorou em muito a condição sucessória do cônjuge. Concedeu-lhe tratamento altamente privilegiado.

É herdeiro necessário, não podendo ser excluído da herança, pois faz jus à legítima: metade da herança, se não existirem descendentes e nem ascendentes.

Preserva a qualidade de herdeiro independentemente do **regime de bens** do casamento e da vontade do *de cujus*. Ainda que o casamento tenha ocorrido pelo **regime da separação convencional** ou obrigatória de bens, sua condição de herdeiro persiste. Herda mesmo que os bens do cônjuge sejam **incomunicáveis**.

O viúvo foi brindado com o que passou a se chamar de **direito de concorrência**: recebe uma fração da herança, mesmo se existirem herdeiros antecedentes. A depender do regime de bens, concorre com os descendentes. Inclusive pode ser contemplado com quinhão maior do que os próprios filhos, pois lhe é garantida a quarta parte da herança. Já com os ascendentes o cônjuge concorre sempre, seja qual for o regime de bens.

3.2. MEAÇÃO

Não há como confundir herança e meação. São institutos diversos: um situa-se no âmbito do direito sucessório e outro pertence ao direito das famílias e é condicionado ao regime de bens do casamento. Como bem observa Zeno Veloso, meação decorre de uma relação patrimonial (condomínio, comunhão) existente em vida dos interessados e é estabelecida por lei ou pela vontade das partes. A sucessão hereditária tem origem na morte, e a herança é transmitida aos sucessores conforme previsões legais (sucessão legítima) ou a vontade do testador (sucessão testamentária).¹

Tanto meação não é herança, que não incide imposto de transmissão sobre essa fração do patrimônio.

Os bens adquiridos durante o período da vida em comum são chamados de **aquestos**, palavra que provém do latim *acquisitu* e significa adquirido. De um modo geral, a cada um dos cônjuges pertence a metade do patrimônio comum – daí a expressão meação, cuja dimensão depende do regime de bens do casamento. Por isso, antes de falar em sucessão, é preciso atentar ao **estado civil** do *de cujus* e ao **regime de bens** adotado por meio de pacto antenupcial. Para saber a extensão da herança, cabe perquirir: se há patrimônio particular; se existe comunhão de aquestos; ou se os bens adquiridos durante o casamento são comuns ou exclusivos de cada um dos consortes. Ou seja, é necessário identificar se o patrimônio é todo do falecido ou se parte pertence ao viúvo, a título de meação.

Ainda que não integre o acervo hereditário, a meação necessariamente acaba fazendo parte do **inventário**, pois a separação dos bens que integram a meação do cônjuge sobrevivente ocorre quando da **partilha** (CPC 651 II).

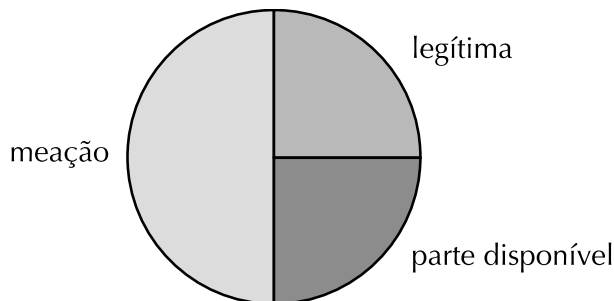
Desse modo, se o autor da herança era **casado**, antes de se pensar na divisão do seu patrimônio é necessário, a depender do regime de bens, excluir a meação do cônjuge. Depois cabe identificar se o *de cujus* tem

1. Zeno Veloso, Do direito sucessório dos companheiros, 286.

herdeiros necessários, pois a metade da herança é reservada a eles a título de legítima. A operação é simples. Falecendo alguém casado pelo regime da comunhão universal de bens, comunhão parcial ou participação final nos aquestos, antes de mais nada é preciso separar a meação do cônjuge sobrevivente. No regime de **comunhão universal**, a meação é calculada sobre todo o patrimônio. Nos demais, compreende a metade dos bens adquiridos durante o período de convívio. Esta divisão só não tem cabimento no regime da separação convencional, pois não há bens comuns. No regime da separação obrigatória (CC 1.641) por força da Súmula 377 do STF,² é assegurada a meação ao viúvo, sem a necessidade de comprovar esforço comum.³ Há quem sustente que a Súmula não sobrevive,⁴ por não ter sido reproduzido o art. 259 do Código pretérito, olvidando-se que o enunciado da Súmula não faz remissão a qualquer dispositivo legal.

Para dimensionar a herança de alguém, primeiro é preciso excluir a meação do viúvo. O que resta constitui o que se chama de monte-mor: a meação do falecido e mais seus bens particulares. Dos bens da herança, a metade corresponde à legítima dos herdeiros necessários. O que sobra, ou seja, a quarta parte do total do patrimônio é que constitui a porção disponível, de que o seu titular pode dispor do jeito que lhe aprouver por meio de testamento. Assim, se o testador deixar todos os seus bens a uma pessoa, isso não significa que o herdeiro instituído vai receber todo o acervo patrimonial.

2. STF – Súmula 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.
3. Sucessões. Ação declaratória de incomunicabilidade de bem. Regime de separação obrigatória de bens. Comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento. Súmula 377 do STF. Embora os pais das autoras fossem casados pelo regime da separação obrigatória de bens, por força do disposto nos arts. 258, parágrafo único, I, e 183, XIII, do CC/1916, incidente à época (o varão era viúvo, tinha bens e outros três filhos de anterior matrimônio), o imóvel que as demandantes pretendem ver declarado incomunicável foi adquirido durante o casamento. Súmula 377 do STF. Assim, o apartamento, pertencente ao casal falecido, deve ser partilhado entre todos os herdeiros necessários, isto é, entre as filhas, ora demandantes, e os filhos exclusivos do genitor, ora demandados. Negaram provimento. Unânime. (TJRS, AC 70075014480, 8ª C. Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 19/10/2017).
4. Neste sentido: Francisco Cahali, *in* Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, v. 7, 148.



Caso o cônjuge seja declarado **indigno**, fica sujeito a perder tanto o direito de concorrência como o direito à herança, na hipótese de ser o único herdeiro. No entanto, não perde o direito à meação. Ainda prevalece o entendimento de que, se o cônjuge matou o sogro, persistiria o direito de receber a meação dos bens comuns. Mas já há decisões mais coerentes, excluindo tal direito.

A cláusula de **incomunicabilidade** (CC 1.848) não exclui os bens do inventário. Somente os transforma em bens reservados. Não integram a meação e não entram no cálculo do direito de concorrência (CC 1.829 I e 1.832). No entanto, dita restrição não afasta o cônjuge sobrevivente da ordem de vocação hereditária. Na hipótese de não existirem herdeiros antecedentes (descendentes ou ascendentes) o viúvo recebe a totalidade da herança, inclusive os bens incomunicáveis.

3.3. REGIME DE BENS

Antes do casamento, os noivos escolhem o regime de bens que irá regular as questões patrimoniais durante sua vigência e principalmente quando do fim da união, pela separação ou pela morte. O instituto pertence ao direito das famílias e serve para aclarar a origem, a titularidade e o destino dos bens em razão do casamento. De forma para lá de injustificável a lei condiciona a concessão de alguns direitos sucessórios ao regime de bens do casamento. Não somente para mensurar a meação do viúvo. Depende do regime de bens o reconhecimento do **direito de concorrência, o qual permite ao** sobrevivente participar da herança mesmo que o falecido tenha descendentes ou ascendentes.

No **regime da comunhão universal** (CC 1.667 a 1.671) todo o patrimônio constitui acervo único. Pouca coisa fica fora da divisão (CC 1.668). Pertence ao casal, inclusive, os bens particulares, os recebidos por doação

ou por herança por qualquer dos cônjuges e os respectivos frutos. A cada um dos cônjuges corresponde a metade ideal de todo o patrimônio. É o que se chama de **mancomunhão**, propriedade em mão comum que, apesar das semelhanças, não se confunde com o condomínio.⁵

Quando o regime é o da **comunhão parcial** (CC 1.658 a 1.666), os bens adquiridos por qualquer dos cônjuges enquanto solteiros são bens particulares e continuam pertencendo, exclusivamente, a seu titular depois do casamento. Não só os bens pretéritos. Também não se comunicam os bens recebidos por doação ou herança na constância da união. Somente os que forem adquiridos **onerosamente** durante o período da vida em comum é que passam a pertencer a ambos. Como se diz: o que é meu é meu, o que é teu é teu e, o que é nosso, metade para cada um. Independentemente de quem o adquiriu, é metade para cada um, partindo da presunção de que houve esforço comum.

Os **frutos e rendimentos** – tanto os bens comuns como os particulares – entram na comunhão e integram o acervo sucessório (CC 1.660 V).

No regime da **participação final nos aquestos** (CC 1.672 a 1.686), a regra também é a incomunicabilidade dos bens particulares. O acervo adquirido durante o casamento por cada um dos cônjuges constitui **patrimônio próprio**, mas na hora da partilha é necessário **compensar valores**. Não se trata de dividir os bens que cada um adquiriu, mas de fazer uma compensação se for desigual o patrimônio amealhado.

No regime da **separação convencional de bens** (CC 1.687 e 1.688), os bens de cada cônjuge – quer pretéritos, quer futuros – lhe pertencem com exclusividade. Não há meação, mas existe o direito de concorrência sucessória.⁶

Fora esses, há o desarrazoado regime da **separação legal de bens** (CC 1.641), cuja constitucionalidade é questionada, quando a imposição

5. Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, 234.

6. Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. Civil. Direito das sucessões. Cônjuge. Herdeiro necessário. Art. 1.845 do CC/2002. Regime de separação convencional de bens. Concorrência com descendente. Possibilidade. Art. 1.829, I, do CC. Súmula n. 168/STJ. 1. A atual jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens ostenta a condição de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido, a teor do que dispõe o art. 1.829, I, do CC/2002, e de que a exceção recai somente na hipótese de separação legal de bens fundada no art. 1.641 do CC/2002. 2. Tal circunstância atrai, no caso concreto, a incidência do Enunciado n. 168 da Súmula do STJ. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg nos EREsp 1.472.945/RJ (2013/0335003-3), 2ª Seção, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 24/06/2015).

decorre do fato de um ou de ambos os noivos terem idade superior a 70 anos. Como alerta Judith Martins-Costa, trata-se de irrazoável suposição de que as pessoas não sejam responsáveis pelos seus atos **patrimoniais**, embora tais sejam na esfera **pessoal**, o que nem a medicina, nem a biologia, nem a realidade mais palmar sustentam. Trata-se da combinação entre os princípios da **autodeterminação**, ou **liberdade**, e da **igualdade**, que gera o direito pessoal à escolha do regime de bens no casamento e o direito de não ser **discriminado** em razão da idade.⁷

Trata-se de uma verdadeira punição. A lei subtrai **efeitos patrimoniais** a quem desobedece à recomendação de que “não devem casar” (CC 1.641). Mas súmula do STF⁸ acabou alterando a lei e implantou o regime da **comunhão parcial de bens**. Quando os noivos têm mais de 70 anos, tanto a Corregedoria do Tribunal de Justiça de Pernambuco,⁹ como a de São Paulo,¹⁰ autorizam o afastamento da incidência da Súmula 377 no pacto antenupcial ou por escritura pública.

Seja o regime de bens que for, tal não altera a qualidade de herdeiro do cônjuge sobrevivente, muito menos a condição de **herdeiro necessário**.¹¹ Em qualquer regime de bens – até no da separação convencional, como no regime da separação obrigatória –, falecendo um dos cônjuges, o sobrevivente adquire a qualidade de herdeiro exclusivo se não existirem herdeiros antecedentes. Seria absurdo condicionar a sucessão ao regime de bens. Haveria a possibilidade de a herança ser reconhecida como **jacente**, isto é, herança sem dono, mesmo que o falecido fosse casado. Mas não há tal risco, pois só é admitida a devolução da herança na inexistência de cônjuge sobrevivente (CC 1.844).

7. Judith Martins-Costa, Direito de herança e separação de bens, 83.

8. STF – Súmula 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

9. TJPE – CGJ – Provimento 8/16.

10. Registro Civil de Pessoas Naturais. Casamento. Pacto antenupcial. Separação obrigatória. Estipulação de afastamento da Súmula 377 do STF. Possibilidade. Nas hipóteses em que se impõe o regime de separação obrigatória de bens (art. 1641 do CC), é dado aos nubentes, por pacto antenupcial, prever a incomunicabilidade absoluta dos aquestos, afastando a incidência da Súmula 377 do Excelso Pretório, desde que mantidas todas as demais regras do regime de separação obrigatória. Situação que não se confunde com a pactuação para alteração do regime de separação obrigatória, para o de separação convencional de bens, que se mostra inadmissível. (TJSP, CGJ – Rec. Adm. 1065469-74.2017.8.26.0100, Rel. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 06/12/2017).

11. José Fernando Simão, Sucessão legítima, 305.

Ainda que o casamento tenha sido celebrado pelo regime da separação de bens – quer convencional, quer obrigatória –, nada impede que um cônjuge nomeie o outro como **herdeiro testamentário**.

3.4. SEPARAÇÃO DE FATO

Não adianta: a lei teima em manter o casamento depois do fim da vida em comum. O Código Civil tenta preservar os seus efeitos até ser dissolvido judicialmente. É tão insistente o legislador que repete a mesma regra duas vezes. Diz que a **sentença de separação judicial** importa na separação de corpos e na partilha de bens (CC 1.575). Logo em seguida afirma que é a **separação judicial** que põe termo aos deveres de coabitação, de fidelidade recíproca e ao regime de bens (CC 1.576). Com o fim do instituto da separação (EC 66/2010) – ao menos a separação judicial – é de se reconhecer tais dispositivos como derogados.

De qualquer forma, cessada a convivência, nada justifica manter a titularidade do patrimônio em “mão comum”, ou seja, em estado de **mancomunhão**. O pressuposto para o reconhecimento da copropriedade é a presunção do esforço mútuo na constituição e preservação dos bens adquiridos durante o período de convívio. Ora, cessada a convivência, não há motivo para pressupor o estado condominial.

Descabido pressupor a cotitularidade quando os bens são adquiridos depois de cessada a vida em comum, quer em decorrência da separação de fato, quer da separação de corpos. Enseja o **enriquecimento sem causa** do cônjuge que em nada colaborou para o aumento do acervo patrimonial. Também seria por demais injusto impor a um a responsabilidade pelas dívidas contraídas pelo outro. Não é possível atribuir a qualquer dos cônjuges o direito de usufruir dos bônus ou arcar com eventual ônus depois de cessada a convivência conjugal. Afinal, nada mais compartilham, nem a vida. Não há norma legal que diga isso, mas decorre de elementar **princípio ético**.

Como afirma Paulo Lôbo, dois são os efeitos jurídicos da separação de fato: cessação dos deveres conjugais e interrupção do regime matrimonial de bens, com reflexos diretos no direito das sucessões.¹² O STF reconhece a incomunicabilidade da herança.¹³

12. Paulo Lôbo, *Direito Civil: Sucessões*, 94.

13. Recurso extraordinário com agravo. Civil. Casamento. Comunhão universal. Sucessão hereditária posterior à separação. Herança. [...] Ação de partilha de bens. Regime patrimonial de comunhão universal. Abertura de sucessão hereditária ocorrida após a separação de fato do casal. Incomunicabilidade da herança. [...] 2. Partes casadas

Ocorrendo a separação de fato ou de corpos, o cônjuge tem direito somente à **meação** dos bens adquiridos na constância da vida em comum. Caso um deles venha a constituir nova entidade familiar, a meação dos bens adquiridos durante a união estável é de ser deferida ao companheiro sobrevivente. Excluídas as meações do cônjuge e do companheiro, com relação aos bens que cada um auxiliou a amealhar, a herança é atribuída aos herdeiros. No entanto, o **direito de concorrência** há que ser assegurado somente ao companheiro sobrevivente e não ao ex-cônjuge. Também é o companheiro que faz jus à totalidade da herança na inexistência de descendentes ou ascendentes.

Com a separação de fato que o cônjuge perde a condição de herdeiro. Às claras, não subsiste o **direito real de habitação** a favor de quem nem mais residia com o falecido.

O Código Civil assegura os direitos sucessórios ao cônjuge sobrevivente ainda que o casal estivesse separado. Somente após o decurso de **dois anos** do fim da convivência, é que o ex-cônjuge deixaria de ser herdeiro. Assim, mesmo que tenha sido “culpado” pela separação, durante esse longo período, preservava a condição de herdeiro necessário; concorria com os descendentes e os ascendentes; podendo ser contemplado com a herança (CC 1.830). Como observa Euclides de Oliveira, nada justifica tão prolongado tempo de espera para que se desnature a sociedade conjugal no plano hereditário.¹⁴

em regime de comunhão universal de bens e que se encontravam separadas de fato quando do falecimento da mãe do apelante, ocasião em que já tramitava ação de separação judicial proposta pelo recorrente. A separação de fato assinala o fim do condomínio patrimonial, razão pela qual não se pode reconhecer à recorrida o direito à partilha dos bens hereditários recebidos pelo recorrente, na qualidade de herdeiro de sua genitora. E assim o é para evitar-se a ocorrência de enriquecimento sem causa, tendo em vista que não houve qualquer participação do cônjuge para esse acréscimo. 3. A manutenção da comunicabilidade de bens entre cônjuges já separados de fato conflita com a disciplina estabelecida pelo atual Estatuto Civil, o qual reconhece a união estável surgida nesse intervalo e para quem o legislador ordinário destinou o regime da comunhão parcial de bens para regular as relações patrimoniais entre os conviventes (art. 1.725 do Código Civil). 4. Portanto, sob a égide da comunhão universal, o condomínio de bens e dívidas deve findar com a ruptura da vida conjugal, preservado o direito de meação do patrimônio adquirido durante a constância da sociedade conjugal. Precedentes do STJ e dos Tribunais Estaduais. (STF, ARE 936.397/CE (0093232-17.2006.8.06.0001), Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 17/12/2015).

14. Euclides de Oliveira, Direito de herança, 128.

A previsão legal não pode ser mais absurda. Absolutamente desarrazoado preservar o sobrevivente à condição de herdeiro, para além do fim da conjugalidade. Rompido o casamento pela separação de fato, a partir desse momento, não pode ser reconhecido nenhum direito sucessório ao ex-cônjuge. Claro que é preservada sua **meação** com referência ao patrimônio constituído até a data da separação. Mas não dá para reconhecer direito algum sobre bens adquiridos depois da separação. A norma legal se afasta, e muito, de qualquer razão de natureza ética.

Muito menos cabe estender direito a quem nem mais cônjuge era, para além do prazo de dois anos, mediante a prova de que a **culpa** pela separação foi do morto. Ora, o instituto da culpa desapareceu do âmbito do direito das famílias e não há como ser invocado na esfera sucessória. Ao depois, há a intrincada questão de identificar de quem é o ônus de comprovar o responsável pela separação.¹⁵ Conforme bem assevera Rolf Madaleno, se não sobreviveu o casamento no plano fático, não há nexo em estendê-lo no plano jurídico. Importa o fato da separação, e não sua causa. É andar na contramão do direito familista brasileiro caçar culpa de uma decisão unilateral.¹⁶

Mais um fundamento. Afronta o **princípio da razoabilidade** conferir direito sucessório ao cônjuge separado. É que, de modo expresse, a lei permite o reconhecimento da **união estável** de quem está separado de fato (CC 1.723 § 1.º). Assim, se o direito sucessório for além do período da vida em comum, tanto o ex-cônjuge como o companheiro fariam jus à herança e ao direito de concorrência. A única solução é conferir ao cônjuge os bens adquiridos durante o casamento, e ao companheiro, o que foi amealhado durante a união estável.¹⁷

15. Recurso especial. Direito civil. Sucessões. Cônjuge sobrevivente. Separação de fato há mais de dois anos. Art. 1.830 do CC. Impossibilidade de comunhão de vida sem culpa do sobrevivente. Ônus da prova. 1. A sucessão do cônjuge separado de fato há mais de dois anos é exceção à regra geral, de modo que somente terá direito à sucessão se comprovar, nos termos do art. 1.830 do Código Civil, que a convivência se tornara impossível sem sua culpa. 2. Na espécie, consignou o Tribunal de origem que a prova dos autos é inconclusiva no sentido de demonstrar que a convivência da ré com o ex-marido tornou-se impossível sem que culpa sua houvesse. Não tendo o cônjuge sobrevivente se desincumbido de seu ônus probatório, não ostenta a qualidade de herdeiro. 3. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.513.252/SP (2011/0058878-5), 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 03/11/2015).

16. Rolf Madaleno, O novo Direito sucessório, 35.

17. Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Direito Civil, 275.

É igualmente desarrazoado conceder o prazo de dois anos da morte do ex-cônjuge, para o sobrevivente buscar a **anulação da doação** feita pelo “cônjuge adúltero ao seu cúmplice” (CC 550). O falecido pode ter doado um bem particular ou que tenha sido adquirido depois da separação do casal. Descabido reconhecer a legitimidade do ex-cônjuge para desconstituir doação feita, por exemplo, ao parceiro da união estável iniciada depois da separação de fato. Assim, decorridos **dois anos** pode ser buscada a desconstituição do ato de liberalidade por ele praticado em favor do companheiro com quem mantinha união estável.

Mas há mais. Durante o período de **cinco anos** o cônjuge pode reivindicar os bens comuns doados pelo outro ao “concubino”. A exceção fica por conta da prova de que o bem foi adquirido com esforço comum dos companheiros (CC 1.642 V). Bem, ao menos neste dispositivo reconhece a lei efeitos jurídicos às **famílias paralelas**.

3.5. CULPA

O legislador sempre insistiu em manter o casamento eterno. Tanto é assim que estende seus efeitos para depois da morte. Ainda que cessada a convivência do casal há mais de dois anos, a lei autoriza discutir a culpa do falecido. Reconhecido que o sobrevivente não foi o responsável pelo fim da vida em comum, seu direito sucessório persistiria, inclusive, o direito de **concorrência sucessória**.

A única chance de afastar o direito do ex-cônjuge seria o reconhecimento judicial da sua culpa pela ruptura da vida conjugal. Exclusivamente, se comprovado que tinha sido ele o culpado pela separação é que perdia a condição de herdeiro.

Mas esta não é a única oportunidade em que a lei caça culpados em sede do direito sucessório. Impede que o “concubino do testador casado” seja nomeado **herdeiro ou legatário**. Tal impedimento se eternizaria no tempo. A nomeação do “concubino” como herdeiro testamentário só era possível depois do decurso de cinco anos da separação de fato, e isso se o ex-cônjuge não fosse o culpado pela separação (CC 1.801 III). A exigência é cumulativa: a concessão de direito sucessório só poderia ser levada a efeito se o testador não fosse o culpado pela separação e, mesmo assim, só podia testar depois de cinco anos da separação de fato. A imprecisão da lei sempre foi flagrante. Não dá para falar em concubinato quando os cônjuges se encontram separados de fato, até porque inexistente impedimento para a constituição de união estável (CC 1.723 § 1.º). Pelo jeito, independentemen-

te do tempo da separação, o culpado pelo fim do casamento não poderia nunca beneficiar o novo parceiro, mesmo que com ele viesse a constituir união estável. Não poderia sequer beneficiá-lo com bens adquiridos depois da separação de fato. Ou seja, a pena pela culpa era eterna!

Em face da Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 6.º do art. 226 da Constituição da República, a única forma de dissolver o casamento é o divórcio. Assim, desapareceu o instituto da **separação litigiosa** e com ele a necessidade de identificação de causas ou a exigência do decurso de prazos para a concessão do divórcio. Eliminada a **culpa** para a dissolução do casamento, caíram por terra todos os dispositivos legais que falam em culpa em sede do direito sucessório.

A decisão do STJ,¹⁸ afirmando persistir o instituto da separação, diz tão só com a separação consensual, onde inexistente imputação de culpados.

Assim, é indispensável fazer a releitura dos dispositivos. Quando falam em separação, estão a referir-se à **separação de fato**. A referência à separação judicial diz com a **separação de corpos** chancelada judicialmente.

3.6. CÔNJUGE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO

O Código Civil atribui ao cônjuge condição de herdeiro necessário, independente do **regime de bens**. Ocupa o **terceiro lugar** na ordem de vocação hereditária, depois dos descendentes e dos ascendentes (CC 1.845). Tal circunstância não afeta o direito à **meação**.

Quando do falecimento de um dos cônjuges, na ausência de descendentes e ascendentes, a herança é transmitida ao viúvo. Ele herda a integralidade do patrimônio, independentemente do regime de bens. Consolidou-se a jurisprudência reconhecendo o cônjuge como herdeiro necessário, mesmo quando eleito o **regime da separação convencional de bens**.¹⁹

18. STJ, REsp 1.247.098/MS (2011/0074787-0), 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 10/03/2017.

19. Agravo interno nos embargos de divergência em recurso especial. Ação anulatória. Adjudicação em processo de inventário. Ordem de vocação hereditária. Inobservância. Cônjuge. Separação convencional de bens. Condição de herdeiro necessário. 1. É assente na jurisprudência da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens ostenta a condição de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido, a teor do que dispõe o art. 1.829, inciso I, do Código Civil de 2002. 2. Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado (Súmula nº 168/STJ). 3. Agravo interno

Por ser herdeiro necessário, o cônjuge pode ser **deserdado** (CC 1.961). Apesar de a lei não identificar as condutas que podem conduzi-lo à **deserdação**, o agir indevido do cônjuge não o livra da possibilidade de ser excluído por meio de testamento. Prevalece o princípio ético de impedir a quem atenta contra a vida ou a honra do autor da herança, ser beneficiado com direitos sucessórios (CC 1.962 e 1.963).

De qualquer modo, há a possibilidade de o cônjuge ser afastado da sucessão caso venha a ser reconhecido judicialmente como **indigno** (CC 1.814). A deserdação e a indignidade excluem o direito à **herança**.

3.7. CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA

Os benefícios do viúvo vão além da condição de herdeiro necessário. Ele também é herdeiro concorrente, participando da ordem sucessória com os descendentes e ascendentes. É o que passou a se chamar de concorrência sucessória. Caso o falecido tenha descendentes, o direito do ex-cônjuge sobre fração dos bens particulares depende do **regime de bens** do casamento (CC 1.829 I). Quando os herdeiros forem os ascendentes, o direito de concorrência existe sempre, independentemente do regime de bens (CC 1.836).

Em face desse direito, a ordem de vocação hereditária deixou de ser excludente. A existência de herdeiros necessários das classes antecedentes não afasta o direito de herdeiro de classe subsequente.

3.8. DOAÇÃO

A lei não proíbe a doação de um cônjuge a outro, nem mesmo se casados pelo inconstitucional regime da **separação obrigatória de bens** (CC 1.641). Desse modo, são possíveis doações a favor do cônjuge, qualquer que seja o regime de bens. No entanto, se não ficar consignado de forma expressa que a doação é de **bens disponíveis** e que fica o cônjuge beneficiado dispensado de trazer o bem recebido à **colação**, a doação é considerada **adiantamento de legítima** (CC 544).

No caso, **adiantamento do direito concorrente**. Aliás, somente quando existe tal direito é que há a necessidade de os bens recebidos por doação serem colacionados (CC 2.003). Esta é a única hipótese em que se justifica conferência de bens. Quando o viúvo é convocado na qualidade de herdeiro

não provido. (STJ, AgInt nos EREsp 1.354.742/MG, 2ª S., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 13/12/2017).

necessário, por ausência de descendentes e ascendentes, como recebe todo o acervo sucessório, **não há falar em colação**.

Quando um dos cônjuges recebe doações, os bens lhe pertencem com exclusividade, tornando-se **bens particulares**. A depender do regime de bens, comunicam-se ou não. Se casados pelo regime de **comunhão de bens**, os bens se comunicam. A não ser que a doação tenha cláusula de incomunicabilidade (CC 1.668 I). Caso o regime seja o da **comunhão parcial**, as doações recebidas por um do par não beneficiam o outro (CC 1.659 I). No entanto, como são considerados bens particulares, sujeitam-se à **concorrência sucessória** (CC 1.829 I). Porém, existindo cláusula de **incomunicabilidade**, não há como deferir parte ao cônjuge sobrevivente a título de direito de concorrência. Apesar do silêncio da lei, outra não pode ser a solução, sob pena de se afrontar a vontade do doador que, de modo expreso, quis afastar o cônjuge como beneficiário (CC 1.668 I e IV).

Se o casal já estiver **divorciado** à época da doação, não há falar nem em direito de concorrência e nem em obrigação de o bem recebido ser trazido à colação. Rompido o vínculo do casamento, a doação é ato de liberalidade que não precisa vir ao inventário.

Independentemente do regime de bens, a doação feita em favor de **um casal** gera estado de condomínio entre eles. Assim, com o falecimento de um, o bem subsiste integralmente em favor do outro (CC 551 parágrafo único). Caso tenha sido doado a ambos pelo ascendente de um deles, a fração recebida pelo herdeiro configura adiantamento de legítima. Assim, quando da morte do doador a metade do bem cabe ser trazida à **colação** (CC 2.002 a 2.012).

3.9. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

O Código Civil garante ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação independentemente do **regime de bens** do casamento (CC 1.831). Nem o regime da separação de bens – quer legal, quer convencional – afasta o direito de habitação, pois se trata de um **direito real** e não um direito hereditário.

O Código Civil só faz referência ao direito real de habitação do cônjuge, olvidando-se do companheiro. Mas, em face da equiparação levada a efeito pelo STF,²⁰ entre casamento e **união estável** em sede de direitos

20. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829

sucessórios, dispõe o companheiro sobrevivente do mesmo direito, como, aliás, já vinha reconhecendo a jurisprudência.

O direito real de habitação (CC 1.831) submete-se aos mesmos limites do direito de habitação **convencional ou voluntário**, o qual pode ser instituído por testamento ou declaração unilateral de vontade (CC 1.414 a 1.416). O sobrevivente não pode alugar, nem emprestar o bem, mas simplesmente ocupá-lo com sua família. Caso deixe de servir de residência ao sobrevivente, seja emprestado ou alugado, o direito se desvirtua, o que acarreta sua extinção.²¹ Trata-se de **direito de uso**, de forma **gratuita**, que não admite qualquer contraprestação, não podendo os herdeiros pretenderem o pagamento de aluguel.²² Não existe qualquer distinção quanto à natureza dos herdeiros (se filhos exclusivos ou filhos comuns), para a sua concessão.²³

É direito **personalíssimo e vitalício**. Não existe qualquer limitação ao seu exercício. Mesmo que venha o sobrevivente a casar ou viver em união estável homo ou heteroafetiva, pode continuar ocupando o imóvel que havia servido de residência ao casal. Porém, se mantém somente durante a vida do titular, extinguindo-se com o seu falecimento. Não se estende ao novo cônjuge, que não era o titular do direito, só dispunha da possibilidade de nele residir.

A restrição para que o sobrevivente continue na posse do bem que servia de residência à família, desde que seja o **único imóvel** com esta

do CC/2002.(RE 646721/RS, T. Pleno, Rel. Des. Marco Aurélio, j. 10/11/2011 e RE 878694/MG, T. Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10/05/2017).

21. Carlos José de Castro Costa, Sucessão do cônjuge à luz da Constituição Federal, 28.
22. Inventário. Uso de imóvel pela companheira. Fixação de aluguel. Descabimento. Direito real de habitação. Decisão reformada por ato da Relatora (art. 557 DO CPC). O direito real de habitação constitui gravame que visa a assegurar ao cônjuge ou companheiro sobrevivente a permanência na posse do imóvel que servia de residência para o casal, ainda que não haja meação ou direitos sucessórios sobre o bem, sendo pressuposto para o seu exercício a propriedade do *de cujus*. Logo, descabe a fixação de qualquer locativo pelo uso do imóvel pela companheira sobrevivente. Agravo de instrumento provido. (TJRS, AI 70063925903, 7ª C. Cív., Rel. Sandra Brisolara Medeiros, j. 17/03/2015).
23. Direito real de habitação do cônjuge sobrevivente. Reconhecimento mesmo em face de filhos exclusivos do *de cujos*. 1. O direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência do casal deve ser conferido ao cônjuge/companheiro sobrevivente não apenas quando houver descendentes comuns, mas também quando concorrerem filhos exclusivos do *de cujos*. 2. Recurso Especial improvido. (STJ, REsp 1.134.387/SP, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 29/05/2013).

destinação, é descabida, e já foi superada pela justiça.²⁴ Ora, a pessoa pode ter mais de uma residência, sendo considerada qualquer delas seu **domicílio** (CC 71). Assim, duplo domicílio não pode excluir o direito real de habitação. Seria restrição incompreensível. No entanto, não há como assegurar o direito de habitação sobre ambos os imóveis. É de livre escolha do sobrevivente optar por um deles.²⁵

É uma **sucessão anômala**, que derroga o princípio da unidade da sucessão, transmitindo um legado *ex lege*, um direito limitado quanto ao objeto individualmente considerado, certo e determinado, separado do patrimônio hereditário para garantia da moradia, caracterizando uma sucessão a título singular.²⁶

O direito de habitação leva ao desdobramento da propriedade, assegurando ao sobrevivente a **posse direta** do bem, na qualidade de usufrutuário, enquanto a **nua-propriedade** pertence aos herdeiros. Estes, no entanto, não estão impedidos de vender o bem, o que não afeta o direito do viúvo de continuar a residir no imóvel. A restrição se chama de **obrigação propter rem**: uma obrigação incrustada no direito real.

Apesar de **gratuito**, cabe ao habitador arcar com as despesas de manutenção e encargos ordinários, como IPTU, água, condomínio etc.²⁷ Além de **impenhorável**, quem habita o imóvel pode invocar a proteção do **bem de família**.

Quanto aos **frutos**, são percebidos por quem exerce o direito, mas não é possível extraí-los em escala comercial ou industrial, não havendo a possibilidade de usar o imóvel com essas finalidades.²⁸ O fato de, no imóvel

24. União estável [...] Direito de habitação. O cônjuge ou convivente sobrevivente, após falecimento do outro integrante do casal, por casamento ou união estável, independentemente do regime de bens aplicável, tem direito real de habitação do imóvel em que residia, quando do óbito do cônjuge ou convivente, ainda que haja mais de um imóvel residencial a inventariar, por aplicação do disposto nos arts. 1º, III, 6º, caput, e 226, § 3º, da CF, art. 1.831, do CC/2002, e art. 7º, § único, da LF 9.278/96, uma vez que esse direito prevalece e pode ser oposto aos herdeiros do *de cujus*, ainda que copossuidores e coproprietários, e que não é excluído pelo fato do cônjuge ou convivente sobrevivente possuir outro imóvel residencial. [...] Recurso provido. (TJSP, AC 1000031-90.2014.8.26.0073, 20 C. Dir. Priv., Rel. Rebello Pinho, j. 05/06/2017).
25. Euclides de Oliveira, Direito de herança, 137.
26. Idem, ibidem.
27. Daniel Blikstein, O Direito real de habitação na sucessão hereditária, 258.
28. Idem, 108.

que serve à residência, haver **exploração comercial**, não subtrai o direito do sobrevivente de lá continuar a residir.²⁹

Ainda que – como o próprio nome diz – se trate de “direito real”, não carece de **registro imobiliário**. Mas é oponível *erga omnes*, inclusive contra os herdeiros, podendo o viúvo fazer uso dos **interditos possessórios** em caso de sua posse ser molestada (CPC 554 a 568).

O direito de habitação só pode ser conferido sobre bem que pertence, em sua integralidade, ao *de cujus*. A existência de coproprietários impede o uso pelo sobrevivente.³⁰

De modo muito frequente, o casal constrói sua residência em terreno que pertence aos pais de um deles. Como se trata de mera **accessão** (CC 1.253), que se agrega ao imóvel e passa a pertencer ao titular do domínio, o viúvo não tem o direito de permanecer lá residindo. No máximo, faz jus à metade do valor do imóvel construído, mas não a título de direito sucessório. Só na hipótese da chamada **accessão invertida**, em que o valor agregado ao bem reverte a titularidade, pode haver o direito de habitação, pois o imóvel passou a pertencer ao casal (CC 1.255 parágrafo único).

O Código Civil não mais assegura o direito real de habitação ao **filho com deficiência e incapacitado para o trabalho**, salutar regra que constava na legislação anterior (CC/1916 1.611). Pelo jeito, o legislador não atendeu a tal acréscimo levado a efeito na lei civil por meio da L 10.050/2000.

29. [...] Direito real de habitação. Exploração econômica do imóvel. Possibilidade, desde que respeitada a finalidade do instituto. Instalação de pequeno comércio na residência que também serve de moradia. Possibilidade. Interpretação finalista. Decisão reformada. [...] (TJPR, AI 1.204.749-5, 12ª C. Cív., Rel. Des. Rosana Amara Girardi Fachin, j. 29/01/2014).

30. Direito real de habitação. Inoponibilidade a terceiros coproprietários do imóvel. Condomínio preexistente à abertura da sucessão. [...] 2. Discute-se a oponibilidade do direito real de habitação da viúva aos coproprietários do imóvel em que ela residia com o falecido. 3. A intromissão do Estado-legislador na liberdade das pessoas disporem dos respectivos bens só se justifica pela igualmente relevante proteção constitucional outorgada à família (art. 203, I, da CF), que permite, em exercício de ponderação de valores, a mitigação dos poderes inerentes à propriedade do patrimônio herdado, para assegurar a máxima efetividade do interesse prevalente, a saber, o direito à moradia do cônjuge supérstite. 4. No particular, toda a matriz sociológica e constitucional que justifica a concessão do direito real de habitação ao cônjuge supérstite deixa de ter razoabilidade, em especial porque o condomínio formado pelos irmãos do falecido preexiste à abertura da sucessão, pois a copropriedade foi adquirida muito antes do óbito do marido da recorrida, e não em decorrência deste evento. 5. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, Resp 1.184.492/SE, Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 01/04/2014).

Mas por duplo motivo é de se reconhecer que o dispositivo continua em vigor: primeiro porque a lei que instituiu o dispositivo não foi revogada e não há incompatibilidade com a lei atual; ao depois, vedado o retrocesso social, nada justifica excluir o direito constitucional de moradia aos des-capacitados. O fato é que nada justifica dar uma interpretação restritiva ao direito real de habitação. É assegurado constitucionalmente o **direito à moradia** como direito social (CR 6º). Podem existir filhos menores ou pessoas idosas residindo no imóvel do falecido, nada justificando que sejam jogados na sarjeta.

Finalmente, o **direito real de uso** sobre terrenos públicos ou particulares, como direito resolúvel, transmite-se por sucessão legítima ou testamentária, com as mesmas características (DL 271/67 7.º § 4.º).

3.10. ALIMENTOS

O dever de mútua assistência imposta aos cônjuges quando do casamento (CC 1.566 III) é perpétuo, ainda que o casamento não mais o seja. Desde o advento da Lei do Divórcio, deixou o casamento de ser indissolúvel. Mas a célebre máxima de Saint-Exupéry, que proclama a responsabilidade eterna com relação a quem se cativou, está incorporada no sistema jurídico. Vigora mesmo depois de dissolvido o casamento. Basta um dos cônjuges necessitar de alimentos e ter o outro condições de pagá-los.

A obrigação alimentar entre os cônjuges, no entanto, deve ser estabelecida quando da **separação de fato** ou, no máximo, por ocasião do **divórcio**. Depois, não mais. Sob a alegação de que o divórcio dissolve o vínculo matrimonial, a necessidade que eventualmente surgir em momento posterior à separação, não gera qualquer obrigação do ex-cônjuge. A jura de amor eterno até na pobreza não vale mais.

Cada vez mais vem a jurisprudência reconhecendo como **temporária** a pensão paga a ex-consorte. Quando persiste por alguns anos, simplesmente é cancelada, sem ao menos se perquirir se persiste a situação de necessidade. Ora, quando da fixação dos alimentos, foi atentado ao seu princípio balizador: possibilidade-necessidade. A decisão faz **coisa julgada**. Somente é possível revisar o encargo, se houve a alteração de algum destes vértices: ou aumentaram as necessidades ou diminuíram as possibilidades. Não ocorrendo qualquer mudança, não há como reduzir ou cancelar os alimentos, sob a singela alegação de que foram pagos por muito tempo. Claramente, uma postura sexista da justiça.

3.11. RENÚNCIA

Qualquer herdeiro pode renunciar à herança. E o fato de o herdeiro ser casado não o impede de abrir mão de direitos sucessórios. Questiona-se sobre a necessidade de **outorga uxória**, ou seja, se o herdeiro precisa da concordância do cônjuge para renunciar à herança. Isso porque a lei considera a herança bem imóvel (CC 80 II) e nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, alienar ou onerar bens imóveis (CC 1.647).

Ainda que a renúncia não configure nem venda nem doação, o tema gera polêmica. A tendência majoritária é exigir a vênia do cônjuge no ato de renúncia da herança. Porém, esta exigência não está na lei. Ao depois, a não ser no regime da comunhão universal, nos demais regimes de bens, a herança não se comunica com o cônjuge, sendo bem reservado do herdeiro. Cabe lembrar que, por ficção legal, a renúncia opera **efeito retroativo** à data da abertura da sucessão. O renunciante fica excluído como se nunca tivesse sido herdeiro. Ora, se a herança não ingressou no patrimônio do herdeiro, não há falar em direito do cônjuge. Se ele nada adquiriu, não precisa concordar com a renúncia de bem que não lhe pertence. Assim, até lhe falta interesse para insurgir-se contra o desejo do herdeiro de renunciar. Há que ser respeitada a autonomia de vontade do herdeiro, que pode rejeitar um direito que é só seu e que, pelo ato da renúncia, não adentra sequer em seu patrimônio.

Ainda assim, indo muito além do seu limite de competência, o Conselho Nacional de Justiça³¹ exige a presença do cônjuge ao ato de renúncia levado a efeito no inventário extrajudicial feito por escritura pública (CPC 610).

O cônjuge pode renunciar, tanto ao **direito real de habitação**, como ao **direito de concorrência**. Mas a **renúncia a somente um desses** direitos não exclui o outro.

A renúncia pode ser levada a efeito por **escritura pública** ou **por termo nos autos** do inventário.

3.12. CASAMENTO NULO OU ANULÁVEL

Ainda que a morte dissolva a sociedade conjugal (CC 1.571 § 1.º), buscada a desconstituição do casamento nulo ou anulável, a demanda pode prosseguir, mesmo depois da morte de um dos cônjuges.

31. Resolução 35 do CNJ, 17.

Falecendo um dos cônjuges enquanto tramita a ação anulatória, independentemente de quem a tenha promovido – o falecido ou o sobrevivente, tanto faz –, a ação não perde o objeto. Isso porque são diversos os efeitos dessas duas modalidades de dissolução do casamento. Ocorrendo a morte de um dos cônjuges, este é o marco final da união. No entanto, a anulação do casamento produz **efeito retroativo** à data da sua celebração (CC 1.563). Ao depois, a identificação do culpado faz com que ele perca as vantagens recebidas, devendo cumprir as promessas feitas no pacto antenupcial (CC 1.564).

Assim, em face dos efeitos de ordem patrimonial no âmbito do direito sucessório, não se pode reconhecer como **personalíssima** a ação de anulação de casamento, a dar ensejo à sua extinção com o falecimento de uma das partes.

3.13. CASAMENTO PUTATIVO

Em respeito ao **princípio da aparência** e da **boa-fé**, a lei empresta efeitos jurídicos ao casamento, ainda que ele não tenha ocorrido, seja nulo ou anulável. É o que se chama de casamento putativo (CC 1.561).

Essa possibilidade perdeu totalmente o significado quando a **união estável** foi reconhecida como entidade familiar. Ainda mais agora que os efeitos sucessórios são os mesmos.

Ainda que inexistente ou nulo o casamento, enquanto ele perdurou, indispensável reconhecer que o casal, ao menos, vivia em união estável.

Até ser desconstituído – o que ocorre quando do trânsito em julgado da sentença –, o casamento produz todos os efeitos civis. Ocorrendo o falecimento de um dos cônjuges antes de a sentença anulatória transitar em julgado, o cônjuge que estava de boa-fé é beneficiado com o direito sucessório.³² Estando os dois de boa-fé, ambos têm direitos à sucessão, um em relação ao outro, como se o casamento válido fosse.

Esta diferença de efeitos é que permite a propositura da ação de anulação do casamento mesmo **após o falecimento de um dos cônjuges**. Da mesma forma, falecendo um deles enquanto tramita a ação anulatória, ainda assim a demanda pode prosseguir, não se podendo falar em perda de objeto. Falecido o cônjuge antes de anulado o casamento, o outro mantém a condição de herdeiro. Mas, anulado o casamento e reconhecida a **má-fé**

32. Arnoldo Wald, O novo Direito das Sucessões, 77.

do cônjuge sobrevivente, ele será excluído da sucessão. Se o falecido tiver descendentes ou ascendentes, o cônjuge reconhecido como de má-fé não tem direito à concorrência sucessória. Na hipótese de não existirem herdeiros em linha reta, o cônjuge, cuja má-fé foi reconhecida, não recebe a herança, pois perde a condição de herdeiro.

3.14. LEGITIMIDADE

É tal o prestígio que o legislador dá ao casamento, que concede ao cônjuge sobrevivente uma série de prerrogativas, inclusive atropelando a ordem de vocação hereditária.

Ao viúvo é conferida legitimidade para buscar a cessação da lesão ou ameaça a **direito da personalidade** do cônjuge falecido e reclamar perdas e danos (CC 12 parágrafo único).

O direito conferido ao cônjuge do ausente, de ser nomeado seu **curador**, mesmo que **separados de fato** há menos de dois anos antes da declaração da ausência (CC 25), não mais pode subsistir, depois de consagrado o término da sociedade conjugal com o fim do convívio.³³

No entanto, caso tenha direito à **meação**, o cônjuge pode requerer a **declaração da ausência** (CC 26).

O cônjuge sobrevivente, se mantinha vida em comum com o *de cujus* quando da abertura da sucessão, tem prioridade para ser **administrador provisório** da herança, até o compromisso do inventariante (CC 1.797 I).

Caso esteja na **posse dos bens particulares** do falecido, o viúvo é reconhecido: **usufrutuário**, se o rendimento for comum; **procurador**, se tiver mandato expresso ou tácito para administrá-los; ou **depositário**, se não for usufrutuário, nem administrador (CC 1.652).

Na falta de testamenteiro nomeado pelo testador, a **execução testamentária** compete ao cônjuge, que prefere ao herdeiro (CC 1.984).

3.15. ASPECTOS PROCESSUAIS

O cônjuge sobrevivente, que convivia com o *de cujus* quando da abertura da sucessão, tem legitimidade para:

- ser **administrador provisório** (CC 1.797 I);

33. Maria Berenice Dias, Divórcio, 72-73.

- requerer a abertura do inventário (CPC 616 I)
- prioritariamente, ser nomeado **inventariante** (CPC 617 I).

Ainda que a **meação** não faça parte do acervo sucessório, os bens que a integram precisam ser descritos no inventário (CPC 651 II). No entanto, o valor da meação não se soma ao **valor da causa** e nem está sujeito a encargos tributários.

LEITURA COMPLEMENTAR

BLIKSTEIN, Daniel. *O direito real de habitação na sucessão hereditária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

COSTA, Carlos José de Castro. Sucessão do cônjuge à luz da Constituição Federal. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister/ Belo Horizonte: IBDFAM, ano XI, n. 14, fev.-mar. 2010, p. 05-30.

COSTALUNGA, Karine. *Direito de herança e separação de bens*: uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. *Revista Juris Plenum*, ano V, n. 25, jan. 2009, p. 50-80.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A salvaguarda dos direitos dos cônjuges e dos companheiros na perspectiva civil-constitucional. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

_____. Uma releitura do direito real de habitação previsto no art. 1.831 do Código Civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e Sucessões: questões polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 155-172.

PRADO, Wagner Junqueira. A sucessão legítima do cônjuge no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister/ Belo Horizonte: IBDFAM, ano XI, n. 14, fev.-mar. 2010, p. 31-46.

SIMÃO, José Fernando. Separação obrigatória com pacto antenupcial? Sim, é possível. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-11/processo-familiar-separacao-obrigatoria-pacto-antenupcial-sim-possivel>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; PAULA, Natália de Souza. A perda da meação, em face de homicídio doloso praticado pelo consorte: uma proposta de extensão dos efeitos da indignidade. *Revista Nacional de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, v. 20, p. 110-136. set.-out. 2017.

- VELOSO, Zeno. Novo casamento do cônjuge ausente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 6, n. 23, abr.-maio 2004, p. 37-54.
- VENOSA, Sílvio. Testamento. Estrutura e princípios. Modalidades. In: VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães. (coords.) *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 852-886.

4

UNIÃO ESTÁVEL

Sumário: **4.1.** Distinção inconstitucional – **4.2.** Meação – **4.3.** Companheiro como herdeiro necessário – **4.4.** Concorrência sucessória – **4.5.** Direito real de habitação – **4.6.** Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CR 201 V, 226 § 3.º; CC 793, 1.723 a 1.727, 1.790, 1.797 I, 1.801 I, 1.802 parágrafo único, 1.814 I e II, 1.844, 1.963 III; CPC, 616 I e IX, 617 I, e II, 620 II, 626, § 1.º, 648 III, 649, 653 I a, 672 II, 740 § 6.º, 741 § 3.º; Lei 8.971/1994, 2.º, II; Lei 9.278/1996, 7.º; Lei 12.195/2010.

4.1. DISTINÇÃO INCONSTITUCIONAL

Ainda que a sucessão ocorra prioritariamente entre parentes, não só eles integram a ordem de vocação hereditária – também cônjuges e companheiros desfrutam da qualidade de herdeiro. Inclusive a lei lhes concede situação privilegiada, ainda que, de forma absolutamente desarrazoada, o tratamento deferido ao viúvo é bem mais vantajoso do que o concedido ao companheiro sobrevivente. As diferenças são de diversas ordens. Um é herdeiro necessário. O outro não. Ambos têm direito de concorrência sucessória, mas em bases diferentes. O companheiro sempre em desvantagem.

Mesmo com o advento da norma constitucional, que reconheceu a união estável como **entidade familiar** (CR 226 § 3.º), a jurisprudência resistiu em conceder direito sucessório ao companheiro. Somente com a regulamentação da união estável foi reconhecido aos companheiros direitos sucessórios iguais ao casamento (L 8.971/94 e 9.278/96).

No entanto, O Código Civil, ao tratar do direito sucessório na união estável, ao menos em cinco aspectos, trouxe inegável prejuízo ao companheiro sobrevivente:

- não o reconhece como herdeiro necessário;
- não lhe assegura quota mínima;

- o insere no quarto lugar na ordem de vocação hereditária, depois dos colaterais;
- limita o direito concorrente aos bens adquiridos onerosamente durante a união;
- não lhe confere direito real de habitação; e
- só recebe a totalidade da herança se não existir nenhum herdeiro: um irmão, um tio, um sobrinho, um tio-avô, um sobrinho-neto ou um primo sequer.

O companheiro nem foi incluído na ordem de vocação hereditária (CC 1.829). O seu direito encontra-se previsto entre as disposições da sucessão em geral, em um único artigo com quatro incisos (CC 1.790). Este tratamento diferenciado não é somente perverso. É flagrantemente **inconstitucional**, por afrontar ao **princípio da igualdade**.

A união estável é reconhecida como entidade familiar (CR 226 § 3.º), que não concedeu tratamento diferenciado a qualquer das formas de constituição da família. Conforme Zeno Veloso, o art. 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco.¹ Como alerta Rodrigo da Cunha Pereira, não há dúvida que este artigo representa um grande retrocesso para a união estável, vez que colocou o companheiro em posição muito inferior ao cônjuge. Ao que parece, retomou-se a mentalidade de que a união estável é uma “família de segunda classe” e não uma outra espécie de família, nem melhor nem pior do que o casamento, apenas diferente.²

Mais do que isso, a norma é **materialmente inconstitucional**, porquanto, no lugar de dar especial proteção à família fundada no companheirismo, retira direitos e vantagens anteriormente existentes em favor dos companheiros.³

Em face da equiparação entre casamento e união estável, não pode a lei limitar direitos consagrados em sede constitucional e assegurados na legislação pretérita. Tal postura afronta um dos princípios fundamentais que rege o direito das famílias, que **veda o retrocesso social**. Ressalta Lenio Streck que nenhum texto proveniente do constituinte originário pode sofrer retrocesso que lhe dê alcance jurídico social inferior ao que tinha originariamente, proporcionando retrocesso ao estado pré-constituinte.⁴

1. Zeno Veloso, Do Direito sucessório dos companheiros, 231.

2. Rodrigo da Cunha Pereira, Comentários ao Código Civil, 188.

3. Arnoldo Wald, O novo Direito das Sucessões, 97.

4. Lenio Luiz Streck, Hermenêutica jurídica e(m) crise, 97.

O legislador precisa ser fiel ao tratamento isonômico garantido na Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências.

Todo e qualquer tratamento discriminatório levado a efeito pelo legislador ou pelo Judiciário – quer no livro do direito das famílias, quer no de sucessões – mostra-se escancaradamente inconstitucional. Diz Zeno Veloso, com sua encantadora eloquência: *combati o art. 1.790 que regulava a sucessão entre companheiros, em artigos, palestras, pareceres, livros, manifestações orais e escritas. Surgiu estranho, equivocado, desde o local em que foi inserido. Mostrei que o dispositivo era retrógrado, discriminador, reacionário, passadista, 'dando um pulo para trás', voltava a um tempo já ultrapassado em que imperavam a hipocrisia e a intolerância.*⁵

A grita foi generalizada, até que o STF **proclamou a inconstitucionalidade** do art. 1.790 do Código Civil⁶ e editou tese vinculante.⁷ O STJ acolheu **incidente de inconstitucionalidade**,⁸ alinhando-se no mesmo sentido.⁹

5. Zeno Veloso, A história de Nagibão e o art. 1.790 do Código Civil.
6. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis ns 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/ 2002. (STF, RE 878694/MG, T. Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10/05/2017).
7. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.
8. STJ, AI no REsp 1.291.636/DF (2011/0266816-9), 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11/06/2013.
9. STJ, REsp 1.337.420/RS, 4ª T., Rel. Luis Felipe Salomão, j. 22/08/2017.

Além do art. 1.790, raras são as referências do Código Civil à união estável, no âmbito do direito sucessório. Um único artigo reconhece direitos ao companheiro sobrevivente: de permanecer como **administrador provisório** até a posse do inventariante (CC 1.797 I).

No mais, a legislação é restritiva e excludente. Ao afastar o cônjuge, lembra-se de afastar também o companheiro. Assim, o companheiro não pode ser **herdeiro testamentário** ou **legatário** se mantém união estável com quem, a pedido do testador, redigiu o testamento (CC 1.801 I). O impedimento de um dos companheiros de suceder não permite que o outro seja beneficiado por testamento, pois é considerado interposta pessoa (CC 1.802 parágrafo único). O herdeiro que atentar contra a vida ou a honra do companheiro do autor da herança pode ser excluído da sucessão por **indignidade** (CC 1.814 I e II). Relações incestuosas com o companheiro do autor da herança autorizam a **deserdação** (CC 1.963 III).

Inclusive, atropelando a ordem de vocação hereditária, a lei concede ao cônjuge uma série de prerrogativas. Olvida-se, no entanto, de estender os mesmos benefícios ao companheiro sobrevivente. Porém, após a decisão do STF, não há como admitir tratamento diferenciado em qualquer situação.¹⁰ Não exclusivamente no que diz com o direito de concorrência sucessória. E nem em qualquer outra situação.

Assim, é indispensável reconhecer sua legitimidade para buscar a cessação da lesão ou ameaça a direito da personalidade do companheiro falecido e **reclamar perdas e danos** (CC 12 parágrafo único). Também deve ter assegurado o direito de ser nomeado **curador** do companheiro ausente (CC 25) e requerer a declaração da **ausência** (CC 27 I). Se estiver na **posse** dos bens particulares do falecido, precisa ser reconhecido: **usufrutuário**, se o rendimento for comum; **procurador**, se tiver mandato expresso ou tácito para os administrar; ou **depositário**, se não for usufrutuário, nem administrador (CC 1.652).

Na falta de testamenteiro nomeado pelo testador, é preciso deferir ao companheiro o encargo de **executar o testamento** (CC 1.984).

10. Inventário. Herança. Companheira sobrevivente reconhecida como herdeira universal, com exclusão de herdeiro colateral. Aplicação do artigo 1.829, do Código Civil tanto para a hipótese de casamento como para união estável. Distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Totalidade do acervo hereditário adjudicado à companheira sobrevivente. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP, AC 0208301-28.2009.8.26.0004, 1ª C. Dir. Priv., Rel. Augusto Rezende, j. 06/02/2018).

O mesmo tratamento diferenciado ocorre em sede de **regime de bens**. No casamento é imposto o **regime da separação obrigatória** quando um dos cônjuges tem mais de 70 anos (CC 1.641 II). Na união estável, não. É livre a escolha do regime via contrato de convivência. No entanto, o STJ impõe a mesma e injustificável restrição à liberdade do par também na união estável.¹¹

Olvidou-se, o legislador, em não prever a **união estável putativa**. Traz, Paulo Lôbo, um exemplo: quando um irmão se une com irmã, desconhecendo ambos a relação de parentesco. A **boa-fé** se presume. Constituída a união estável de boa-fé, até a sentença de desconstituição, a união produz todos os seus **efeitos**, tanto em relação aos parceiros quanto a seus filhos. Inclusive, direitos sucessórios. Se apenas um dos companheiros estava de boa-fé, desconhecendo o fato obstativo, os efeitos civis só a ele aproveitam. Com relação ao companheiro de má-fé, os efeitos da desconstituição retroagem, como se a união não tivesse existido.¹²

Diante desse quadro, é forçoso reconhecer que, na hora de deferir direitos, o legislador concede tratamento diferenciado à união estável, mas, quando cuida de impor restrições, não faz distinções. Claramente, dois pesos e duas medidas!

O **Código de Processo Civil**, todas as vezes que fala em cônjuge ou em casamento, faz referência ao companheiro, à união estável.

11. Recurso Especial. Civil e Processual Civil. Direito de família. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Partilha de bens. Companheiro sexagenário. Art. 1.641, II, do Código Civil (redação anterior à Lei n. 12.344/2010). Regime de bens. Separação legal. Necessidade de prova do esforço comum. Comprovação. Benfeitoria e construção incluídas na partilha. Súmula nº 7/STJ. 1. É obrigatório o regime de separação legal de bens na união estável quando um dos companheiros, no início da relação, conta com mais de sessenta anos, à luz da redação originária do art. 1.641, II, do Código Civil, a fim de realizar a isonomia no sistema, evitando-se prestigiar a união estável no lugar do casamento. 2. No regime de separação obrigatória, apenas se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum, sob pena de se desvirtuar a opção legislativa, imposta por motivo de ordem pública. 3. Rever as conclusões das instâncias ordinárias no sentido de que devidamente comprovado o esforço da autora na construção e realização de benfeitorias no terreno de propriedade exclusiva do recorrente, impondo-se a partilha, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. 4. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1.403.419/MG (2013/0304757-6), 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11/11/2014).

12. Paulo Lôbo, Direito Civil: Sucessões, 120.

Do mesmo modo, determina que a parte decline em juízo se mantém união estável (CPC 319 II). Essa foi a forma encontrada para evitar insegurança jurídica.

4.2. MEAÇÃO

Apesar de a lei civil não reconhecer que a união estável constitui um **estado civil**, a lei processual determina que seja indicada a existência de união estável. Deste modo, quando da abertura da sucessão, é indispensável informar se o autor da herança, quando morreu, vivia em união estável. A determinação é providencial, pois evita prejuízos tanto ao parceiro sobrevivente como a terceiros de boa-fé.

No entanto, esta determinação é somente de âmbito processual.

Alerta Christiano Cassettari que não se pode afirmar que na união estável há algum regime de bens vigente. O que se tem são regras patrimoniais idênticas às do regime da comunhão parcial.¹³ Limita-se a lei a determinar que se aplique supletivamente à união estável o **regime da comunhão parcial de bens** (CC 1.725). Mas é possível a eleição de outro regime mediante contrato de convivência.

A união gera um estado de **propriedade condominial**. O acervo construído onerosamente durante a vida em comum é de ambos os companheiros. Já doações ou heranças, bem como os bens particulares que cada um tinha antes do início do relacionamento, pertencem ao seu titular. Quando do falecimento de um deles, o outro tem direito à meação dos **aquestos**: bens comuns adquiridos na constância da união. Ainda que a meação não integre o acervo hereditário, necessariamente precisa ser arrolada no inventário, pois a separação dos bens do parceiro sobrevivente ocorre quando da partilha (CPC 651 II).

Desse modo, quando se pensa na **divisão da herança**, é necessário antes excluir a **meação** do companheiro sobrevivente, que corresponde à metade do que foi adquirido onerosamente no período de convivência. A outra metade é que constitui o **acervo hereditário**: a meação do falecido e mais os seus bens particulares (os adquiridos antes da união e mais os recebidos por doação ou herança). Aos **herdeiros necessários** é reservada a **legítima**, que corresponde à metade da herança. A outra metade é a parte disponível, que seu titular pode dispor por meio de testamento.

13. Christiano Cassettari, Aspectos controvertidos na sucessão..., 557.

Com a **separação de fato**, extingue-se a união estável, não se podendo falar em direito sucessório. No entanto, para reconhecer eventual direito à meação não é necessário que a união estável persista até o falecimento de um dos companheiros. Basta ter existido a união.¹⁴ E se, durante sua vigência, foram adquiridos bens, é preciso assegurar ao ex-companheiro o direito à metade do patrimônio adquirido no período. Se o ex-companheiro percebe **alimentos**, mantém o direito de receber **pensão previdenciária**.¹⁵ A lei aplicável é a vigente na data do falecimento do alimentante.¹⁶

4.3. COMPANHEIRO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO

O Código Civil promoveu o cônjuge à condição de herdeiro necessário (CC 1.845), mas o companheiro, não. O cônjuge ocupa o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. O seu direito é garantido. Faz jus à legítima, ou seja, à metade do acervo que integra a herança. Assim, quando do falecimento de um dos cônjuges, na ausência de descendentes ou ascendentes, a herança obrigatoriamente é transmitida ao sobrevivente.

Ao companheiro, relegou-se a condição de herdeiro **legítimo**, fazendo jus à herança somente quando o falecido não tem nem descendentes, nem ascendentes e nem parentes colaterais (CC 1.790).

Essa desqualificação autoriza que o companheiro seja alijado da herança por mera manifestação imotivada do testador, o excluindo da herança.

14. Agravo de instrumento. Inventário judicial. União estável reconhecida. Habilitação. Regime de comunhão parcial de bens. Companheira. Direito à meação. Recurso não provido 1. No que concerne aos efeitos patrimoniais do reconhecimento da união estável, o regime de bens a ser considerado é o da comunhão parcial, no que couber, com a ressalva da possibilidade de existir contrato escrito entre os companheiros, consoante estipula o artigo 1.725 do Código Civil. 2. Em se tratando de regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem aos companheiros na constância da união estável, presumindo-se a aquisição pelo esforço comum das partes (art. 1.658 do CC/02). 3. No caso dos autos, diferentemente do que tentam fazer crer os agravantes, o fato da união estável entre a agravada e a falecida ter se findado antes do falecimento da companheira cujos bens estão sendo inventariados, não atinge o direito da recorrida em relação à sua meação, posto que a separação pode ocorrer sem que tenha havido a prévia partilha dos bens dos companheiros (art. 1.581 do CC/02). 4. Negar provimento ao recurso. (TJMG, AI 10024141550442001/MG, Rel. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 12/11/0018).
15. TRF4, AC 5058863-32.2012.4.04.7100, 5ª T., Rel. Luiz Carlos Canalli, juntado aos autos em 22/02/2018.
16. STJ – Súmula 340: A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.

Depois de muito alarde doutrinário, o STF reconheceu a inconstitucionalidade do art. CC 1.790, afirmando que, no âmbito do direito sucessório, o companheiro da união estável goza dos mesmos direitos e privilégios do cônjuge.

Inquestionável, pois, que o companheiro sobrevivente passou a fazer parte do rol dos herdeiros necessários (CC 1.845), com direito à legítima (CC 1.846), não **podendo** ser imotivadamente excluído da sucessão (CC 1.850).

Mário Delgado, no entanto, continua sustentando que o companheiro sobrevivente não é herdeiro necessário, sob a alegação de que o STF, ao rejeitar os embargos de declaração, afirmou *não há que se falar em omissão do acórdão embargado por ausência de manifestação com relação ao art. 1.845 ou qualquer outro dispositivo do CC, pois o objeto da repercussão geral reconhecida não os abrangeu. Não houve discussão a respeito da integração do companheiro ao rol de herdeiros necessários, de forma que inexistiu omissão a ser sanada*.¹⁷ Ora, em respeito aos **princípios da demanda e da congruência** (CPC 141 e 492), a decisão não pode ultrapassar o limite do objeto deduzido no processo. Tal, no entanto, não significa que o fundamento utilizado no julgamento não sirva de diretriz para a interpretação de outros dispositivos legais maculados de igual inconstitucionalidade.

Invocando enunciado das Jornadas do Conselho da Justiça Federal,¹⁸ Paulo Lôbo sustenta que permanecem efeitos sucessórios distintos: os decorrentes do regime matrimonial de bens, para o casamento, e o regime de bens adotado pelos companheiros na união estável. Sob o argumento de que é inadmissível que a Constituição assegure a liberdade de escolha das pessoas pelas entidades familiares que desejarem constituir e manter e, contrariamente, sancione de forma negativa o exercício dessa liberdade, reduzindo-lhes os direitos sucessórios.¹⁹ A referência a um dispositivo legal não significa que somente ele foi fulminado de inconstitucionalidade. Tanto que o próprio autor indica outras discriminações que foram eliminadas do Código Civil. Além do art. 1.829 (ordem de vocação hereditária e concorrência com descendentes), aplica à união estável os artigos: 1.831 (direito real de habitação); 1.832 (quota hereditária mínima na concorrência com

17. Mário Luiz Delgado, A sucessão na união estável após o julgamento dos embargos de declaração pelo STF:....

18. JCJF – Enunciado 641: É constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável.

19. Paulo Lôbo, Direito Civil: Sucessões, 168.

os descendentes comuns); 1.836 e 1.837 (concorrência com ascendentes); 1.838 e 1.839 (preferência do companheiro sobre os colaterais).²⁰

Descabido não obedecer à decisão que não se limitou a reconhecer a inconstitucionalidade de um único artigo (CC 1.790) ou de um único instituto (concorrência sucessória). Proclamou ser **inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros**.

Atentando à preocupação de Paulo Lôbo, a unificação das consequências sucessórias não afronta a liberdade **constitucionalmente** assegurada às pessoas de casarem ou viverem em união estável. Todos têm a liberdade de viver só ou assumir um relacionamento com outra pessoa. Quem desejar manter um vínculo afetivo, precisa assumir deveres e obrigações, tanto pessoais como patrimoniais. Quer formalizem a união pelo casamento ou passem a viver em união estável, as consequências são as mesmas. Tais imposições não afetam a liberdade de ninguém.

Por força do julgado vinculante, o **direito sucessório do companheiro** não mais é restrito à **metade dos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável**. A doutrina já vinha abrandando esta injustiça ao sustentar que o companheiro é **herdeiro necessário especial ou *sui generis***, sob o fundamento de que a lei reservou a ele uma fração dos bens adquiridos durante a união. É o que sustenta Andréa Rodrigues Amin: ora, se o direito a suceder é inafastável e há reserva de quota para o companheiro, é forçoso concluir que deve ser considerado herdeiro necessário.²¹ Assim, o testador não pode suprimir, por ato de última vontade, a vocação do companheiro como herdeiro necessário.²² Mas esta posição não era unânime.

O julgamento da Corte Suprema também tirou o companheiro do **último lugar** na ordem de vocação hereditária. Colocou-o no mesmo patamar do cônjuge, que goza da preferência sucessória. Ambos são convocados à sucessão antes dos irmãos, tios, sobrinhos e primos do falecido. O STJ alinhou-se à decisão,²³ que tem sido acolhida pelos tribunais.²⁴

20. Mário Luiz Delgado, *O cônjuge e o companheiro deveriam figurar como herdeiros necessários?*, 52.

21. Andréa Rodrigues Amin, *Direito das Sucessões*, 125.

22. Neste sentido: Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito civil*, 296; e Ana Luiza Maia Naves, *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro...*, 175.

23. STJ, REsp. 1.337.420, 4ª T., Rel. Luis Felipe Salomão, j. 22/08/2017; STJ, REsp 1.332.773, 3ª T., Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 27/06/2017.

24. TJMG, AI 1.0525.11.013183-2/001, 3ª C. Cív., rel. Des. Albergaria Costa, j. 16/08/2017.

Mesmo no regime da **separação convencional ou obrigatória**, se não existirem parentes sucessíveis, o cônjuge e o companheiro não perdem a condição de herdeiro. A herança não é considerada **jacente**.²⁵

Agora, o companheiro faz jus à **integralidade** da herança quando não há nenhum herdeiro legítimo (CC 1.790 IV). Em face do **direito de concorrência**, o companheiro passou a perceber, a esse título, fração dos bens particulares do falecido (CC 1.829 I). Ainda que se trate de regra totalmente absurda. Descabido conceder ao cônjuge e ao companheiro fração dos bens particulares do falecido. Exatamente aqueles bens que não ajudaram a construir. Claro que há **enriquecimento sem causa** em detrimento dos herdeiros antecedentes.

Para reconhecer a condição de herdeiro do companheiro é necessário que o **convívio** tenha persistido até o falecimento de um do par. Dissolvida a união antes da morte, cessa o direito hereditário entre os companheiros. Não há como invocar a regra que assegura ao cônjuge o direito à herança mesmo após a **separação de fato** (CC 1.830), até porque este dispositivo legal é tão absurdo que não cabe ser aplicado nem no casamento.

De qualquer modo, ainda que não seja possível reconhecer direito sucessório, o direito à **meação** dos bens adquiridos durante o período da vida em comum lhe é assegurado, independentemente do tempo em que o casal já se encontrava separado quando do falecimento de um deles.

Ao admitir a lei a perpetuação dos efeitos do casamento mesmo após a separação de fato, cabe figurar a hipótese de o cônjuge, depois da separação, vir a constituir união estável (CC 1.723 § 1.º). Ora, se o ex-cônjuge faz jus ao direito sucessório mesmo depois de cessada a vida em comum, há a possibilidade de surgir um verdadeiro imbróglio entre o ex-cônjuge e o companheiro. Os **questionamentos** são muitos: a quem deferir a herança? Ao cônjuge mesmo separado? Ao parceiro da união estável que perdurou até a morte do *de cujus*? É dividida entre ambos, identificando-se quais bens foram adquiridos durante o convívio com cada um deles? E o direito de concorrência sucessória? É reconhecida a metade a cada um? E que

25. Ação de Inventário. Insurgência contra decisão que indeferiu o pedido de declaração de herança jacente acerca dos bens adquiridos antes da união estável reconhecida. Descabimento. Herança que não pode ser considerada jacente em parte. Condição de único herdeiro do companheiro sobrevivente. Ausência de parentes sucessíveis. Herança que deve ser destinada em sua totalidade ao agravado. Aplicação de interpretação conjunta dos artigos 1.790, IV, e 1.844, ambos do CC. Precedentes deste egrégio tribunal. Decisão mantida. Recurso a que se nega provimento. (TJSP, AI 2017.0000306170, 7ª C. Dir. Priv., Rel. José Rubens Queiroz Gomes, j. 04/05/2017).

cálculo precisaria ser feito para apartar o direito de cada qual? A resposta é uma só. Finda a vida em comum, o casamento termina, extinguindo-se neste momento os direitos sucessórios. Preservada a **meação** do ex-cônjuge, tudo o mais cabe ser deferido ao companheiro. Havendo descendentes ou ascendentes, o companheiro concorre com eles. Na inexistência de herdeiros antecedentes, a integralidade da herança é recebida pelo companheiro sobrevivente, sem qualquer participação dos parentes colaterais.

4.4. CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA

Tanto ao cônjuge como ao companheiro é conferido o direito à concorrência sucessória: uma fração da herança do falecido, mesmo havendo herdeiros necessários. No entanto, o companheiro não goza dos mesmos privilégios conferidos ao viúvo. A este, a concessão do direito está condicionada ao **regime de bens**. Na união estável não, apesar de haver a possibilidade de o casal eleger o regime de bens por meio de convenção escrita (CC 1.725).

A fatia recebida por um e outro também é desigual. Ao viúvo, é garantida **quota mínima**, ao convivente não. No casamento, os **parentes colaterais** não herdam, sendo que, na união estável, recebem dois terços da herança, e o companheiro um terço. Esta desequiparação sempre gerou muita insegurança e foi fonte de injustiças enormes.

Em face desse tratamento diferenciado entre casamento e união estável, doutrina e jurisprudência passaram a denunciar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC. O Supremo Tribunal reconheceu **repercussão geral e, em histórico julgamento, decantou a inconstitucionalidade do indigitado dispositivo**, por afronta o **princípio da igualdade**.

4.5. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

O Código Civil garante ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação independentemente do **regime de bens** do casamento (CC 1.831). Porém, olvidou-se de reconhecer o mesmo benefício ao companheiro sobrevivente. O cochilo da lei, no entanto, não permite afastar o direito do companheiro de permanecer na posse do bem que servia de residência à família, o que atende, inclusive, o **direito constitucional à moradia** (CR 6.º).

Conforme destacado no voto condutor da maioria, do Min. Barroso, o legislador pode atribuir regimes jurídicos diversos ao casamento e à união

estável, mas essa diferenciação de regimes só será legítima se não implicar hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra, desigualando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos.

Desse modo, reconhecido o casamento e a união estável como entidades familiares merecedoras da especial proteção do Estado (CR 226 § 3.º), não se justifica tratamento diferenciado em sede infraconstitucional. Descabe distinguir ou limitar direito quando a Constituição não o faz. Fora isso, a lei que regulou a união estável expressamente assegura o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente (L 9.278/96, 7.º, parágrafo único). Desse modo, a omissão do Código Civil não significa que foi revogado o dispositivo que estendeu ao companheiro o mesmo direito concedido ao cônjuge. São normas que não se incompatibilizam. Neste sentido enunciado das Jornadas da Justiça Federal²⁶ e decisão do STJ.²⁷

Ainda que a ex-esposa resida em um imóvel do falecido, tal não impede de reconhecer o direito real de habitação da companheira com referência ao imóvel onde moravam.²⁸

26. JCJF – Enunciado 117: O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88.
27. Recurso especial. Ação de reintegração de posse. Direito das Sucessões. Direito real de habitação. Art. 1.831 do Código Civil. União estável reconhecida. Companheiro sobrevivente. Patrimônio. Inexistência de outros bens. Irrelevância. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir se o reconhecimento do direito real de habitação, a que se refere o artigo 1.831 do Código Civil, pressupõe a inexistência de outros bens no patrimônio do cônjuge/companheiro sobrevivente. 3. Os dispositivos legais relacionados com a matéria não impõem como requisito para o reconhecimento do direito real de habitação a inexistência de outros bens, seja de que natureza for, no patrimônio próprio do cônjuge/companheiro sobrevivente. 4. O objetivo da lei é permitir que o cônjuge/companheiro sobrevivente permaneça no mesmo imóvel familiar que residia ao tempo da abertura da sucessão como forma, não apenas de concretizar o direito constitucional à moradia, mas também por razões de ordem humanitária e social, já que não se pode negar a existência de vínculo afetivo e psicológico estabelecido pelos cônjuges/companheiros com o imóvel em que, no transcurso de sua convivência, constituíram não somente residência, mas um lar. 5. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1582178 / RJ, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11/09/2018).
28. Recurso especial. Sucessão aberta na vigência do Código Civil de 2002. Companheira sobrevivente. Direito real de habitação. Art. 1.831 do CC/2002. 1. O novo Código Civil regulou inteiramente a sucessão do companheiro, ab-rogando as leis da união estável, nos termos do art. 2.º, § 1.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. 2. É bem verdade que o art. 1.790 do CC/2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, não previu o direito real de

O companheiro sobrevivente pode **renunciar** ao direito real de habitação, fato que não significa sua exclusão da herança, permanecendo como herdeiro concorrente.

4.6. ASPECTOS PROCESSUAIS

O companheiro sobrevivente tem legitimidade para ser **administrador provisório** (CC 1.797 I), impondo o Código de Processo Civil, a quem estiver na posse e administração do espólio, o dever de requerer a abertura do inventário (CPC 615). É reconhecida a **legitimidade concorrente** do companheiro para propor a abertura do inventário (CPC 616 I), bem como o direito de ser nomeado **inventariante** (CPC 617 I).

Não é necessária **prova pré-constituída** da união ou sentença declaratória de sua existência para ser admitida sua habilitação do companheiro no inventário. Basta haver a **concordância** dos herdeiros.²⁹

Quando a união estiver provada documentalmente e não demandar outras provas, pode ser **reconhecida** nos autos do inventário. O reconhecimento trata-se de **questão incidental**, ocorrendo **coisa julgada** (CPC 503 § 1.º).³⁰

habitação aos companheiros. Tampouco a redação do art. 1.831 do CC traz previsão expressa de direito real de habitação à companheira. Ocorre que a interpretação literal das normas conduziria à conclusão de que o cônjuge estaria em situação privilegiada em relação ao companheiro, o que deve ser rechaçado pelo ordenamento jurídico. 3. A parte final do § 3.º do art. 226 da CF consiste, em verdade, tão somente em uma fórmula de facilitação da conversão da união estável em casamento. Aquela não rende ensejo a um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez a este. 4. No caso concreto, o fato de haver outros bens residenciais no espólio, um utilizado pela esposa como domicílio, outro pela companheira, não resulta automática exclusão do direito real de habitação desta, relativo ao imóvel onde lá residia desde 1990 juntamente com o companheiro, hoje falecido. 5. O direito real de habitação concede ao consorte supérstite a utilização do imóvel que servia de residência ao casal com o fim de moradia, independentemente de filhos exclusivos do *de cuius*, como é o caso. 6. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1.329.993/RS, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, p. 18/03/2014).

29. CNJ – Resolução 35/2007.

30. Ação de abertura de inventário. Reconhecimento incidental de união estável. Comprovação documental. Possibilidade. Não fixação de termo inicial. Prejuízo não demonstrado. I. O reconhecimento de união estável em sede de inventário é possível quando esta puder ser comprovada por documentos incontestes juntados aos autos do processo. II. Em sede de inventário, a falta de determinação do marco inicial da União Estável só importa na anulação de seu reconhecimento se houver demonstração concreta de que a partilha será prejudicada pela indefinição da duração do rela-

Sendo necessária a produção de **prova não documental da união**, a demanda declaratória para seu reconhecimento não se sujeita ao juízo do inventário. Cabe ser intentada no juízo de família, o que autoriza o pedido de **reserva de bens** nos autos do inventário, para garantir o direito do sobrevivente, caso a união venha a ser reconhecida.³¹

A ação de reconhecimento da união estável **post mortem** deve ser proposta em face de todos os herdeiros do falecido. Quer a ex-cônjuge, com eventual direito à meação, quer a ex-companheira anteriormente reconhecida. A hipótese é de **litisconsórcio necessário**.³²

Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, foi determinada a aplicação da regra do **direito de concorrência do casamento à união estável** (CC 1.829 I), nos **inventários judiciais** em que não tenha havido **trânsito em julgado** da sentença de partilha, e nas **partilhas extrajudiciais** em que não haja **escritura pública**.³³

Caso a união tenha se dissolvido antes da abertura da sucessão, o ex-parceiro não tem direito à herança. No entanto, pode pleitear a **meação** dos bens que foram adquiridos onerosamente durante o período de convívio. O pedido pode ser veiculado nos autos do inventário. Negando

cionamento marital. III. Na inexistência de demonstração de prejuízo, mantém-se o reconhecimento. IV. Recurso especial conhecido e desprovido. (STJ, REsp. 1.685.935/AM, 3ª T., Rel. Nancy Andrighi, j. 17/08/2017).

31. INVENTÁRIO. RESERVA DE BENS. EXISTÊNCIA DE AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RECURSO ESPECIAL CONTRA A DECISÃO QUE NÃO RECONHECEU A UNIÃO ESTÁVEL. EFEITO SUSPENSIVO CONCEDIDO. Tendo a recorrente interposto recurso especial contra a decisão deste Tribunal de Justiça que não reconheceu a alegada união estável dela com o de cujus, e considerando a concessão de efeito suspensivo ao recurso, deve ser promovida a reserva de patrimônio suficiente para garantir o eventual pagamento da meação da sedizente companheira e sua participação na herança, em caso de provimento do recurso especial. Recurso provido. (TJ-RS – AI: 70079013926 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 27/02/2019, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/03/2019)
32. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. HOMEM CASADO. NECESSIDADE DE CITAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO INOBSERVADO. NULIDADE DA SENTENÇA. I. Na ação de reconhecimento e dissolução de união estável post mortem, deve ser citado como litisconsorte passivo necessário o cônjuge supérstite do suposto companheiro falecido. II. Recurso conhecido. Sentença anulada. (TJ-DF 20160110732380 – Segredo de Justiça 0010866-91.2016.8.07.0016, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA, Data de Julgamento: 27/03/2019, 4ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 15/04/2019 . Pág.: 481/485)
33. STF, RE 878.694 (1431), T. Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10/05/2017.

os herdeiros a existência da união ou o pedido de meação, havendo a necessidade de dilação probatória, a controvérsia precisa ser solvida nas vias ordinárias. A demanda não se submete ao juízo do inventário, mas cabe o pedido de **reserva** de bens.

Na **ausência**, o companheiro pode requerer a abertura da sucessão provisória e ser nomeado **curador** do companheiro desaparecido.

LEITURA COMPLEMENTAR

BLIKSTEIN, Daniel. *O direito real de habitação na sucessão hereditária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DELGADO, Mário Luiz. A união estável e os direitos sucessórios do convivente sobrevivente. *Revista Jurídica*, n. 441, jul. Porto Alegre: Notadez – Síntese, 2014, p. 11-26.

MEIRELES, Rose Melo. Sucessão da companheira e o Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, v. 2, fev.-mar. 2008, p. 116-128.

PEREIRA, Tarlei Lemos. *Direito sucessório dos conviventes na união estável: uma abordagem crítica ao artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

VELOSO, Zeno. *A história de Nagibão e o art. 1.790 do Código Civil*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/artigos/1253/A+história+de+Nagibão+e+o+art.+1.790+do+Código+Civil>. Acesso em: 22 abr. 2019.

5

UNIÃO HOMOAfetiva

Sumário: **5.1.** A omissão do legislador – **5.2.** Avanços jurisprudenciais – **5.3.** Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CR 226; Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) 2.º e 5.º parágrafo único; Lei 12.852/2013 (Estatuto da Juventude) 17, II e 18, III; Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) 18 § 4º VI; PECs 110 e 111/2011; PLS 134/2018 – Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero; Resolução 2.168/2017 do CFM – Conselho Federal de Medicina; Dec. 8.243, de 23/05/2014, art. 3º, III; Resolução 175/2013 do CNJ; Provimento 63/2017 do CNJ; Provimento 73/2018 do CNJ.

5.1. A OMISSÃO DO LEGISLADOR

As uniões de pessoas do mesmo sexo – agora chamadas de uniões homoafetivas³⁴ – ainda não mereceram qualquer regulamentação legal. A omissão é injustificável e afronta escancaradamente um punhado de princípios constitucionais: de respeito à dignidade, da liberdade, da igualdade, para citar apenas alguns.

A Constituição da República, ao elencar as **entidades familiares**, faz referência ao casamento, à união estável entre homem e mulher e à família monoparental (CR 226 § 3.º). Apesar da omissão, não há como deixar as uniões homoafetivas fora do atual conceito de família. Como sustenta Paulo Lôbo, a referência constitucional é uma **norma de inclusão**, que não permite deixá-las ao desabrigo do conceito de família, que dispõe de um significado plural.³⁵

34. O neologismo foi criado por mim na primeira edição da obra Homoafetividade e os direitos LGBTI.

35. Paulo Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas..., 95.

A diversidade de sexo e a capacidade procriativa não são elementos essenciais para reconhecer uma entidade familiar como merecedora da especial tutela do Estado. O moderno enfoque dado à família volta-se muito mais ao reconhecimento da presença de vínculo afetivo que aproxima seus integrantes do que à diversidade ou identidade sexual de seus membros.

A **Lei Maria da Penha** (L 11.340/2006), que cria mecanismos para coibir a violência doméstica, ampliou o conceito de **entidade familiar**, definindo família como uma relação íntima de afeto, independente de orientação sexual. Assim, enlaça no conceito de família as uniões homoafetivas (LMP 2.º): *toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana*. Adiante, reitera que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar (LMP 5.º parágrafo único). O preceito tem enorme alcance. Como é assegurada proteção legal a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isso quer dizer que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidades familiares. Violência doméstica, como diz o próprio nome, é violência que acontece no seio de uma família.³⁶

Outra previsão se encontra no **Estatuto da Juventude** (L 12.852/2013) que, ao tratar do direito à diversidade e à igualdade, assegura a todo jovem o direito de não ser discriminado por motivo de orientação sexual (EJ 17 II). Também impõe ao poder público a inclusão do tema da orientação sexual e de gênero na formação dos profissionais da educação, da saúde, da segurança pública e dos operadores do Direito (EJ 18 III).

O **Estatuto da Pessoa com Deficiência** determina que as ações e os serviços de saúde pública devem assegurar respeito à especificidade, à identidade de gênero e à orientação sexual da pessoa com deficiência (L 13.146/2015 18 § 4º VI).

O Dec. 8.243/2014, que institui a **Política Nacional de Participação Social – PNPS** e o **Sistema Nacional de Participação Social – SNPS**, entre suas diretrizes gerais prevê (3º III): solidariedade, cooperação e respeito à diversidade de etnia, raça, cultura, geração, origem, sexo, orientação sexual, religião e condição social.

5.2. AVANÇOS JURISPRUDENCIAIS

A omissão legal sempre carrega consigo efeitos perversos. Durante anos muitos juízes resistiram em emprestar juridicidade aos vínculos

36. Maria Berenice Dias, *A Lei Maria da Penha na justiça*, 35.

homoafetivos. De forma singela e comodista interpretavam a falta de lei como correspondendo à vontade do Estado em não querer lhes conceder direitos, quando a motivação é bem outra: o preconceito.

O silêncio do legislador não significa inexistência de direito. Diante da lacuna da lei o juiz não pode omitir-se de julgar (LINDB 4.º).

Mas, durante décadas, o Judiciário resistiu em admitir as uniões homoafetivas como **uma família**. Diferentes, conflitantes e contraditórias eram as soluções ditas pelos tribunais. Quando as uniões homoafetivas foram reconhecidas como **sociedade de fato**, alguns direitos sucessórios passaram a ser reconhecidos, especialmente de natureza **previdenciária**. A solução era pouco técnica, pois sócios não são parentes e não teriam direito algum. Mas o STF, além de **pensão** por morte perante o INSS,³⁷ também assegurou o direito de ser inscrito como **dependente** em plano de assistência médica³⁸ e a integrar o rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral e no regime complementar da previdência.³⁹

Direitos outros foram garantidos em sede administrativa. Instrução Normativa do INSS⁴⁰ concedeu **auxílio por morte**. Circular da Superintendência de Seguros Privados⁴¹ deferiu ao parceiro o **seguro** por morte em acidente rodoviário. Determinação da Agência Nacional de Saúde Complementar reconhece o companheiro como dependente do beneficiário, o titular de **plano privado de assistência à saúde**.⁴²

O primeiro grande passo foi fixar a competência das **varas de família**. O movimento seguinte aplicou a legislação da **união estável** independentemente do sexo dos parceiros.

Em 2011, em decisão com **eficácia contra todos** e **efeito vinculante**, o STF⁴³ reconheceu as uniões homoafetivas como **entidade familiar** com os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis. Como os juízes começaram a **converter a união homoafetiva em casamento**, o STJ admitiu a **habilitação direta para o casamento**.⁴⁴

37. STJ, REsp 395.904-RS, 6.ª T., Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 13/12/2005.

38. STJ, REsp 238.715-RN, 3.ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 19/05/2005.

39. STJ, REsp 1.026.981-RJ, 4.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04/02/2010.

40. INSS – Instrução Normativa 45/2010.

41. SUSEP – Circular 257/2004.

42. ANS – Súmula Normativa 12/2010.

43. STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

44. STJ, REsp 1.183.378-RS, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011.

Resolução 175/2013 do CNJ impede que seja negado acesso ao casamento homoafetivo, ao reconhecimento da união estável e à sua conversão em casamento.

Em face da omissão do Congresso Nacional em aprovar legislação que garanta direitos à população LGBTI+ (sigla que representa lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, intersexuais e demais identidades sexuais), a Comissão Nacional da Diversidade Sexual e Gênero da OAB elaborou o projeto do **Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero**.⁴⁵ Colhidas 100 mil assinaturas, em novembro de 2017, o Projeto foi entregue, em audiência pública, à Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal.⁴⁶

Para assegurar efetividade ao Estatuto, foi apresentada **Proposta de Emenda** Constitucional, para a alteração de sete dispositivos da Constituição da República, que também se encontra no Senado.⁴⁷

5.3. ASPECTOS PROCESSUAIS

O parceiro sobrevivente tem legitimidade para requerer a **abertura do inventário**, assumir a **administração provisória** e ser nomeado **inventariante**, principalmente quando se encontrar na posse dos bens do falecido.

Para assegurar tais direitos, tudo fica mais facilitado se o par tiver **casado**, o que torna tais direitos inquestionáveis. Também o reconhecimento da existência da união estável, por meio de **contrato particular**, firmado na presença de duas testemunhas, ou **escritura pública** enseja a concessão dos direitos (CC 1.725).

Mesmo não tendo os parceiros firmado convenção escrita da união estável, se esta for reconhecida pelos parentes do falecido, não é necessária demanda **declaratória** da união homoafetiva.

No entanto, na hipótese de os parentes do falecido contestarem a existência do relacionamento, a controvérsia deve ser solvida nas **vias ordinárias**. Caso o sobrevivente esteja na posse dos bens, persiste a possibilidade de continuar no exercício da inventariança.

Sendo inventariante algum herdeiro que integre a ordem de vocação hereditária, é possível a **reserva de bens**.

45. Texto no site: <www.direitohomoafetivo.com.br>.

46. PLS 134/2018.

47. PECs 110 e 111, de 08/11/2011.

O sobrevivente tem direito à **meação** dos bens adquiridos durante o período de convívio, independentemente da prova de ter contribuído para sua aquisição. Também faz jus a direitos sucessórios: **direito real de habitação**, direito de **concorrência sucessória** ou direito à integralidade do patrimônio na inexistência de sucessores.

Ultimado o inventário, a ação de reconhecimento da união homoafetiva cabe ser cumulada com a de **petição de herança**. Buscando o parceiro, como único herdeiro, a integralidade do acervo sucessório, o inventário fica suspenso. Havendo herdeiros necessários, basta a reserva de bens. Acolhida a demanda, a partilha eventualmente levada a efeito é desconstituída.

Foi julgando ação que envolvia a sucessão homoafetiva que o STF **equiparou** o casamento e a união estável no que diz com direitos sucessórios, emitindo tese vinculante.⁴⁸

LEITURA COMPLEMENTAR

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 89-107.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. A condição do parceiro como herdeiro. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2. ed., São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 469-480.

VARGAS, Fábio de Oliveira. *Direito sucessório na união homossexual*. Disponível em: [http://jus.com.br/artigos/10742/direito-sucessorio-na-uniao-homossexual]. Acesso em: 23 set. 2018.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade*. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

48. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

6

FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS

Sumário: 6.1. Famílias simultâneas ou paralelas? – 6.2. União poliafetiva – 6.3. Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CC 550, 1.642 V, 1.727, 1.801 III.

6.1. FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS OU PARALELAS?

A Constituição da República reconhece a família como a base da sociedade, assegurando-lhe especial proteção (CR 226). Faz expressa referência ao casamento, à união estável e às unidades constituídas por um dos pais com seus filhos. A legislação infraconstitucional, de forma exaustiva, regulamentou o casamento; concedeu tratamento discriminatório à união estável; mas, simplesmente, esqueceu das famílias monoparentais. Esta injustificável omissão, no entanto, não autoriza que se tenha elas como **inexistentes**. Nem esta nem outras estruturas afetivas. Como decanta Paulo Lôbo, as entidades familiares constitucionalizadas vão muito além do *numerus clausus*.⁴⁹

Diante da realidade da vida, dando uma mirada na sociedade dos dias de hoje, a doutrina acabou reconhecendo que a família é mesmo **plural**. Há toda uma nova construção do conceito de família dando ênfase à solidariedade familiar e ao compromisso ético dos vínculos de afeto. São escassas as decisões que emprestam efeitos jurídicos às uniões simultâneas.

49. Paulo Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas..., 89.

as.⁵⁰ No entanto, o STJ vem rechaçando o reconhecimento de tais uniões, inclusive por decisões monocráticas.⁵¹

50. TJMA, AC 19048/2013 – 728-90.2007.8.10.0115, 3ª C. Cív., Rel. Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa, j. 10/07/2014; TJBA, AC 00023969520108050191, 2ª C. Cív., Rel. Maurício Kertzman Szporer, j. 15/04/2015.
51. Agravo em recurso especial. União estável. Impossibilidade de reconhecimento de união estável paralela. Precedentes. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial. Decisão Trata-se, na origem, de ação de reconhecimento de união estável *post mortem* proposta por J F de S contra F N C, P N C e A N C, sucessores de P A G C, visando à declaração de união estável mantida com o falecido, julgada procedente pelas instâncias ordinárias, nos termos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia assim ementado: Apelação cível. Direito de família. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável *post mortem*. União estável simultânea. Princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade. Prova robusta. Possibilidade. 1. Ainda que de forma incipiente, doutrina e jurisprudência vêm reconhecendo a juridicidade das chamadas famílias paralelas, como aquelas que se formam concomitantemente ao casamento ou à união estável. 2. A força dos fatos surge como situações novas que reclamam acolhida jurídica para não ficarem no limbo da exclusão. Dentre esses casos, estão exatamente as famílias paralelas, que vicejam ao lado das famílias matrimonializadas. 3. Havendo nos autos elementos suficientes ao reconhecimento da existência de união estável entre a apelante e o de cujus, o caso é de procedência do pedido. Sentença mantida. recurso improvido. Irresignados, os réus interpuseram recurso especial, com fundamento no art. 105, III, a e c, da CF, alegando violação aos arts. 1.723, §§ 1º e 2º, 1.724, 1.726 e 1.727 do CC, sob o argumento de improcedência da ação proposta, ante a impossibilidade de reconhecimento de união estável concomitante a outra união estável, no caso, mantida entre a genitora deles e o de cujus, por não observar os requisitos legais de lealdade e de não ocorrência dos impedimentos para o casamento. Contrarrazões apresentadas às fls. 476-479 (e-STJ), arguindo a inadmissibilidade do recurso especial para a revisão de matéria fática e o acerto da apreciação da prova pela decisão recorrida. Em juízo prévio de admissibilidade, o recurso foi considerado deserto, ante a existência de irregularidade no número de referência indicado na GRU, o qual não conteria o zero inicial da numeração do processo. Daí a interposição do presente agravo, combatendo a decisão agravada, objeto de contraminuta às fls. 495-497 (e-STJ). Brevemente relatado, decidido. Inicialmente, segundo a jurisprudência do STJ, nas hipóteses em que for possível identificar a vinculação do pagamento ao recurso e verificar que os valores foram destinados ao STJ, considera-se atendida a exigência do preparo, aplicando-se o princípio da instrumentalidade das formas, com o afastamento da deserção. Nesse sentido: REsp 1.179.273/MS, Corte Especial, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJ 4/8/2015; e REsp 1.498.623/RJ, Corte Especial, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 13/3/2015. Assim, considerando que a ausência de zero inicial do número do processo de origem não impossibilita a identificação do referido processo, a vinculação do pagamento ao recurso especial correspondente, nem a destinação a esta Corte, cuja secretaria consta corretamente como cedente da guia, não há que se falar em deserção do recurso especial. Embora o exame do mérito do recurso especial presuma o atendimento dos pressupostos processuais, em atenção à argumentação expendida pela parte contrária, consigna-se não ser neces-

A visão excessivamente sacralizada da família tenta identificar a **monogamia** como um princípio, quando se trata de mero elemento estruturante da sociedade ocidental de origem judaico-cristã. Até bem pouco tempo, só era reconhecida a família constituída pelos “sagrados” laços do

sário o reexame fático-probatório, vedado pela Súmula 7/STJ, pelo fato de todos os elementos fáticos utilizados na presente decisão terem sido extraídos das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias e das razões e contrarrazões apresentadas por ambas as partes. Quanto ao mérito, segundo a jurisprudência do STJ, é impossível o reconhecimento de união estável simultaneamente a outra união estável paralela, porquanto a configuração do referido instituto exige a ausência de impedimento para o casamento. Nesse sentido: Agravo interno no agravo em recurso especial. Direito de família. União estável. Violação ao art. 535, II, do CPC/1973. Inexistência. Cerceamento de defesa. Súmula 283/STF. Reconhecimento da existência de outra união estável. Súmula 7/STJ. Uniões estáveis simultâneas. Impossibilidade. Agravo não provido. (...) 4. Esta Corte Superior entende ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. Precedentes. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 455.777/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, 4.^a T, j. 18/08/2016, DJe 08/09/2016). Agravo regimental. Agravo de instrumento. Família. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Reconhecimento de união estável. Ausência de comprovação dos requisitos previstos do art. 1.723 do Código Civil. Reexame de provas. Súmula 7/STJ. Reconhecimento de união estável paralela. Impossibilidade. Súmula 83/STJ. (...) 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que não é possível o reconhecimento de uniões simultâneas, de modo que a caracterização da união estável pressupõe a ausência de impedimento para o casamento ou, pelo menos, a necessidade de haver separação de fato ou judicial entre os casados. Incidência da Súmula 83/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1363270/MG, 4.^a T, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 17/11/2015, DJe 23/11/2015). Agravo regimental. Recurso Especial. Casamento e concubinato simultâneos. Separação de fato. Súmula n. 7/STJ. União estável. Reconhecimento. Impossibilidade. (...) 2. A relação concubinária mantida de maneira simultânea ao matrimônio não pode ser reconhecida como união estável. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1336163/SP, 3.^a T, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, j. 01/12/2015, DJe 04/12/2015) No caso dos autos, o Tribunal de origem confirmou a declaração de união estável objeto dos autos paralela a outra união estável mantida entre a mãe dos réus, ora recorrentes, e o de cujos por período superior a 20 anos e reconhecida por escritura pública, a fim de conceder proteção à relação de fato estabelecida com a autora, ora recorrida, da presente ação. Desse modo, é evidente a dissonância entre o entendimento do Tribunal de origem e a jurisprudência desta Corte, nos termos já declinados, sendo impositiva a reforma do acórdão recorrido. Ante o exposto, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial, a fim de julgar improcedente a ação de declaração de união estável, condenando a autora a arcar com os ônus processuais, custas e honorários advocatícios, estes últimos arbitrados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com base no art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC/2015, suspensa a exigibilidade em razão da gratuidade da justiça deferida (e-STJ, fl. 56). Publique-se. Brasília, 06 de junho de 2018. Min. Marco Aurélio Bellizze, Relator. (STJ, AREsp: 999097/BA, 2016/0269951-1, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, p. 18/06/2018).

matrimônio. Daí o repúdio às **uniões extramatrimoniais** que, rotuladas como “sociedades de fato”, eram alijadas do direito das famílias.

A tentativa de perpetuar a família, em um primeiro momento, fez o casamento indissolúvel. Mesmo depois do divórcio, havia resistência para dissolvê-lo, com a manutenção de uma duplicidade de procedimentos e a imposição de causas e prazos. Tudo isso só teve fim com a Emenda Constitucional 66/2010.

No entanto, o Código Civil continua punindo a “concubina”, como cúmplice de um adultério, negando-lhe os direitos assegurados à companheira da união estável. Reconhece a anulabilidade das doações promovidas pelo cônjuge adúltero ao seu **cúmplice** (CC 550) e a revogabilidade das transferências e doações de bens feitas ao **concubino** (CC 1.642 V).

O interesse na preservação da família matrimonializada ainda é tão significativo que o Estado se imiscui de tal maneira na intimidade do casal que chega a impor o dever de fidelidade (CC 1.566 I). O adultério era considerado como justa causa para a separação (CC 1.573 I). A culpa fazia o cônjuge perder o nome de casado (CC 1.578) e ter alimentos limitados à necessidade de sobrevivência (CC 1.694 § 2.º e 1.704).

A sociedade sempre considerou a castidade feminina como uma qualidade, mas tolera e até incentiva a infidelidade masculina. Os homens são privilegiados. Afinal, nunca foram responsabilizados por suas travessuras sexuais. Tanto é assim que durante muito tempo os filhos “adulterinos” não podiam ser reconhecidos. Como “ilegítimos” não tinham direito à identidade. Eram “filhos da mãe”, assumindo ela a responsabilidade exclusiva pela sua criação e sustento.

As uniões extramatrimoniais não geravam quaisquer ônus ou encargos para os homens. E ter “outra” sempre foi motivo de orgulho e da inveja dos amigos. Em contrapartida, as mulheres sempre foram punidas. A infidelidade feminina autorizava o marido traído a “lavar a honra da família”, cometendo crimes contra a vida da parceira ou do amante, e livrando-se da condenação alegando a excludente de **legítima defesa da honra**, que nunca teve respaldo legal.

A resistência da lei e da justiça em reconhecer o concubinato no âmbito do direito das famílias persistiu por décadas. Fez legiões de mulheres famintas, não lhes era assegurado nem direito a alimentos, nem direitos sucessórios. Identificada a união como mera “sociedade de fato”, dividiam-se lucros, e não os frutos de uma sociedade de afeto.

Esta mania de punir a mulher e assegurar ao homem o livre exercício da sexualidade ainda subsiste. De maneira simplista, os vínculos familiares que se constituem de modo concomitante ao casamento são condenados à **invisibilidade**. Uniões paralelas – uma façanha exclusivamente masculina – continuam incentivadas. Contam com a convivência da justiça. Os nomes são vários: concubinato adulterino, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé e até de concubinação é chamado. Mas a consequência é uma só: a punição da mulher. A ela é atribuída a responsabilidade pelo adultério masculino.

Apesar de ser o homem quem descumpra o preceito monogâmico, é infiel e comete adultério, a lei não se preocupa em evitar o seu enriquecimento sem causa. Ao não atribuir consequência jurídica a essas estruturas – que ninguém duvida que existem –, obtém-se o efeito inverso: incentiva as uniões paralelas. Aliás, é por isso que não deixam de existir. E em larga escala. A repulsa legal aos vínculos afetivos concomitantes não os faz desaparecer; ao contrário, estimula que se proliferem.

Esses vínculos recebem tanto o nome de uniões paralelas como uniões simultâneas. Mas como linhas paralelas nunca se encontram, melhor é mesmo chamá-las de famílias simultâneas, porque, na maioria das vezes, ambas as mulheres sabem da existência da outra.

Verificadas duas comunidades familiares que tenham entre si um membro em comum, é preciso operar a apreensão jurídica dessas duas realidades.⁵² Descabe realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade contra formações conjugais plurais. A lógica desse raciocínio privilegia o infiel. Aquele que opta por se relacionar com alguém impedido de casar, em razão de já ser casado, deve responsabilizar-se por suas escolhas e respectivas consequências. Principalmente quando a pluralidade é pública e ostensiva, e mesmo assim ambas as famílias se mantêm íntegras, a simultaneidade não é desleal.⁵³ Ainda que confesse a mulher que tinha conhecimento da existência do outro vínculo, não reconhecer qualquer efeito atenta contra a **dignidade** dos partícipes e prejudica os filhos do casal, que ficam alijados dos direitos sucessórios da genitora. Paulo Lôbo manifesta sua perplexidade. Ainda que não se considere a união estável paralela como entidade familiar, os direitos sucessórios que são negados ao companheiro podem chegar indiretamente a eles, pois os filhos do companheiro morto

52. Carlos Eduardo Pianovski, *Famílias simultâneas e monogamia*, 200.

53. *Idem*, 221.

têm como herdeiro necessário potencial seu ascendente direto, ou seja, o companheiro sobrevivente.⁵⁴

O fato é que o conceito de concubinato dispensa a vida em comum sob o mesmo teto,⁵⁵ bastando a manutenção do relacionamento, ainda que em lares distintos, com ou sem participação econômica.⁵⁶ A **boa-fé** da mulher deve levar, no mínimo, ao reconhecimento de uma **união estável putativa**, por analogia ao casamento putativo (CC 1.561 e 1.564), que reconhece a viúva como **herdeira**.

Doutrina e jurisprudência, com postura nitidamente punitiva, criam uma distinção levando em conta, exclusivamente, o **elemento subjetivo** por parte da mulher. Caso ela confesse que sabia que o homem não lhe era fiel, é impiedosamente condenada e nada recebe. Não lhe é atribuído direito algum. A resposta que recebe é: “Bem feito, quem mandou se meter com homem casado!”⁵⁷ No entanto, se alegar que desconhecia a duplicidade de vidas do companheiro, por um passe de mágica, a convivência de anos, muitas vezes com filhos, se transforma em uma sociedade com fins lucrativos. Batizada como **sociedade de fato**, aplica-se o direito das obrigações.

Esse é o único subterfúgio que dá à mulher a chance de receber parte do que ajudou a construir. Além de provar que nada sabia, precisa provar sua real participação na formação do “acervo patrimonial da sociedade”. É feita mera divisão de lucros, partilhando-se os bens adquiridos na sua constância. Essa sempre foi a posição amplamente majoritária da justiça.

Foi a Justiça Federal que levantou o véu da hipocrisia e passou a admitir a divisão do **benefício previdenciário** entre a esposa e a concubina. O tema acabou sumulado pelo STF,⁵⁸ e tem sido acolhido pelo STJ.⁵⁹

54. Paulo Lôbo, *Direito Civil: Sucessões*, 119.

55. STF – Súmula 382: A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.

56. Christiano Cassettari, *Aspectos controvertidos na sucessão...*, 547.

57. Maria Berenice Dias, *Manual de Direito das Famílias*, 53.

58. STF – Tema 526: Possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários.

59. Administrativo e processual civil. Embargos de declaração no agravo interno no agravo em recurso especial. Pensão por morte. Possibilidade de rateio de pensão por morte entre viúva e companheira. Os pleitos previdenciários envolvem relações de trato sucessivo e atendem necessidades de caráter alimentar, razão pela qual a pretensão à obtenção de um benefício é imprescritível. Não ocorrência de prescrição do fundo de direito. Embargos de declaração da FUNAPE acolhidos para sanar a omissão apontada, sem efeitos infringentes. 1. O Supremo Tribunal Federal,

Em menor número, existem julgados que reconhecem **direitos sucessórios** à companheira sobrevivente de homem casado.⁶⁰

Deixar de reconhecer a família paralela como **entidade familiar** leva à exclusão de todos os direitos do âmbito do direito das famílias e sucessório. Assim, não há direito à herança nem à meação dos bens adquiridos em comum, somente divisão do patrimônio mediante a prova da participação.

Quando o varão se manteve casado até o seu falecimento, a depender do **regime de bens**, cabe afastar a meação da **viúva**. Apurado o acervo hereditário e excluída a legítima dos herdeiros, a parte disponível, com referência aos bens adquiridos durante o período de convívio com a companheira, deve ser dividida entre elas. É o que se chama de “**triação**”.

O mesmo cálculo se faz necessário quando ocorre o falecimento da companheira e seus herdeiros vêm a juízo buscar o reconhecimento da união estável que a mãe mantinha com um homem casado. Com isso a

no julgamento do RE 626.489/SE, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 23.9.2014, com repercussão geral reconhecida, firmou entendimento de que o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo, sem que se atribua consequência negativa à inércia do beneficiário, reconhecendo que inexistente prazo decadencial para a concessão inicial de benefício previdenciário. 2. De fato, o benefício previdenciário constitui direito fundamental da pessoa humana, dada a sua natureza alimentar, vinculada à preservação da vida. Por essa razão, não é admissível considerar extinto o direito à concessão do benefício pelo seu não exercício em tempo que se julga oportuno. A compreensão axiológica dos Direitos Fundamentais não cabe na estreiteza das regras do processo clássico, demandando largueza intelectual que lhes possa reconhecer a máxima efetividade possível. Portanto, no caso dos autos, afasta-se a prescrição de fundo de direito e aplica-se a quinquenal, exclusivamente em relação às prestações vencidas antes do ajuizamento da ação. 3. Não se pode admitir que o decurso do tempo legitime a violação de um direito fundamental. O reconhecimento da prescrição de fundo de direito à concessão de um benefício de caráter previdenciário excluirá seu beneficiário da proteção social, retirando-lhe o direito fundamental à previdência social, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana e da garantia constitucional do mínimo existencial. 4. Embargos de Declaração da FUNAPE acolhidos para sanar a omissão apontada, sem efeitos infringentes. (STJ, EDcl no AgInt no AREsp: 531101 PE 2014/0140755-1, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 05/02/2019, p. 11/02/2019).

60. Previdência privada. Ação declaratória ajuizada por companheira, objetivando o recebimento de parte da pensão por morte que é paga à esposa do falecido. União estável entre a demandante e o falecido juridicamente reconhecida. Famílias paralelas. Companheira e esposa que possuem condições igualitárias. Plausível que a pensão em testilha seja rateada entre a demandante (companheira) e a esposa (corré). Dá-se provimento ao apelo da autora, julgando-se procedente a ação por ela ajuizada, invertida a sucumbência. (TJSP, AC 0114912 – 65.2009.8.26.0011, Rel. Campos Petroni, j. 22/11/2016).

meação da companheira falecida passa a integrar o acervo sucessório a ser dividido entre seus herdeiros. Em nenhuma dessas hipóteses é necessária a prova da **efetiva participação** na constituição do acervo amealhado durante o período de vigência da união. Inexistindo herdeiros da classe dos descendentes e ascendentes, o acervo hereditário deve ser dividido em partes iguais entre a viúva e a convivente.

Como os companheiros **concorrem** com os herdeiros necessários, percebendo parte da herança, também os partícipes das uniões paralelas fazem jus ao mesmo direito (CC 1.790).

Ainda que seja assegurado o **direito real de habitação a cônjuge sobrevivente, indispensável assegurar o mesmo direito à companheira**, com relação ao imóvel que lhe servia de residência (CC 1.831).

Mas resiste o STJ em reconhecer a duplicidade de uniões, falando ainda em sociedade de fato.⁶¹ No entanto, o STF reconheceu a existência de **repercussão geral** sobre a existência de uniões estáveis concomitantes.⁶²

61. Recurso especial. Família. Ação de reconhecimento de união estável. Relação concomitante. Dever de fidelidade. Intenção de constituir família. Ausência. [...] 2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo *de cujus*, que mantinha outro relacionamento estável com terceira. 3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros. 4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade. 5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. 6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. 7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles. 8. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 1.348.458/MG, 3.^a T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08/05/2014).
62. Previdenciário. União estável homoafetiva. Uniões estáveis concomitantes. Presença da repercussão geral das questões constitucionais discutidas. Possuem repercussão geral as questões constitucionais alusivas à possibilidade de reconhecimento

De qualquer modo, ao menos em três oportunidades a lei mantém a higidez das doações feitas ao parceiro da união paralela. Decorridos dois anos da dissolução do casamento, nem o cônjuge nem seus sucessores podem buscar a desconstituição do ato de liberalidade levado a efeito pelo “cônjuge adúltero ao seu cúmplice” (CC 550). Depois de cinco anos a contar da separação de fato o cônjuge não pode reivindicar os bens comuns doados pelo outro ao “concubino”, se ficar provado que o bem foi adquirido com esforço comum dos companheiros (CC 1.642 V). Ao depois, como caiu o instituto da **culpa**, o testador separado de fato pode, a qualquer tempo, nomear o “concubino” herdeiro testamentário ou legatário (CC 1.801 III). Nada mais do que o reconhecimento de efeitos jurídicos às famílias paralelas.

6.2. UNIÃO POLIAFETIVA

A escritura pública declaratória de união poliafetiva de um homem com duas mulheres⁶³ foi considerada nula, inexistente, além de indecente, é claro. E acabou rotulada como verdadeira afronta à moral e aos bons costumes. Tal foi o clamor que, diante de um pedido ao Conselho Nacional da Justiça que proibisse que fossem lavradas escrituras públicas de uniões poliafetivas, a Corregedoria-Geral da Justiça, em sede liminar, recomendou aos notários que aguardassem a decisão e não fizessem escrituras de tal teor.⁶⁴

Apesar dos pesares, formalizados ou não, o fato é que esses relacionamentos existem. Desse modo, há que se reconhecer como transparente e honesta a instrumentalização levada a efeito, que traz a livre manifestação de vontade de todos, quanto aos efeitos da relação mantida a três. Lealdade não lhes faltou ao formalizarem o desejo de ver partilhado, de forma igualitária, direitos e deveres mútuos, aos moldes da união estável, a evidenciar a postura ética dos firmatários.

Eventual rejeição de ordem moral ou religiosa à dupla conjugalidade não pode gerar proveito indevido de um ou de mais de um frente aos outros partícipes da união. Negar a existência de famílias poliafetivas como

jurídico de união estável homoafetiva e à possibilidade de reconhecimento jurídico de uniões estáveis concomitantes. (STF, ARE 656.298/RG, Rel. Min. Ayres Britto, j. 08/03/2012).

63. Escritura lavrada em 13/02/2012, na cidade de Tupã-SP.

64. CNJ – Proc. Admin. 8162016489137, Min. Fátima Nancy, j. 13/04/2016.

entidade familiar é simplesmente excluir todo e qualquer direito no âmbito do direito das famílias e sucessório. Descabe realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade frente a formações conjugais plurais. Não havendo prejuízo a ninguém, de todo descabido negar o direito à felicidade a quem descobriu que em seu coração cabe mais de um amor.

6.3. ASPECTOS PROCESSUAIS

A ação de reconhecimento de união estável – quer se trate de família paralela ou poliafetiva – deve ser proposta perante as varas de família e não no juízo do inventário. Precisa ser dirigida contra os herdeiros, não contra o espólio. É necessário que a esposa integre a ação, na qualidade de litisconsorte necessária, pois a ação dispõe de eficácia declaratória.

Estando em andamento o inventário, é possível o pedido de reserva de bens até o reconhecimento da união.

LEITURA COMPLEMENTAR

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. Famílias simultâneas e concubinato adulterino. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 143-161.

BAPTISTA, Silvio Neves. União estável de pessoa casada. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Método, 2005. v. 3, p. 301-314.

CHAVES, Marianna. Famílias paralelas. In: DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (coords.). *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre: Magister, 2008. p. 39-54.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v.1. jan.-fev, p. 55-69.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira; ALMEIDA, Beatriz Ferreira de; MACHADO, Elton. As novas perspectivas jurídicas para as uniões simultâneas: uma análise das principais consequências de seu possível reconhecimento como entidades familiares. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 2. mar.-abr, p. 64-79.

7

FAMÍLIAS PARENTAIS

Referências legais: CR 226 § 4.º.

O retrato da família não é mais a foto de um casamento. Muitos fatores levaram ao esgarçamento do seu conceito. Passou-se a falar em **entidade familiar** e não exclusivamente em **família matrimonializada**. O distanciamento entre Estado e igreja – fenômeno que recebeu o nome de **laicização** – subtraiu do matrimônio a aréola de sacralidade. Também o movimento feminista tirou o véu de pureza em que a virgindade envolvia a mulher. O avançar dos **direitos humanos** colocou o indivíduo como sujeito de direito e a dignidade humana tornou-se o valor maior. Com todos estes ingredientes a sociedade mudou de feição, o que provocou eco nas estruturas de convívio. Daí falar-se em **direito das famílias** como forma de albergar, no conceito de entidade familiar, todas as conformações que têm como elemento identificador o comprometimento mútuo decorrente do laço de **afetividade**.

A mudança recebeu a chancela da Justiça e acabou impondo a construção do sistema jurídico sob a ótica da **pluralidade**. Aliás, é como sempre acontece. As situações que não encontram previsão na lei batem às portas do Judiciário. O juiz, que não consegue chancelar injustiças, encontra formas de enlaçar no âmbito jurídico o que o legislador não previu. Se por desleixo, se por preconceito, não importa. O fato é que não se pode simplesmente condenar à invisibilidade e negar tutela ao que refoge do modelo engessado na legislação. Esta postura dispõe de nítido caráter punitivo, pois deixa de reconhecer direitos sob a justificativa de o comportamento escapar do modelo recomendado pela lei.

É no mínimo uma grande irresponsabilidade negar tutela jurídica sob a singela desculpa da falta de norma legal. Não há fonte maior de injustiças. Foi o caminho aberto pela jurisprudência que levou a Constituição a desdobrar o conceito de entidade familiar desvinculada da tríade casamento, sexo e reprodução. Ainda que enumeradas algumas das formas de família,

tal não significa que não existam outras conformações que igualmente merecem abrigo no âmbito da juridicidade. No elenco das entidades familiares o constituinte não albergou somente o **casamento**. Concedeu especial proteção à **união estável**, que, pejorativamente, era chamada de concubinato. Também houve o reconhecimento de estruturas de convívio desvinculadas da prática sexual e da finalidade procriativa. Receberam da doutrina o nome de **família monoparental**.

Cunhado o conceito de **entidade familiar**, atentando muito mais à **natureza** do vínculo que une seus integrantes do que ao seu **formato ou modo** de constituição, merecem todas elas ser enlaçadas no âmbito do direito das famílias. Foi esta a interpretação que ensejou o reconhecimento das famílias homoafetivas. Do mesmo modo, não há como exigir a diferença de gerações ou a prática sexual entre seus integrantes para se reconhecer a existência de uma família.

Ninguém tira o rótulo de entidade familiar do núcleo formado pelos avós com os netos ou da convivência dos irmãos sem a presença dos pais. Esta visão mais abrangente leva à inserção, no âmbito do conceito de entidade familiar, as chamadas famílias parentais: núcleos de convívio formados por parentes. São parentes no conceito legal da expressão, atento a graus e linhas de parentesco, aos quais a lei empresta efeitos jurídicos.

São chamadas de **famílias parentais** os vínculos de convivência em que há comprometimento mútuo decorrente da afetividade. É uma expressão genérica que vem recebendo desdobramentos e impondo novas tentativas classificatórias. A estrutura vivencial entre **parentes em linha reta** corresponde ao modelo clássico da família, com a presença de ambos os genitores. No entanto, se há somente um ascendente e seus descendentes, chama-se **família monoparental**: entidade familiar formada por um dos pais e seus filhos ou um dos avós ou bisavós com os netos ou bisnetos. Portanto, a família é monoparental quando o vínculo de filiação é **transgeracional** entre um ascendente e seus parentes em linha reta descendente.

A convivência familiar dos **parentes colaterais** recebe o nome de **família pluriparental**. Não importa a igualdade ou diferença do grau de parentesco entre eles. Assim, tios e sobrinhos que vivem em família constituem uma família pluriparental. Igualmente, os irmãos e até os primos que mantêm convivência familiar são outros exemplos. Por não existir verticalidade dos vínculos parentais em dois planos, é conhecida pelo nome de família **anaparental**.⁶⁵ Assim, é possível identificar espécies de

65. Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, 52.

entidades familiares parentais, que se diferenciam pelo elo de parentesco de seus integrantes: monoparental é a formada por um ascendente e seus descendentes; e pluriparental, entre parentes da linha colateral. O vínculo familiar que se estabelece com **mais de duas pessoas** desempenhando as funções parentais foi cunhada por Rodrigo da Cunha Pereira como **coparentalidade**.⁶⁶ Esta é uma realidade cada vez mais frequente: quando, além da filiação biológica, se constrói um vínculo de **filiação socioafetiva com os novos parceiros dos pais**; ou quando são utilizadas **técnicas de reprodução assistida**, em que mais de uma pessoa faz parte do processo procriativo, desempenhando todas as funções parentais. O Conselho Federal de Medicina⁶⁷ estabelece as normas éticas para essas práticas, e o CNJ autoriza o registro dos filhos, diretamente no cartório do registro civil.⁶⁸

Outra modalidade de **família coparental** ocorre quando duas pessoas decidem ter um filho, sem a constituição de vínculo de conjugalidade entre eles. Geralmente, a fertilização é feita *in vitro* e o filho é registrado em nome de ambos. Nesse caso, as partes costumam firmar **contrato de geração de filho** ou **contrato de coparentalidade**. A guarda é compartilhada entre os pais, sendo estipulada a forma de convivência do filho com cada um dos pais e alimentos. O filho passa a ter dupla residência.

Estas novas conformações familiares geram reflexos no direito sucessório, impondo a quebra de alguns princípios que norteiam a transmissão da herança. Nos **vínculos pluriparentais** ou **coparentais**, quando o filho tem mais de dois pais, necessário reconhecer o direito à herança de todos eles.

Cabe figurar a hipótese da convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial. Quando do falecimento de uma delas, descabe transmitir a integralidade do patrimônio aos seus herdeiros necessários (descendentes ou ascendentes) ou dividir os bens igualmente entre todos os irmãos. Reconhecer mera **sociedade de fato** e invocar a Súmula 380⁶⁹ para conceder somente a metade dos bens à sobrevivente, como sugere Guilherme Calmon Nogueira da Gama,⁷⁰ gera flagrante injustiça para com quem auxiliou a

66. Rodrigo da Cunha Pereira, Dicionário de Direito de Família e Sucessões.

67. CFM – Resolução 2.168/2017.

68. CNJ – Provimento 63/2017.

69. STF – Súmula 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

70. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Das relações de parentesco, 130.

amealhar o patrimônio. A solução que se aproxima de um resultado justo é conceder à irmã, com quem a falecida convivia, os mesmos direitos assegurados ao cônjuge e ao companheiro sobrevivente. Ainda que inexistia qualquer relacionamento da ordem da sexualidade entre elas, a convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar, por analogia, as disposições que tratam do casamento e da união estável. É necessário assegurar, além do direito à **meação**, também o **direito de concorrência**, se existirem herdeiros necessários. Também o **direito real de habitação** com relação ao lar em que viviam. Na hipótese de inexistirem herdeiros necessários, é de se conferir a integralidade do patrimônio. Assim, se a falecida não tinha nem descendentes nem ascendentes, à irmã cabe a integralidade da herança, pois antecede aos demais irmãos na ordem de vocação hereditária.

Outra não pode ser a solução quando, por exemplo, **um dos filhos** é quem durante muitos anos vive na casa dos pais e a eles se dedica inteiramente. Não há como receber tratamento sucessório igual aos irmãos que não assumiram o encargo do cuidado. Há que se reconhecer a constituição de uma entidade familiar e, como tal, atribuir as sequelas sucessórias cabíveis: meação do patrimônio amealhado durante os anos em que houve a dedicação aos genitores, o direito de concorrência sucessória frente aos demais irmãos, bem como o direito real de habitação sobre o imóvel que serviu de residência ao núcleo familiar.

LEITURA COMPLEMENTAR

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 89-107.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

VARGAS, Hilda Ledoux. Efeitos Sucessórios da multiparentalidade nas famílias neo-configuradas: uma breve análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 898.060. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Belo Horizonte: IBD FAM, v. 24, p. 93:110. nov.-dez. 2017.



DIREITO SUCESSÓRIO

8

SUCESSÃO *INTER VIVOS* E *CAUSA MORTIS*

Sumário: **8.1.** Aspectos distintivos e classificatórios – **8.2.** A prova da morte: **8.2.1.** Morte presumida; **8.2.2.** Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CC 6.º, 7.º, 9.º I, 22 a 39; CPC 719 a 729, 744 e 745; Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos – LRP) 80 1.º.

8.1. ASPECTOS DISTINTIVOS E CLASSIFICATÓRIOS

O termo “sucessão” aplica-se a todos os **modos derivados** de aquisição do domínio. Indica o ato pelo qual alguém sucede a outrem, investindo-se, no todo ou em parte, nos direitos que lhe pertenciam.¹ A sucessão, isto é, a transferência de bens de uma pessoa a outra, pode se dar de duas formas: por **vontade** das partes ou em razão da **morte**. Se decorre da manifestação de duas ou mais pessoas, se diz que a sucessão é *inter vivos*. Quanto aos direitos sucessórios, a transmissão só pode ocorrer em razão da morte, daí *causa mortis*. Antes da morte do seu titular, a herança não pode ser objeto de sucessão *inter vivos*, pois é proibido dispor sobre herança de pessoa viva. É o que se chama de **pacto sucessório** (CC 426). A pessoa que morre é chamada de **sujeito ativo** da sucessão, *de cujus* ou autor da herança. É ele o **titular do** direito que se transmite por ocasião da sua morte. Todos os seus bens se transferem aos seus sucessores. Em sede de direito sucessório, a regra é a transmissão. A intransmissibilidade é a exceção. Por isso, para não ocorrer a transmissão é necessário que o bem seja identificado como

1. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 16.

intransmissível. Os **direitos personalíssimos** não se transmitem e se extinguem com a morte de seu titular.

Os sucessores são chamados de **sujeitos passivos** da transmissão hereditária. Ostentam esta condição os que participam da sucessão por integrarem o rol legal, por isso recebem a denominação de **herdeiros legítimos** (CC 1.829). Há herdeiros cuja presença é obrigatória: são os **herdeiros necessários** (CC 1.845): descendentes, ascendentes e cônjuge. Nessa lista, é necessário incluir o companheiro. Declarada a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, em face do tratamento discriminatório conferido à união estável, o Supremo Tribunal Federal² acabou assegurando ao companheiro os mesmos direitos do cônjuge. Ou seja, tornou-se, também, herdeiro necessário. E há herdeiros instituídos por testamento (CC 1.857). A estes o autor da herança deixa ou fração de seus bens ou bens determinados. Os **herdeiros** testamentários são os agraciados com uma quota-parte ideal dos bens disponíveis e os **legatários** recebem um bem ou direito específico.³

A sucessão *causa mortis* dispõe de diversos critérios classificatórios.

Existe mais de um **modo** de suceder: (a) por direito próprio; (b) por representação; ou (c) por transmissão.

Quanto à **fonte** de onde deriva, ou seja, a maneira como ocorre, a sucessão é: (a) legítima ou (b) testamentária. A **sucessão necessária** faz parte da sucessão legítima e os legatários integram a **sucessão testamentária**.

Já quanto aos **efeitos**, a sucessão pode ser: (a) a título singular, ou *inter vivos*; e (b) a título universal, ou *causa mortis*.

8.2. A PROVA DA MORTE

A existência da pessoa natural termina com a morte (CC 6.º), sendo desnecessário o reconhecimento judicial deste fato.⁴ Ainda que não faça parte do fenômeno sucessório, a morte é o pressuposto para a sucessão.⁵ Com a morte ocorre o que se chama de **abertura da sucessão**: cessa a

2. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

3. Idem, 17.

4. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, Direito Civil, 220.

5. Débora Gozzo e Sílvia Venosa, Comentários ao Código Civil brasileiro, v. 16, 33.

capacidade jurídica de uma pessoa em relação aos seus bens e começa a de outrem.⁶

A morte é **fato jurídico** por excelência, já que cria direitos e deveres para os que ficam vivos.⁷ Por isso é fundamental identificar o exato instante do falecimento, para saber a quem se transfere a herança da pessoa que morreu. Também a identificação da lei que rege a transferência da herança é feita pelo momento em que ocorre a morte do seu autor. Dados outros não têm qualquer significado, como, por exemplo, a data em que é lavrado o testamento, ou o momento em que ocorreu o nascimento de algum herdeiro.

Alteraram-se os critérios para a declaração da morte, que migrou do coração para o cérebro. Daí o termo morte **cerebral**. Porém, não é atribuição da ciência jurídica definir o momento da morte, que precisa somente da prova de sua ocorrência. Este assunto é do âmbito da medicina e da bioética. Cabe ao médico que atesta o óbito identificar o momento da morte, indicando a data e a hora em que ocorreu. Essas informações devem constar do assento de óbito, que é levado a efeito no registro civil das pessoas naturais (LRP 80 1.º).

É o **registro do óbito** que prova a morte (CC 9.º I). Os dados constantes do registro presumem-se verdadeiros, até porque dispõe o oficial do registro civil de **fé pública**. A presunção, porém, não é absoluta. O assento indevido do óbito, por erro ou malícia, gera responsabilidade civil,⁸ nos termos do artigo 22 da Lei 8.935/94.

A morte que faz abrir a sucessão é a natural, não se tolerando mais outras causas, como a **morte civil** ou a profissão religiosa, abolidas que foram das legislações modernas.⁹ Houve época em que a morte civil, como pena acessória, atingia os condenados por determinados crimes graves. Eram reputados civilmente mortos, perdiam os direitos civis e políticos e dissolvía-se o casamento. Como consequência, podia ser aberta sua sucessão.¹⁰ Hoje tudo isso acabou.

Apesar da expressão legal, que considera a **indignidade** como se o herdeiro morto fosse (CC 1.816), não cabe falar em morte civil. A infeliz

6. Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, v. 1, 33.

7. Maria Clara Falavigna, *Os fundamentos do Direito sucessório...*, 355.

8. Sílvio Venosa, *Direito Civil*, v. 7, 13.

9. Antônio Elias de Queiroga, *Curso de Direito Civil*, 6.

10. Sílvio Venosa, *A morte presumida no Código Civil*.

referência é mais uma solução técnica para a identificação dos herdeiros do que uma pena. Ainda que não se possa dizer que a **indignidade** e a **deserção** configuram morte civil, o fato é que o herdeiro indigno e o que foi deserdado são considerados como mortos antes da abertura da sucessão (CC 1.816). Ou seja, a lei os identifica como herdeiros pré-mortos, aplicando-lhes as regras da **premortiência**, que garante o direito de representação dos seus descendentes.

8.2.1. Morte presumida

Na impossibilidade de se proceder ao registro do óbito, é preciso recorrer à **prova indireta** da morte. Tal não se confunde com a **ausência**, em que existe apenas o desaparecimento de alguém, sem que ocorra a presunção de sua morte. Mais de uma circunstância enseja a declaração da morte presumida: a ausência (CC 6.º); quando for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida (CC 7.º I); e se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra (CC 7.º II).

Quanto aos ausentes, presume-se a morte nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva (CC 37). Isso acontece se alguém desaparece de seu domicílio sem dar notícias, não deixando representante ou procurador a quem caiba administrar seus bens. Um ano após a nomeação de um curador e a arrecadação dos bens, cabe a abertura da **sucessão provisória** (CC 26). Dez anos depois pode ser declarada a **sucessão definitiva**.

A Lei dos Registros Públicos admite a justificação da morte mediante **processo judicial**, quando o falecimento ocorre em acidentes que vitimam muitas pessoas e o corpo não é encontrado. Para isso é necessária a prova da presença no local do desastre. O elenco legal é meramente exemplificativo (LRP 88): *para assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame*.

A doutrina sustenta que este dispositivo encontra-se tacitamente revogado pelo art. 7.º do CC, devendo a sentença fixar a data previsível do falecimento.¹¹ De qualquer forma, não se trata de presunção de morte, mas de **prova indireta da morte**.

11. Débora Gozzo e Sílvia Venosa, Comentários ao Código Civil brasileiro, v. 16, 35.

8.2.2. Aspectos processuais

A Lei de Registros Públicos (88) admite a **justificação judicial** para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em acontecimentos que configuram tragédias quando: (a) estiver provada a sua presença no local; e (b) não for possível encontrar o cadáver. Não mais existindo procedimento específico, cabem ser adotadas as regras da jurisdição voluntária (CPC 719 a 729). Como a pretensão é dar conhecimento geral ao público, impõe-se a publicação de edital.

O mesmo procedimento é adotado em todas as hipóteses em que se busca a declaração de morte presumida, podendo a justificação ser processada perante o Cartório do Registro Civil (LRP 109 a 113) ou judicialmente.

LEITURA COMPLEMENTAR

CUNHA, Lásaro Cândido da. Morte presumida no direito previdenciário. Especificidades em relação ao Direito Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 3, n. 12, jan.-mar. 2002, p. 56-60.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de *Direito Civil*: teoria geral. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Personalidade e capacidade jurídica no Código Civil de 2002. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 8, n. 37, ago.-set. 2006, p. 27-41.

9

ABERTURA DA SUCESSÃO

Sumário: 9.1. Morte e transferência dos bens – 9.2. Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CC 6.º, 1.784.

9.1. MORTE E TRANSFERÊNCIA DOS BENS

No primeiro artigo do livro do direito das sucessões do Código Civil, se encontra a expressão “aberta a sucessão” (CC 1.784). Significa que, no momento da **morte** de alguém ocorre o **nascimento** do direito dos herdeiros aos bens do falecido. A transmissão é automática. A titularidade do acervo patrimonial se transfere sem sofrer solução de continuidade. Como a existência da pessoa natural termina com a morte (CC 6.º), deixa ela de ser sujeito de direitos e obrigações. Daí a necessidade que outrem assumo o seu lugar de forma imediata. A morte que gera a abertura da sucessão é a **morte natural**. Não é nem a chamada **morte civil** (que não mais existe), e nem a **morte presumida**, que se sujeita a procedimentos específicos.

Aberta a sucessão, o patrimônio do falecido, com o nome de **herança**, se transmite aos herdeiros legítimos e aos herdeiros testamentários, se existir testamento. A mudança ocorre sem haver um vácuo nas relações jurídicas. Dito fenômeno decorre da consagração do chamado **princípio de saisine**. Para o patrimônio do falecido não restar sem dono, a lei determina sua transferência imediata aos herdeiros, não ocorrendo a interrupção da cadeia dominial.

Para ocorrer a abertura da sucessão é necessário atentar a duplo pressuposto: (a) a **existência de herdeiro** legítimo ou testamentário no momento e (b) a **existência de patrimônio** do falecido. A herança não se

transmite ao vazio, ao nada.¹ E é preciso que haja sobra de patrimônio, não somente dívidas.

Abertura da sucessão não se confunde com **abertura do inventário**. São momentos distintos. A transmissão da herança ocorre independentemente do inventário, porque é inadmissível relação jurídica decapitada, sem um sujeito de direito para titularizá-la.² A abertura da sucessão se dá no momento da morte, termo final da personalidade natural, e a abertura do inventário ocorre quando do ingresso em juízo da ação correspondente, sempre depois da abertura da sucessão.³

A herança transmite-se ao herdeiro, ainda que ele não tenha conhecimento da morte do seu titular. O acervo passa a integrar o seu patrimônio.⁴

A doutrina faz uso de expressão **delação** para identificar o momento em que, aberta a sucessão, o patrimônio do falecido ficaria à disposição dos herdeiros. Tal termo, além de pouco usado, traz um conceito equivocado. Cria momentos sucessivos que não existem. Silvio Venosa identifica dois momentos: embora a abertura da sucessão (a oferta da herança) e sua aceitação pelo herdeiro sejam fases imperceptíveis, elas se distinguem.⁵ Já Guilherme Calmon Nogueira da Gama consegue perceber três etapas: não há como confundir os momentos da **abertura da sucessão**, da devolução sucessória (ou delação) e da aquisição da herança (ou adição). A abertura da sucessão é o momento original do direito sucessório como efeito instantâneo da morte do autor da sucessão e, por isso, é imutável, propiciando a adoção de medidas de conservação e administração da herança. A **delação** normalmente coincide com a abertura da sucessão, consistindo no oferecimento da herança à pessoa que possa adquiri-la, encarada sob o aspecto da sucessibilidade. Finalmente, a **aquisição da herança** corresponde à investidura do herdeiro na sucessão do falecido, ingressando no patrimônio do sucessor universal. Diz ele que, normalmente, os três momentos são coincidentes em termos temporais, mas podem não coincidir, como no exemplo da substituição fideicomissária, ou nos casos de delação sucessiva e delação indireta.⁶

1. Salomão de Araújo Cateb, *Direito das Sucessões*, 37.

2. Cláudia de Almeida Nogueira, *Direito das Sucessões*, 5.

3. *Idem*, 1.

4. Giselda Hironaka, in: Francisco Cahali e Giselda Hironaka, *Direito das Sucessões*, 9.

5. Sílvio Venosa, *Direito Civil*, v. 7, 15.

6. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Direito Civil*, v. 7, 18.

Toda essa construção, criando distinções intrincadas e complicadas, decorre do fato de a lei anterior admitir a retratabilidade da **aceitação da herança** (CC/1916 1.590). Tal possibilidade não mais existe (CC 1.812), mas continua gerando confusão na doutrina, a ponto de ser afirmado que o herdeiro precisa se manifestar para adquirir o acervo hereditário. Ora, para a aquisição do patrimônio quando da morte de seu titular, o herdeiro não precisa fazer nada. O silêncio implica aceitação da herança. Uma vez herdeiro, sempre herdeiro.

Claro que só recebe a herança quem dispõe da **qualidade de herdeiro**. Tanto o herdeiro aparente (CC 1.828) como quem não tem capacidade sucessória (CC 1.801), nada recebem, não havendo o que aceitar. Igualmente, se o herdeiro é excluído em virtude de indignidade ou deserdação, não há falar em aceitação da herança. A transmissão que se opera quando da abertura da sucessão é aos herdeiros que dispõem de **capacidade sucessória**. Assim, a aquisição está condicionada à capacidade para suceder. Cabe o exemplo do filho reconhecido por meio de ação investigatória de paternidade após a morte do genitor. Quando da abertura da sucessão ele não dispõe da capacidade sucessória. Porém, no momento em que é reconhecida sua qualidade de herdeiro, tem direito à herança a partir da morte do genitor.⁷

O herdeiro não precisa fazer nada para a herança lhe ser deferida no momento exato em que se abre a sucessão. Não precisa aceitar o que já é seu. A **aceitação da herança** não exige qualquer manifestação do herdeiro. Porém, tem ele o direito de **renunciar**. A renúncia é que precisa ser expressa e dispõe de **efeito retroativo à data da abertura da sucessão**. Além disso, deve ser manifestada antes da prática de qualquer ato que implique no reconhecimento de que aceitou a condição de herdeiro. Com a renúncia, é como se não tivesse havido a transferência. A herança do renunciante retorna ao acervo sucessório. Daí o uso da expressão “devolução da herança”.

Morto o autor da herança, esta se transfere de pleno direito e imediatamente aos herdeiros legítimos e aos herdeiros instituídos por meio de testamento (CC 1.784). O que se distribui, na realidade, não é a herança bruta, é a **herança líquida**, pois, sendo o herdeiro substituto do falecido, seu primeiro dever é pagar os débitos do espólio (CC 1.997).⁸ Não só os herdeiros testamentários, também os legatários tornam-se titulares do bem que o testador lhes deixou, mas não recebem a posse do legado.

7. Salomão de Araújo Cateb, *Direito das Sucessões*, 39.

8. Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito Civil*, 224.

Os **herdeiros legítimos** e os **testamentários** percebem os bens de forma indivisa, a título universal, como um todo unitário (CC 1.791). Trata-se de uma universalidade de direito (CC 91) que é considerada bem imóvel, independentemente dos bens que a compõem (CC 80 II).

A transmissão é instantânea e abrange o domínio e a posse da herança (CC 1.784). Mas a posse transmitida ao herdeiro não é a mesma posse do direito das coisas (CC 1.196). Como alerta Pontes de Miranda, é impossível, sem graves erros, tomar-se uma por outra. A posse do herdeiro é fundada em título e não no fato do exercício da posse, por isso rigorosamente não merece ser chamada de posse.⁹ Os herdeiros, todos eles, recebem a propriedade e a **posse de direitos** e não a **posse fática** dos bens. A posse que passa aos herdeiros, automaticamente, não é a título provisório, é posse própria, definitiva, que pode ser imediata ou apenas mediata.¹⁰

Quem permanecer na posse exclusiva de algum imóvel que integra a herança – quer seja o meeiro, um herdeiro ou o inventariante –, assume a responsabilidade pelo pagamento dos encargos que incidem sobre o bem.¹¹

9. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 56, 29.

10. Pontes de Miranda, Tratado das ações, v. 7, 247.

11. Recurso especial. Civil. Ação de inventário. Despesas de IPTU e taxa condominial de imóvel, objeto da herança, referentes a período posterior à abertura da sucessão. Utilização do bem de forma exclusiva pela inventariante (viúva) e sem qualquer contrapartida financeira aos demais herdeiros. Necessidade de abatimento dos respectivos valores de seu quinhão, sob pena de enriquecimento sem causa. Manutenção do acórdão recorrido. Recurso especial desprovido. 1. A questão discutida consiste em saber de quem é a responsabilidade, no bojo de ação de inventário, pelos encargos com IPTU e taxa condominial de imóvel, objeto da herança, utilizado com exclusividade pela inventariante (viúva). 2. Nos termos dos arts. 1.784 e 1.791 do Código Civil, com a abertura da sucessão, a herança transmite-se, desde logo, como um todo unitário, aos herdeiros legítimos e testamentários, sendo que, até a partilha, o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio. O art. 1.997 do mesmo diploma legal, por sua vez, também dispõe que o espólio responderá por todas as dívidas deixadas pelo de cujus nos limites da herança e até o momento em que for realizada a partilha, quando então cada herdeiro responderá na proporção da parte que lhe couber na herança. Logo, em regra, as despesas do inventário serão suportadas pelo espólio, repercutindo, inarredavelmente, no quinhão de todos os herdeiros. 3. Na hipótese, contudo, a inventariante reside de forma exclusiva no imóvel objeto de discussão, tolhendo o uso por parte dos demais herdeiros, não havendo, tampouco, qualquer pagamento de aluguel ou indenização referente à cota-parte de cada um na herança. Dessa forma, em relação ao respectivo imóvel, não se mostra razoável que as verbas de condomínio e de IPTU, após a data do óbito do autor da herança, sejam custeadas pelos demais herdeiros, sob pena de enriquecimento sem causa, devendo, portanto, as referidas despesas serem descontadas do quinhão da inventa-

Ainda que detenham a posse indireta, dispõem os herdeiros – todos eles – do direito de fazer uso das demandas possessórias frente a terceiros.¹²

riante. [...] . 5. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 1.704.528 – SP (2016/0285715-2), 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 14/08/2018).

12. Agravo em recurso especial. União estável. Impossibilidade de reconhecimento de união estável paralela. Precedentes. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial. Decisão. Trata-se, na origem, de ação de reconhecimento de união estável post mortem proposta por J F de S contra F N C, P N C e A N C, sucessores de P A G C, visando à declaração de união estável mantida com o falecido, julgada procedente pelas instâncias ordinárias, nos termos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia assim ementado: Apelação cível. Direito de Família. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável *post mortem*. União estável simultânea. Princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade. Prova robusta. Possibilidade. 1. Ainda que de forma incipiente, doutrina e jurisprudência vêm reconhecendo a juridicidade das chamadas famílias paralelas, como aquelas que se formam concomitantemente ao casamento ou à união estável. 2. A força dos fatos surge como situações novas que reclamam acolhida jurídica para não ficarem no limbo da exclusão. Dentre esses casos, estão exatamente as famílias paralelas, que vicejam ao lado das famílias matrimonializadas. 3. Havendo nos autos elementos suficientes ao reconhecimento da existência de união estável entre a apelante e o de cujus, o caso é de procedência do pedido. Sentença mantida. recurso improvido. Irresignados, os réus interpuseram recurso especial, com fundamento no art. 105, III, a e c, da CF, alegando violação aos arts. 1.723, §§ 1º e 2º, 1.724, 1.726 e 1.727 do CC, sob o argumento de improcedência da ação proposta, ante a impossibilidade de reconhecimento de união estável concomitante a outra união estável, no caso, mantida entre a genitora deles e o de cujus, por não observar os requisitos legais de lealdade e de não ocorrência dos impedimentos para o casamento. Contrarrazões apresentadas às fls. 476-479 (e-STJ), arguindo a inadmissibilidade do recurso especial para a revisão de matéria fática e o acerto da apreciação da prova pela decisão recorrida. Em juízo prévio de admissibilidade, o recurso foi considerado deserto, ante a existência de irregularidade no número de referência indicado na GRU, o qual não conteria o zero inicial da numeração do processo. Daí a interposição do presente agravo, combatendo a decisão agravada, objeto de contraminuta às fls. 495-497 (e-STJ). Brevemente relatado, decido. Inicialmente, segundo a jurisprudência do STJ, nas hipóteses em que for possível identificar a vinculação do pagamento ao recurso e verificar que os valores foram destinados ao STJ, considera-se atendida a exigência do preparo, aplicando-se o princípio da instrumentalidade das formas, com o afastamento da deserção. Nesse sentido: REsp 1.179.273/MS, Corte Especial, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJ 4/8/2015; e REsp 1.498.623/RJ, Corte Especial, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 13/3/2015. Assim, considerando que a ausência de zero inicial do número do processo de origem não impossibilita a identificação do referido processo, a vinculação do pagamento ao recurso especial correspondente, nem a destinação a esta Corte, cuja secretaria consta corretamente como cedente da guia, não há que se falar em deserção do recurso especial. Embora o exame do mérito do recurso especial presuma o atendimento dos pressupostos processuais, em atenção à argumentação expendida pela parte contrária, consigna-se não ser necessário o reexame fático-probatório, vedado pela Súmula 7/STJ, pelo fato de todos os

O **legatário** a título singular também recebe a propriedade do bem com que foi contemplado. Mas há que se distinguir se o legado se constitui de bens fungíveis ou infungíveis, ou seja, se podem ou não ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade (CC 85). Se a coisa legada é infungível, o legatário adquire a propriedade desde a abertura

elementos fáticos utilizados na presente decisão terem sido extraídos das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias e das razões e contrarrazões apresentadas por ambas as partes. Quanto ao mérito, segundo a jurisprudência do STJ, é impossível o reconhecimento de união estável simultaneamente a outra união estável paralela, porquanto a configuração do referido instituto exige a ausência de impedimento para o casamento. Nesse sentido: Agravo interno no agravo em recurso especial. Direito de família. União estável. Violação ao art. 535, II, do CPC/1973. Inexistência. Cerceamento de defesa. Súmula 283/STF. Reconhecimento da existência de outra união estável. Súmula 7/STJ. Uniões estáveis simultâneas. Impossibilidade. Agravo não provido. (...) 4. Esta Corte Superior entende ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. Precedentes. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 455.777/DF, 4.^a T, Rel. Min. Raul Araújo, j. 18/08/2016, DJe 08/09/2016). Agravo regimental. Agravo de instrumento. Família. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Reconhecimento de união estável. Ausência de comprovação dos requisitos previstos do art. 1.723 do Código Civil. Reexame de provas. Súmula 7/STJ. Reconhecimento de união estável paralela. Impossibilidade. Súmula 83/STJ. (...) 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que não é possível o reconhecimento de uniões simultâneas, de modo que a caracterização da união estável pressupõe a ausência de impedimento para o casamento ou, pelo menos, a necessidade de haver separação de fato ou judicial entre os casados. Incidência da Súmula 83/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1363270/MG, 4.^a T, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 17/11/2015, DJe 23/11/2015) agravo regimental. Recurso especial. Casamento e concubinato simultâneos. Separação de fato. Súmula 7/STJ. União estável. Reconhecimento. Impossibilidade. (...) 2. A relação concubinária mantida de maneira simultânea ao matrimônio não pode ser reconhecida como união estável. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1336163/SP, 3.^a T, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 01/12/2015, DJe 04/12/2015) No caso dos autos, o Tribunal de origem confirmou a declaração de união estável objeto dos autos paralela a outra união estável mantida entre a mãe dos réus, ora recorrentes, e o de cujos por período superior a 20 anos e reconhecida por escritura pública, a fim de conceder proteção à relação de fato estabelecida com a autora, ora recorrida, da presente ação. Desse modo, é evidente a dissonância entre o entendimento do Tribunal de origem e a jurisprudência desta Corte, nos termos já declinados, sendo impositiva a reforma do acórdão recorrido. Ante o exposto, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial, a fim de julgar improcedente a ação de declaração de união estável, condenando a autora a arcar com os ônus processuais, custas e honorários advocatícios, estes últimos arbitrados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com base no art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC/2015, suspensa a exigibilidade em razão da gratuidade da justiça deferida (e-STJ, fl. 56). Publique-se. Brasília, 06 de junho de 2018. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator (STJ – AREsp: 999097 BA 2016/0269951-1, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, p. 18/06/2018).

da sucessão; se é bem fungível, só após a partilha. De qualquer modo, a transmissão da posse só ocorre após a partilha.¹³

Não existindo herdeiros – nem obrigatórios, nem facultativos ou testamentários –, não ocorre a abertura da sucessão. Na falta de sucessores os bens são arrecadados como **herança jacente**, ou seja, herança que não tem dono. Concluído o processo de declaração de **vacância**, os bens passam ao domínio do ente público do município onde se encontram situados. A pessoa jurídica de direito público não se beneficia do princípio de *saisine*. A ela não se transmite o domínio e a posse da herança, mesmo que o falecido não tenha herdeiros. A aquisição da titularidade da herança ocorre por meio da sentença que dispõe de eficácia constitutiva.¹⁴

9.2. ASPECTOS PROCESSUAIS

A sucessão obedece a lei do país do **domicílio** do falecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens (LINDB 10). Mesmo que o inventariado fosse estrangeiro e tivesse residência fora do País, o fato de ter bens aqui firma a competência brasileira para o inventário (CPC 23 II). Sendo brasileiro ou estrangeiro, ainda que o óbito tenha ocorrido em outro local, a competência para o inventário é da justiça pátria. Por interpretação inversa, se o falecido deixar bens fora do Brasil, o foro competente para o processamento do inventário desses bens escapa à jurisdição brasileira, competindo ao país onde se situam.¹⁵

A competência interna é fixada pela lei do **último domicílio** do *de cujus* (CPC 48). Caso não possuísse domicílio certo, o critério de competência é da **situação dos bens**. Se há bens em foros diferentes, no local de qualquer deles (CPC 48 parágrafo único II).

Todas as ações correlatas à herança precisam ser propostas no mesmo juízo em que foi aberto o processo de inventário. É o que se chama de **juízo universal**. Esta verdadeira força atrativa do juízo do inventário, prevalece ainda que a morte não tenha ocorrido no domicílio do *de cujus* ou haja bens situados em lugar diverso.¹⁶ Mas há exceções: as ações reais imobiliárias, investigatórias de paternidade, ainda que cumuladas com petição de herança, por exemplo, atendem às regras próprias de competência.

13. Flávio Augusto Monteiro de Barros, Manual de Direito Civil, 182.

14. Claudia de Almeida Nogueira, Direito das Sucessões, 19.

15. Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, Inventários e partilhas, 314.

16. Claudia de Almeida Nogueira, Direito das Sucessões, 2.

LEITURA COMPLEMENTAR

CARVALHO NETO, Inácio de. Introdução ao Direito das Sucessões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.). CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria (coords.). *Direito das sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008. v. 8, p. 22-33.

NOGUEIRA, Claudia de Almeida. *Direito das Sucessões*. Comentários à parte geral e à sucessão legítima. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

10

PRINCÍPIO DE SAISINE

Sumário: 10.1. Conceito e características – 10.2. Delação e renúncia – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.784.

10.1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

No momento da morte ocorre a sucessão hereditária. Independentemente de qualquer formalidade, o acervo patrimonial do falecido transmite-se aos herdeiros (CC 1.784). Esse movimento é chamado de princípio de *saisine*, palavra de origem francesa que significa agarrar, prender, apoderar-se.

Princípio de *saisine* representa uma **apreensão possessória**.¹ Nada mais do que a faculdade de alguém entrar na posse do patrimônio alheio. Isso tudo para que bens, direitos e obrigações não se extingam com a morte de seu titular. São inegáveis as vantagens da adoção do princípio da *saisine*: evita o estado de acefalia do patrimônio, a jazer sem titular; dispensa a ficção jurídica de emprestar personalidade jurídica ao espólio; propicia a qualquer herdeiro o manejo das ações possessórias.²

Dito princípio consagra uma **ficção**: a imediata transferência de pleno direito dos bens do falecido para os seus herdeiros quando da abertura da sucessão. Como os dogmas de fé, esta é uma verdade que se tem de aceitar sem discutir. Morto o titular, seu patrimônio – com o nome de herança –

1. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 14.

2. Luiz Felipe Silveira Difini, Direito de *saisine*, 251.

se transfere a todos os herdeiros, necessários, legítimos, testamentários e legatários. Claro que a transmissão se dá com relação aos herdeiros com **capacidade sucessória**.

A construção justifica-se. A existência da **pessoa natural** termina com a morte (CC 6.º), deixando de ser sujeito de direitos e obrigações.³ Como a titularidade patrimonial não admite solução de continuidade, os bens não podem ficar sem dono um minuto sequer.⁴ Ainda que sejam vários os herdeiros, a herança não se transmite somente aos **herdeiros legítimos** (CC 1.829). Também os **herdeiros testamentários** tornam-se titulares do percentual da herança que lhes foi deixado (CC 1.784). Tanto uns quanto outros recebem cotas ideais. Daí se dizer que a transmissão a ambos ocorre a **título universal**. **Legatários** recebem somente o que lhe foi destinado. Por isso, são herdeiros a **título singular**. Mesmo que receba bem certo e determinado, o legatário não adquire a posse (CC 1.923 § 1.º). Tal ocorre quando da partilha.

O acervo sucessório constitui a herança – **universalidade de direito** que se transfere a todos os herdeiros, em forma de **condomínio pro indiviso**. A copropriedade instala-se não só sobre os **bens**, mas também sobre direitos, **encargos e obrigações**. Como os quinhões hereditários ainda não foram individualizados, todos são donos de tudo. Na condição de coerdeiros, têm os mesmos direitos e deveres dos condôminos (CC 1.314 e ss.). O herdeiro que quiser alienar sua quota-parte precisa respeitar o **direito de preferência** dos demais. Qualquer deles tem legitimidade para defender o bem comum, fazendo uso dos interditos possessórios contra terceiros.

A **posse** transmitida aos **herdeiros universais é a posse indireta**, e não a **posse direta**.⁵ A distinção é feita pelo direito das coisas (CC 1.197). A transferência não implica na apreensão material dos bens que compõem o acervo hereditário, o que ocorre somente quando da **partilha**.

Como a posse da herança transmite-se a todos os herdeiros, cada um dispõe do direito de fazer uso dos **interditos possessórios** dos bens que se encontram em mãos de terceiro. Não é necessário que a ação seja

3. Antônio Elias de Queiroga, Curso de Direito Civil, 6.

4. Carlos Maximiliano, Direito das Sucessões, v. 1, 34.

5. Giselda Hironaka. In: Francisco Cahali e Giselda Hironaka, Direito das Sucessões, 7.

movida por todos, a dispensar a formação de um **litisconsórcio**.⁶ Trata-se de **legitimidade concorrente**, tal ocorre com o condomínio.⁷

O **legatário**, a quem o testador beneficiou com **coisa certa**, quando da abertura da sucessão, recebe somente o **domínio** do legado. A **posse** lhe é transferida na partilha. Se o legado é de **coisa incerta**, o legatário recebe **domínio e posse** por ocasião da partilha, oportunidade em que ocorre a individualização do legado.⁸

10.2. DELAÇÃO E RENÚNCIA

A doutrina tradicional estabelece diferenciações entre o que se costuma chamar de **delação** e o princípio de *saisine*, por acreditar que, no

6. Ação reivindicatória. Tutela de bem deixado pelo *de cujus*. Partilha ainda não verificada. Coerdeiro. Legitimidade ativa reconhecida. Recurso especial provido. 1. Sendo a herança uma universalidade, é de rigor reconhecer-se que sobre ela os herdeiros detêm frações ideais não individualizadas, pois, até a partilha. 2. Aberta a sucessão, cria-se um condomínio *pro indiviso* sobre o acervo hereditário, regendo-se o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, pelas normas relativas ao condomínio (art. 1.791, parágrafo único, do CC). 3. Tal como ocorre em relação a um condômino, ao coerdeiro é dada a legitimidade *ad causam* para reivindicar, independentemente da formação de litisconsórcio com os demais coerdeiros, a coisa comum que esteja indevidamente em poder de terceiro, nos moldes no art. 1.314 da Lei Civil. 4. O disposto no art. 12, V, do CPC não exclui, nas hipóteses em que ainda não se verificou a partilha, a legitimidade de cada herdeiro vindicar em juízo os bens recebidos a título de herança, porquanto, *in casu*, trata-se de legitimação concorrente. 5. Recurso especial provido (STJ, REsp 1.192.027/MG, 3ª T., Rel. Min. Massami Uyeda, j. 19/08/2010).
7. Ação reivindicatória cumulada com perdas e danos. Princípio da *saisine*. Partilha. Homologada. Herdeiros. Legitimidade concorrente. Recurso provido. Sentença desconstituída. Art. 515, § 3º, do CPC/73. O herdeiro é parte legítima para reivindicar, independente da formação de litisconsórcio com os demais co-herdeiros, a coisa comum que esteja indevidamente em poder de terceiro, nos termos do artigo 1.314 do atual Código Civil. Demais disso, o disposto no artigo 12, V, do Código de Processo Civil\73 não exclui, nas hipóteses em que ainda não se verificou a partilha, a legitimidade de cada herdeiro vindicar em juízo os bens recebidos a título de herança, porquanto, *in casu*, trata-se de legitimação concorrente. Precedente: REsp 1192027/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 6.9.2010). Inviável o julgamento do feito por este Colegiado, com base no art. 515, § 3º, do CPC/73, porquanto a matéria controversa não foi apreciada pelo juízo de origem. Violação ao princípio do grupo grau de jurisdição. Desconstituição da sentença, determinando-se o retorno dos autos à origem, para que prossiga no julgamento em relação ao pedido de perdas e danos, ante a noticiada desocupação voluntária da parte ré. Preliminar de ilegitimidade afastada. Recurso parcialmente provido. (TJRS, AC 70067659821, 17ª C., Civ. Rel. Marta Borges Ortiz, j. 14/07/2016).
8. Idem, 8.

momento da abertura da sucessão, ainda que o patrimônio ingresse no patrimônio do sucessor, há um **espaço de tempo** entre o oferecimento da herança e sua aceitação por parte do herdeiro.⁹ Trata-se de construção equivocada que não dispõe de respaldo nem na lei nem na lógica. Não é necessária qualquer manifestação do herdeiro para que assuma a titularidade do acervo hereditário. Mesmo não tendo conhecimento da morte do parente de quem é herdeiro, adquire a posse e a propriedade do seu quinhão hereditário. Mas ninguém precisa ficar com a herança se não a desejar. É preciso harmonizar o princípio da *saisine* com o repúdio à herança, já que ninguém pode herdar contra sua vontade.¹⁰ Por isso é assegurado ao herdeiro o direito de **renunciar** à herança (CC 1.804 parágrafo único), o que, equivocadamente, é chamado de **cessão** gratuita, pura e simples (CC 1.805 § 2.º).

O recebimento da herança está sujeito a **condição resolutiva**: a renúncia, que precisa ser manifestada expressa ou tacitamente e dispõe de efeito retroativo. O quinhão do herdeiro renunciante retorna ao acervo hereditário e transmite-se aos demais sucessores. Esta alteração da titularidade, a contar da abertura da sucessão, é outra ficção que também decorre do princípio de *saisine*. É como se não tivesse ocorrido a transmissão da herança ao herdeiro renunciante.

Renunciar é a forma de o herdeiro manifestar que não aceita a herança. Porém, só pode abrir mão do direito sucessório antes de agir como seu titular. A prática de atos que revelem que aceitou a condição de herdeiro não permite que, depois, abra mão da herança. A partir do momento em que age como titular do patrimônio recebido, não mais pode devolver a herança, ou seja, renunciar a ela. É a preclusão lógica decorrente do princípio *nemo potest venire contra factum proprium*,¹¹ que, em respeito ao princípio da confiança, da proteção à boa-fé objetiva e à segurança das relações jurídicas, proíbe comportamento contraditório. Quem se comporta como titular da herança não pode depois repudiá-la. Descabido que exerça a posse, colha os frutos dos bens e depois simplesmente diga que não aceita a herança, que não a quer.

Para emprestar segurança à transmissão patrimonial decorrente da morte, a lei considera o direito à sucessão aberta **bem imóvel** (CC 80 II). Os bens imóveis são o solo e tudo o que a ele se incorpora natural ou arti-

9. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Direito Civil*, v. 7, 18.

10. Sílvio Venosa, *Direito Civil*, v. 7, 14.

11. Em tradução livre: ninguém pode contravir fato próprio.

ficialmente (CC 79). Sua transferência ocorre mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis (CC 1.245). Mas para alguns efeitos a lei admite exceções. A sucessão aberta é uma delas. No momento da morte o patrimônio do autor da herança se transmite de forma integral a seus herdeiros. Mesmo que seja constituída somente de bens móveis ou bens incorpóreos, não importa. Enquanto não houver a **partilha** a herança é considerada um bem imóvel indivisível, que pertence aos coerdeiros como se condôminos fossem (CC 1.791 parágrafo único).

Quando o *de cuius* não possui herdeiros nem os institui por testamento, não ocorre a abertura da sucessão. A herança sem dono não se transmite a ninguém. Quando do óbito, a herança não é transmitida imediatamente à pessoa jurídica de direito público. Esta não se beneficia do princípio de *saisine*.¹² A sentença de **vacância** é constitutiva e somente com o trânsito em julgado é que os bens se transmitem ao ente público.

LEITURA COMPLEMENTAR

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Direito de *saisine*. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, a. XVI, n. 45, mar. 1989, p. 245-252.

12. Cláudia Nogueira, *Direito das Sucessões*, 19.

11

MODALIDADES SUCESSÓRIAS

Sumário: **11.1.** Características – **11.2.** Sucessão universal – **11.3.** Sucessão singular – **11.4.** Sucessão legítima – **11.5.** Sucessão testamentária – **11.6.** Legado – **11.7.** Sucessão mista – **11.8.** Pacto sucessório – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.786, 1.788, 1.829 a 1.846, 1.857 a 1.859.

11.1. CARACTERÍSTICAS

Quando morre o titular do patrimônio ocorre o que se chama de abertura da sucessão. É necessário que os bens, direitos e obrigações do falecido sejam transferidos a alguém, pois é inconcebível que restem sem dono. A transmissão é imediata em face do princípio de *saisine*. A herança permanece como uma **universalidade** e assim se transfere aos herdeiros. Quando há um só herdeiro e o *de cujus* não deixou testamento, ele recebe toda a herança. Se existirem mais herdeiros, todos recebem **fração ideal** do acervo sucessório. A individualização dos bens acontece quando da partilha.

O titular do patrimônio não pode dispor livremente de todos os seus bens, nem durante sua vida, nem para depois de sua morte. Só pode **doar** o que pode dispor por testamento (CC 549). Assim, ainda que seja plenamente capaz, não é absoluta a liberdade de quem tem herdeiros necessários. A lei escolhe determinadas pessoas que necessariamente irão receber parte do patrimônio: descendentes, ascendentes e cônjuge. São os chamados **herdeiros necessários**. A eles é destinada a metade da herança.

A **sucessão legítima** impõe a transferência da metade do patrimônio a quem a lei elege como herdeiro. Somente a outra metade é **disponível**, tendo o seu titular a liberdade de destiná-la a seu bel-prazer. Pode doar

enquanto for vivo ou, por meio de testamento, pode deixar a quem lhe aprouver toda a metade disponível, uma fração dela, ou bens determinados (CC 1.786). Os **herdeiros testamentários** recebem uma quota-parte da herança e os **legatários**, bens identificados.

Essa divisão consagra o **princípio da liberdade relativa**. Ou seja, o titular do patrimônio, ainda que o tenha amealhado sozinho, só pode dispor da **metade**. Se tiver descendentes, ascendentes ou for casado, precisa preservar a legítima dos **herdeiros necessários**.

Ainda que não conste do rol legal (CC 1.845) o companheiro da **união estável**, é indispensável reconhecer que ele também é herdeiro necessário e desfruta do direito à legítima. Não permite outra interpretação a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a inconstitucionalidade do tratamento diferenciado entre casamento e união estável.¹

Quer em razão desse julgamento, quer invocando até a função social da propriedade, vêm avançando na doutrina questionamentos sobre a permanência do direito à legítima. Sustenta-se a necessidade de sua extinção ou, ao menos, a redução do seu montante.

Cabe atentar que a **meação** do cônjuge ou do companheiro não integra a sucessão. Mas os bens precisam vir para o inventário para serem apartados da herança quando da partilha.

Caso o falecido não tenha herdeiros necessários e não elegeu ninguém como herdeiro testamentário, seus bens são transmitidos aos **herdeiros legítimos**. Assim são chamados os parentes colaterais até o quarto grau: irmãos, sobrinhos, tios, sobrinhos-netos, tios-avós ou primos. O companheiro da união estável foi guindado à posição de herdeiro necessário. Se nem herdeiros facultativos houver, a herança é declarada **vacante** e fica para o ente público do local onde se encontram os bens, como herança jacente.

Herdeiro é quem faz jus ao patrimônio do *de cujus*, seja como herdeiro necessário ou legítimo, ou mesmo que seja eleito por meio de testamento. Os herdeiros adquirem o **domínio e a posse indireta** de todo o acervo hereditário, daí são chamados de **herdeiros universais**, ainda que recebam somente uma fração dos bens. A individualização do patrimônio de cada um dos herdeiros ocorre quando da partilha, ocasião em que lhes é transferida a **posse direta** dos bens herdados.

Legatário é a pessoa a quem o testador destina um ou mais bens individualizados. A ele o testador lega bens determinados. Por isso é cha-

1. STF, RE 878.694 (1431), T. Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10/05/2017.

mado de **herdeiro singular**. Recebe bens a título gratuito, o que, ao fim e ao cabo, nada mais é do que uma **doação** sujeita à condição suspensiva. Vai receber o legado depois da morte. Ainda assim, a posse do bem não lhe é transmitida quando da abertura da sucessão. Só ocorre no momento da partilha.

11.2. SUCESSÃO UNIVERSAL

Quando ocorre a morte de alguém, o seu patrimônio transmite-se aos herdeiros escolhidos pela lei ou eleitos pelo falecido por meio de testamento (CC 1.784). Existindo **herdeiros necessários** (CC 1.845), a liberdade do testador é limitada, pois só pode dispor da metade de seus bens (CC 1.857 § 1.º). Tal distinção permite que se classifique a sucessão pelos seus **efeitos**.

Chama-se de **sucessão legítima** a transmissão da herança aos herdeiros indicados pela lei. Ocorre a título universal, ou seja, a universalidade dos bens transmite-se a todos os herdeiros. Somente por ocasião da partilha cada um recebe o seu quinhão.

O **herdeiro testamentário** – pessoa a quem o testador destina uma fração de bens – também é sucessor a título universal. Não só quando recebe a totalidade do acervo hereditário, mas também se é contemplado com **parte ideal** da herança. Recebe bens não individualizados, **bens fungíveis** (CC 85): bens que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. A estipulação pode ser em valor percentual do patrimônio (metade, dez por cento etc.), como pode haver alguma delimitação, mas sem individualização (uma joia, quando existem outras, ou um imóvel, sem a identificação de qual seja). O **herdeiro a título universal** – quer legítimo, quer testamentário – sub-roga-se abstratamente na posição do falecido, pois recebe tanto o **ativo** como o **passivo**, encargos e dívidas referentes à parte ideal que recebeu.²

11.3. SUCESSÃO SINGULAR

No exercício do direito de testar, respeitando a legítima dos herdeiros necessários, o autor da herança pode: escolher herdeiros; destinar a eles a integralidade ou parte de seus bens; individualizar os bens a um, a algum, ou a todos os sucessores.

2. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 21.

Quando deixa para alguém coisa certa (uma determinada joia, um certo imóvel etc.), deixa-lhe um **legado**. Quem recebe por testamento bens determinados e perfeitamente individualizados chama-se **legatário**. Nesta hipótese ocorre sucessão a título singular. O legatário sub-roga-se tão só com relação aos bens que lhe foram destinados. Não representa o falecido e não responde pelas dívidas e encargos da herança. Exclusivamente assume os ônus referentes aos bens recebidos. O legatário herda somente o bem designado no testamento. Não assume o passivo do falecido, somente são de sua responsabilidade as obrigações concernentes ao bem legado.³

Nada impede que o autor da herança, por meio de testamento, disponha sobre a **forma** de proceder à partilha dos seus bens (CC 1.857). Pode individualizar **os bens** que irão integrar a legítima dos herdeiros necessários (CC 2.014). Com referência à parte disponível do patrimônio, pode fazer o que se chama de **partilha em vida**, ainda que possa ser levada a efeito por testamento (CC 2.018).

Tanto o herdeiro legítimo como o testamentário podem ser contemplados com bens que integram a parte disponível do acervo hereditário. Nesta hipótese o herdeiro universal adquire também a condição de herdeiro a título singular. Ocupa dupla posição: além de **herdeiro**, passa a ser também **legatário**.

11.4. SUCESSÃO LEGÍTIMA

Assim é chamada a sucessão que resulta da lei. A expressão “legítima” é alvo de críticas,⁴ até porque não existe sucessão **ilegítima**. Claro que a referência tem a ver com a discriminação que sofriam os filhos havidos fora do casamento. Eram chamados **filhos ilegítimos**. Não podiam ser reconhecidos e, em consequência, não podiam herdar.

Também as **uniões extramatrimoniais** não mereciam reconhecimento. Com o nome de concubinato, não eram consideradas famílias, não sendo incluídas no direito sucessório. Assim, quando do falecimento de um dos concubinos, ainda que não existissem herdeiros necessários, o sobrevivente não podia herdar. Na legislação passada, era excluída da sucessão “a concubina do testador casado” (CC/1916 1.719 III).

O reconhecimento da união estável como entidade familiar, bem como a proibição de tratamento discriminatório com relação aos filhos, ocorreu

3. Cláudia Nogueira, *Direito das Sucessões*, 20.

4. Arnaldo Wald, *O novo Direito das Sucessões*, 18.

no ano de 1988, com a Constituição da República. Assim, não mais se justifica continuar falando em sucessão legítima.

A sucessão legítima também é chamada de *ab intestato*, por não existir testamento. Na ausência de manifestação de vontade do falecido, seus bens são transmitidos a quem o legislador elege como herdeiro. Até se poderia chamar a sucessão legítima de **testamento tácito**, pois, ao deixar o *de cujus* de dispor sobre seus bens, significa que concorda que o seu patrimônio passe às pessoas enumeradas pela lei.⁵ Com efeito, quando o titular do patrimônio opta por não testar, o que ele faz é atribuir plena legitimidade sucessória às pessoas indicadas pelo legislador.⁶

A **legítima** – parte preservada aos herdeiros necessários – é intangível: não pode ser reduzida e nem sujeitar-se a ônus, encargos, gravames ou condições. Também não pode ser objeto de legado, usufruto, fideicomisso, pensão, habitação ou de outros direitos dessa natureza. Quaisquer determinações que desfalquem a legítima são ineficazes (CC 1.967).⁷

A lei reserva a **metade** dos bens da herança (CC 1.846) aos herdeiros necessários: descendentes, ascendentes e cônjuge (CC 1.845). Nessa nominata, não se encontra o companheiro da **união estável**. A este, a lei atribui fração da herança em **concorrência** com todos os demais herdeiros – descendentes e ascendentes e colaterais (CC 1.790).

O tratamento discriminatório do companheiro frente ao cônjuge sobrevivente no âmbito sucessório foi proclamado como **inconstitucional** pelo Supremo Tribunal Federal.⁸ Decisão de repercussão geral com edição de tese de repercussão geral.⁹

Como no julgamento não foi feita referência ao art. 1.845 do Código Civil, Mário Delgado sustenta que o companheiro sobrevivente não é herdeiro necessário.¹⁰ Porém, no próprio enunciado da tese emitida

5. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 18.
6. Francisco Cahali, Sujeitos da Sucessão, 18.
7. Zeno Veloso, Direito hereditário do cônjuge e do companheiro, 27.
8. STF, RE 646.721/RS, T. Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Luis Roberto Barroso, j. 10/05/2017.
9. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.
10. Mário Luiz Delgado, O cônjuge e o companheiro deveriam figurar como herdeiros necessários?, 52.

pelo Supremo Tribunal Federal, é reconhecida como inconstitucional a **distinção de regimes sucessórios** entre cônjuges e companheiros. Ou seja, toda e qualquer distinção. A referência, exclusivamente, a um dispositivo legal (CC 1.790), não significa que somente este foi atingido pelo julgamento.

Quanto à fração a que fazem jus, cônjuge e companheiro a título de **concorrência sucessória**, são **herdeiros necessários**, pois contemplados por determinação legal. O autor da herança não pode dispor em testamento sobre a legítima (CC 1.857 § 1.º). O máximo que pode fazer é identificar os bens que integram o quinhão do herdeiro (CC 2.014). No entanto, não pode estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa (CC 1.848 § 1.º).

Todos os herdeiros – parentes em linha reta, colaterais até o quarto grau, cônjuge ou companheiro – dispõem de **legitimidade** para suceder. Legitimidade que decorre do fato de a lei os consagrar herdeiros. Daí **herdeiros legítimos**. Dentre eles, uns são considerados **necessários**, pois não podem ser privados da condição de herdeiro. A não ser, é claro, que sejam deserdados ou venham a ser declarados indignos. Os herdeiros, ainda que necessários, não são obrigados a permanecer com a herança – podem renunciar a ela ou cedê-la a quem desejar.

Os parentes mais distantes são incluídos no rol dos **herdeiros facultativos**, pois podem ser privados da herança. Este é o critério que serve para dividir a sucessão legítima em necessária e facultativa. Quando o autor da herança é casado, tem descendentes ou ascendentes, necessariamente a metade de seu patrimônio a eles se destina – por isso, **sucessão necessária**: decorre da existência de herdeiros necessários. É facultativa a sucessão quando o *de cujus*, ao morrer, tinha somente parentes colaterais de segundo, terceiro ou quarto grau: irmãos, sobrinhos, tios, sobrinhos-netos, tios-avós ou primos. Todos têm legitimidade para herdar, daí **sucessão legítima**. Mas só herdam se o falecido não tinha herdeiros necessários, ou se ele não destinou todo o patrimônio aos herdeiros testamentários. O testador pode afastar os herdeiros facultativos da sucessão de duas maneiras: excluindo-os imotivadamente, por meio de testamento, ou dispondo de seus bens sem os contemplar (CC 1.850).

Proposital a exclusão da **união estável** da nominata da sucessão legítima. Não há qualquer justificativa para a lei outorgar tratamento desigual ao viúvo e a quem vivia em união estável com o *de cujus*. Essa justificável diferenciação foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer **inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e**

companheiros. Ou seja, o companheiro sobrevivente deve ser reconhecido como herdeiro necessário.

Prevalece a sucessão legítima quando **inexiste testamento**. É o que diz a lei (CC 1.788). Também com referência aos **bens não incluídos no testamento**, são chamados a suceder os herdeiros legítimos. A outra hipótese em que a transmissão ocorre segundo o critério legal é quando o testamento **caduca** ou é julgado **nulo**. Nenhuma dessas expressões é muito feliz. Caducar quer dizer que o testamento, mesmo válido, não é eficaz. A lei elenca as hipóteses de **caducidade** (CC 1.939). Mas existem outras causas que subtraem eficácia ao testamento, como por exemplo, quando ocorre o seu **rompimento**, isto é, quando surgem herdeiros necessários depois da sua feitura (CC 1.971).

Igualmente inadequada a referência legal a “testamento julgado nulo”. Já Clóvis Bevilacqua censurava esta expressão: o pecado técnico está em usar o vocábulo nulo para significar **nulo** ou **anulado**.¹¹ Existem **espécies de invalidades**: o nulo (CC 166) e o anulável (CC 171), e diversa é a natureza da demanda que declara a nulidade daquela que anula o testamento. A sentença que reconhece a nulidade absoluta dispõe de **eficácia declaratória**: declara nulo o testamento. Já na ação anulatória, flagrada nulidade relativa, a sentença dispõe de carga de **eficácia desconstitutiva**: anula o testamento. De qualquer forma, como lembra Maria Helena Diniz, a expressão “julgar nulo” compreende tanto o ato nulo como o anulável, pois ambos pressupõem a necessidade da intervenção judicial.¹²

11.5. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Como sugere o próprio nome, sucessão testamentária é a transmissão da herança por meio de **testamento**. Ocorre quando houve manifestação de vontade da pessoa – claro que enquanto viva estava – elegendo quem deseja que fique com o seu patrimônio depois de sua morte. A sucessão legítima é a regra e a testamentária, a exceção.¹³ Os herdeiros testamentários só recebem o que lhes deixou o testador se existirem bens depois de pagas as dívidas do espólio e estiver garantida a legítima dos herdeiros necessários.

11. Clóvis Bevilacqua, Código Civil, v. 6, 10.

12. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 19.

13. Ibidem.

Todas as pessoas têm liberdade para testar, ou seja, fazer disposições juridicamente eficazes sobre seu patrimônio para depois de sua morte.¹⁴ Mas a liberdade não é absoluta. Não pode dispor da totalidade da herança quem tem **herdeiros necessários** (CC 1.857 § 1.º). É a lei que elege os herdeiros necessários (CC 1.845). O Supremo Tribunal Federal incluiu nesse rol o companheiro sobrevivente. A eles é assegurada a metade dos bens da herança (CC 1.846). Portanto, o testador pode dispor da totalidade de seus bens se não tiver filhos, netos ou bisnetos, nem pais, avós ou bisavós, não for casado e nem viver em união estável. Quando tiver herdeiros necessários, a eles é reservada a legítima: metade do seu patrimônio.

A existência de somente **herdeiros legítimos** – colaterais até o quarto grau – não impede que o testador disponha de todos os seus bens. No entanto, se for casado, a depender do regime de bens, parte de seus bens cabe ao cônjuge sobrevivente a título de **concorrência sucessória**. Também quem vive em união estável não pode legar a totalidade do seu patrimônio, pois o companheiro é herdeiro necessário. Essa é a interpretação que vem prevalecendo em face da decisão de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal. De qualquer modo, o companheiro dispõe de direito concorrente, no mesmo molde que o viúvo.

O testador tem liberdade de dispor da parte disponível de sua herança a quem lhe aprouver. Limitando-se a deixar seu patrimônio, ou fração dele, a uma ou mais pessoas, estes são **herdeiros testamentários**. Como recebem fração ideal do acervo hereditário, ocorre a transmissão a título **universal**. Pode beneficiar tanto pessoas estranhas à ordem de vocação hereditária como os próprios herdeiros. O herdeiro testamentário pode ser, inclusive, pessoa que ainda não nasceu e nem sequer foi concebida. Também podem ser contempladas pessoas jurídicas já constituídas ou entidade para se transformar em fundação (CC 1.799).

Nada impede que o testador beneficie os próprios **herdeiros necessários** com a parte disponível de seu patrimônio. Nesta hipótese não necessita respeitar a igualdade dos quinhões, princípio que só prevalece quanto à sucessão legítima. O que o herdeiro receber por vontade do testador não se confunde com a herança a que faz jus como herdeiro legal. Assim, além de necessário, ele é também herdeiro testamentário.

Caso as disposições testamentárias **ultrapassem a parte disponível** dos bens, tal não compromete a **higidez** do testamento. É considerado **ineficaz** o que exceder o limite da disponibilidade de testar. Excluído o

14. Salomão de Araújo Cateb, Direito das sucessões, 32.

excesso de modo a não comprometer o quinhão dos herdeiros necessários, no mais tudo é válido (CC 1.967). A redução vem em defesa da legítima, funciona como sanção, uma correção diante do excesso praticado pelo testador. O excedente não é nulo, mas redutível, decotável. Como bem alerta Zeno Veloso, expressou-se mal o legislador, falou atecnicamente, disse mais do que queria no § 1.º do art. 1.857 do CC, ao afirmar que a legítima dos herdeiros necessários não pode ser “incluída no testamento”. Trata-se de uma fórmula equívoca que não traduz a realidade. O que não pode o testador, se tem herdeiros necessários, é **dispor** da metade dos bens da herança que constitui a legítima.¹⁵

Não atribuindo o testador a totalidade da parte disponível de seus bens aos herdeiros testamentários, o restante é destinado aos herdeiros necessários ou legítimos. Igualmente ficará para os herdeiros a totalidade dos bens na hipótese de o testamento ser **nulo** ou vir a ser **anulado**. Também em caso de **caducidade** – ou melhor, ineficácia – se tem o testamento como não escrito e a totalidade do acervo patrimonial resta para os herdeiros legais: necessários ou legítimos. Tal ocorre por força do **princípio da sobra** (CC 1.788).¹⁶ Na hipótese de inexistirem herdeiros legítimos, os bens são recolhidos como **herança jacente**, por não terem dono. Depois de declarada a **vacância**, o acervo é atribuído ao ente público onde se localizam os bens.

11.6. LEGADO

Por meio de testamento é possível atribuir bens determinados a determinadas pessoas. É o que se chama de **legado**: um ou vários bens atribuídos a alguém pelo testador. Podem ser bens certos ou bens fungíveis (CC 85).

Os beneficiários recebem o nome de **legatários** e são sucessores a **título singular**. Só existe legado – e consequentemente a figura do legatário – no testamento. Se o testamento for nulo, não há legado.¹⁷

O valor dos bens legados não pode comprometer a legítima dos herdeiros necessários. Havendo excesso, ou seja, deixando o testador para o legatário mais do que podia dispor, nem por isso o testamento é inválido. Cabe simplesmente reduzir o valor do legado, atribuindo ao beneficiário menos bens ou fração do bem que lhe foi destinado.

15. Zeno Veloso, Direito hereditário do cônjuge e do companheiro, 26.

16. Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Direito Civil, 355.

17. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 9.

Pode ser instituído legado a favor tanto dos herdeiros legítimos como dos herdeiros testamentários. Nada impede que alguém, que seja herdeiro legítimo, necessário ou testamentário, também seja legatário.

Bens de pequeno valor podem ser atribuídos a legatários por meio de **codicilo** (CC 1.881 a 1.885).

11.7. SUCESSÃO MISTA

A sucessão decorre da lei ou de ato de vontade, por meio de testamento. Quem tem herdeiros – necessários ou facultativos – e não faz testamento aceita que a sucessão ocorra segundo os critérios legais. É o que se chama de sucessão **legítima**.

Somente na hipótese de o testador não ter herdeiro nenhum, ou ter somente herdeiros facultativos, é que pode legar todos os seus bens por meio de testamento. A sucessão é exclusivamente **testamentária**.

Mas essas duas modalidades podem ocorrer simultaneamente, daí sucessão mista: quando concorrem à herança herdeiros legítimos e testamentários. Neste caso o testador não pode dispor de todos os seus bens, só da metade. Precisa preservar a legítima. Os bens objeto do testamento pertencem à **parte disponível**. A extensão da parte disponível da herança depende da existência ou não de herdeiros necessários, podendo corresponder ou à totalidade ou à metade do acervo sucessório.

Caso os bens legados invadam a legítima dos herdeiros necessários, tal não afeta a validade do testamento. Os sucessores testamentários serão contemplados até o limite da parte disponível. As disposições testamentárias são **ineficazes** no que ultrapassarem o direito dos herdeiros necessários.

Quando o testador dispõe de somente parte de seu patrimônio, na hipótese de inexistirem herdeiros, nem necessários nem facultativos, o que não for objeto do testamento é considerado herança jacente.

11.8. PACTO SUCESSÓRIO

A titularidade dos bens acaba por ocasião da morte. Ocorre a automática transferência do patrimônio do falecido aos seus herdeiros. A escolha de quem receberá a herança é feita pela lei ou pelo seu titular, por meio de **testamento**. Existindo herdeiros necessários, os bens são transferidos a eles. Deixado o *de cujus* testamento, os herdeiros testamentários recebem os bens. Estas são as únicas formas admissíveis de ocorrer a sucessão em decorrência da morte.

De forma expressa a lei proíbe o pacto sucessório, chamado de **pacta corvina** (CC 426): *não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva*. A vedação decorre da revogabilidade do testamento, que é um de seus elementos essenciais.¹⁸ No dizer de Rolf Madaleno, dois argumentos impulsionam tal proibição: o pacto sucessório restringe a liberdade de testar e resultaria odioso e imoral especular sobre a morte de alguém para obter vantagem patrimonial, podendo suscitar o desejo da morte pela cobiça de haver os bens.¹⁹

Qualquer avença que afronte esta vedação legal é nula (CC 166 VI). Também é nula a convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei (CC 1.655). Assim, não pode ser pactuada a exclusão do direito à herança. Podem os noivos fazer **doações** um ao outro com cláusula de incomunicabilidade (CC 1.668 IV). Tal possibilidade não configura sucessão futura. A doação não pode exceder à metade do patrimônio do doador (CC 549), uma vez que, com o casamento, o cônjuge se torna herdeiro necessário (CC 1.845).

Não se pode reconhecer como pacto sucessório a possibilidade de o ascendente proceder à **partilha** da parte disponível dos seus bens por ato entre vivos (CC 2.018). Da mesma forma, não é pacto sucessório a **doação** feita pelos ascendentes aos descendentes, o que configura adiantamento de legítima (CC 544). Isso porque ambas as liberalidades são levadas a efeito pelo titular, não pelos herdeiros.

A doutrina vem defendendo a flexibilização desta vedação, pelo fato de o direito sucessório estar atrelado ao regime de bens, em total desrespeito à vontade dos cônjuges e companheiros. Deste modo, via pacto antenupcial ou contrato de convivência, seria admissível a renúncia prévia do **direito de concorrência**.²⁰ Fabiana Domingues Cardoso sustenta a possibilidade de os consortes pactuarem a modificação do regime de bens diante da morte de um deles, pois não estariam clausulando a herança, mas alterando a modificação ao primitivo regime de bens.²¹

18. Orosimbo Nonato, Estudos sobre sucessão testamentária, v. 1, 33.

19. Rolf Madaleno, A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos..., 24.

20. Neste sentido: Rolf Madaleno, Renúncia de herança no pacto antenupcial, 57 e Mário Luiz Delgado, Da renúncia prévia ao direito concorrencial...

21. Fabiana Domingues Cardoso, Regime de bens e pacto antenupcial, 184.

LEITURA COMPLEMENTAR

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito das sucessões*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 6.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

NOGUEIRA, Claudia de Almeida. *Direito das Sucessões*. Comentários à parte geral e à sucessão legítima. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

12

CAPACIDADE SUCESSÓRIA

Sumário: 12.1. Quem pode suceder – 12.2. Nascituro – 12.3.

Técnicas de reprodução assistida – 12.4. O que não dispõe de capacidade sucessória – Leitura complementar.

Referências legais: LINDB 10 § 2.º; CC 62, 550, 1.597 III, IV e V, 1.788, 1.798 a 1.803; CPC 650; Lei 11.105/2005 (Lei da Biossegurança); Dec. 5.591/05; Resolução CFM 2.168/2017 (Reprodução assistida).

12.1. QUEM PODE SUCEDER

Quem pode suceder? Qualquer pessoa que já tenha nascido ou tenha sido concebida. Quando? No momento do falecimento do autor da herança. Estas duas regras dizem com a **legitimidade passiva**, tanto na sucessão legítima como na sucessão testamentária. A **legitimidade para suceder** é regida pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão. Trata-se de regra de direito intertemporal (CC 1.787). Nesta data o herdeiro precisa ter nascido ou já ter sido concebido (CC 1.798). A exceção fica por conta do fideicomisso, em que pode ser contemplada pessoa não concebida ao tempo da morte do testador (CC 1.952).

Na sucessão testamentária há a exigência de **capacidade de testar** (CC 1.860), que identifica quem pode fazer testamento. Também ao tratar dos codicilos há referência à **capacidade** (CC 1.881). Ambos os dispositivos tratam da **capacidade** para eleger herdeiros por disposição de última vontade.

Apesar do uso indistinto dessas duas expressões, não dá para confundir capacidade e legitimidade. A **falta de capacidade** decorre da proibição imposta pela lei para determinada pessoa intervir em qualquer relação jurídica. Já a **ausência de legitimidade** se caracteriza pela inaptidão para a prática de determinado ato ou negócio jurídico, devido a condição que

lhe é peculiar. Assim, o **autor da herança** precisa ter **capacidade ativa** para testar. Já os **beneficiários** – quer na sucessão legítima, quer na testamentária – precisam ter **legitimidade passiva** para herdar.

Capacidade sucessória não se confunde com **capacidade civil**. Alguém pode ser incapaz para os atos da vida civil, o que não lhe subtrai capacidade para suceder, e vice-versa: quem não pode ser herdeiro pode gozar da plena capacidade civil. A capacidade civil é a aptidão de uma pessoa para exercer, por si, os atos da vida civil; é o poder de ação no mundo jurídico.¹ Legitimidade sucessória é a aptidão da pessoa para receber os bens deixados pelo *de cuius*. A incapacidade para suceder identifica-se com o impedimento legal para receber a herança.² A apuração da **capacidade testamentária** é feita no momento da morte do autor da herança, não retroagindo à data em que foi lavrado o testamento.

O titular do direito hereditário chama-se **herdeiro**, ou seja, quem recebe os bens de quem faleceu. No momento da morte acontece a abertura da sucessão, transmitindo-se a herança aos herdeiros legítimos e testamentários (CC 1.784). Herdeiros **legítimos** são os que integram a ordem de vocação hereditária (CC 1.829). **Testamentários** são os herdeiros eleitos por testamento. Se o autor da herança não deixou testamento, quando de sua morte os bens transmitem-se aos herdeiros legítimos (CC 1.788). Se for um único herdeiro, tem ele o direito de adjudicar toda a herança. Nem precisa inventário. Havendo mais de um herdeiro, ou quando através do testamento foram contemplados **herdeiros testamentários**, todos recebem uma fração ideal da herança, sem a determinação dos bens (CC 1.791). A individualização do patrimônio de cada um dos coerdeiros ocorre por ocasião da partilha. Como tanto o herdeiro legítimo como o testamentário são cotitulares de toda ou de fração da universalidade de bens que compõem a herança, são sucessores a **título universal**. Já o legatário, que é contemplado no testamento com bens individualizados, é sucessor a **título singular**.

Para adquirir a herança, o **herdeiro legítimo** deve existir no momento da abertura da sucessão para que ela lhe seja transmitida (CC 1.798). Somente pessoas já nascidas ou já concebidas – os nascituros com vida intrauterina e os embriões concebidos *in vitro* – têm capacidade sucessória. O princípio é o da coexistência. Caio Mário traz a exceção: a hipótese de a mãe falecer no trabalho de parto. Retirado o filho de suas entranhas,

1. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 1, 47.

2. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 29.

ele dispõe de capacidade para suceder, embora não tenha coexistido com a mãe.³

Não é igual o rol dos legitimados à sucessão legítima e testamentária. As pessoas nascidas ou já concebidas têm legitimidade para herdar em qualquer das duas modalidades sucessórias (CC 1.798). Somente pessoas físicas, ainda que não nascidas, mas já concebidas, têm capacidade para suceder como herdeiros legítimos. Na sucessão testamentária há um maior número de legitimados. Por meio de testamento é possível instituir outros beneficiários: pessoas nem sequer concebidas, pessoas jurídicas e até pessoas jurídicas ainda não constituídas, cuja organização seja determinada pelo testador sob a forma de fundação (CC 1.799). Em contrapartida, há impedimentos à sucessão testamentária que não existem na sucessão legítima (CC 1.800 a 1.802).

A **pessoa ainda não concebida** tem legitimidade para ser herdeiro testamentário (CC 1.799 I). É o que ainda se chama de **prole eventual**, ainda que não use mais a lei esta expressão. Melhor falar em **filiação eventual**. Para instituir herdeiro mesmo antes de ser concebido, o testador deve indicar a pessoa cujo filho quer contemplar.

As **pessoas jurídicas** não têm capacidade ativa para fazer testamento pelo simples fato de não serem pessoas físicas. Como não integram a ordem de vocação hereditária, não têm chance de participar da sucessão legítima. No entanto, podem ser beneficiadas por meio de testamento. Possuem **legitimidade passiva** de receber por testamento, como herdeiras testamentárias ou legatárias. Mas precisam já estar constituídas (CC 1.799 II). Ainda assim é possível que o testador determine a organização de fundação para que sejam contempladas (CC 1.799 III).

A herança não pode cair no vazio, precisa ser atribuída a alguém. Se no instante da abertura da sucessão o primeiro integrante da ordem sucessória já tiver morrido, são convocados a suceder outros herdeiros da mesma classe. Se for ele o único de uma classe, o acervo passa aos herdeiros da classe subsequente, obedecendo à **ordem de vocação hereditária**: descendentes, ascendentes, cônjuge, herdeiros colaterais e companheiro. Inexistindo herdeiros conhecidos, não ocorre a abertura da sucessão. A herança é recolhida como jacente. Declarada sua vacância, acaba entregue ao ente público municipal em que os bens se situam.

3. Idem, 31.

Esta regra comporta exceções. Uma delas é o caso de **comoriência** (CC 8.º), ou seja, quando pessoas, que são herdeiras umas das outras, falecem no mesmo evento. Não se conseguindo identificar o exato momento do falecimento de cada um, exclui-se a sucessão entre eles.⁴ Sem saber quem é herdeiro de quem, um não herda do outro. A transmissão acontece aos sucessores de cada um deles.

A lei do domicílio do herdeiro ou legatário vigente ao tempo da abertura da sucessão é que regula a capacidade para suceder (LINDB 10 § 2.º).

12.2. NASCITURO

A **personalidade civil** começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção (CC 2.º). Quem já foi concebido, mas ainda não nasceu tem capacidade sucessória (CC 1.798). Caso ocorra a venda de bem indivisível, o quinhão do nascituro ficará **reservado** em poder do inventariante até o seu nascimento (CPC 650). Inclusive ele fará jus ao recebimento de **seguro**.⁵ Como alerta Guilherme

4. [...] Comoriência. Transmissão da herança entre os comorientes. Impossibilidade. Meação. Ressalva. [...] Diante da impossibilidade de se identificar o exato momento da morte dos cônjuges em acidente automobilístico, impõe-se a presunção da morte simultânea – comoriência, na forma do art. 8º do CC/02. Nesse contexto, não há de se falar em transmissão de herança entre eles, recaindo sobre o único herdeiro necessário o direito relativo aos bens integrantes do patrimônio particular da de cujus. Quanto à meação, esta recairá tão somente sobre os valores de FGTS e PASEP depositados na constância do casamento, devendo, pois, esta quantia, ser abatida do montante que se pretende levantar via alvará judicial. (TJMG, AC 1.0216.13.003338-6/004, 6.ª C. Cív., Rel. Yeda Athias, j. 23/08/2016).

5. Seguro DPVAT. Morte. Ação de cobrança. Concessão de indenização securitária. Nascituro. Assegurados os direitos desde a concepção. Teoria concepcionista. Indenização securitária devida. Correção monetária. Súmula 580 do STJ. 1. A Lei nº 6.194/1974 instituiu o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não, de índole essencialmente social, conhecido como Seguro DPVAT, compreendendo indenizações por morte, invalidez permanente total ou parcial e despesas com assistência médica e suplementar, com uma cobertura objetiva a pessoas expostas a riscos de danos pessoais causados por veículos automotores ou pela sua carga. 2. Percebe-se nos autos que houve acidente automobilístico em que a vítima, autora grávida, sofreu graves lesões corporais conforme o boletim de ocorrência juntado aos autos. Cabe mencionar também que a perícia realizada confirmou, inclusive, o falecimento do feto dias após o acidente por decorrência deste. Fato incontroverso nos autos. 3. Diante das questões levantadas nos autos, quanto aos direitos do nascituro, destaca-se o art. 2º do Código Civil Brasileiro, o qual reconhece os direitos do nascituro de acordo com a Teoria Conceptionista, ou seja, ressalva os direitos

Calmon Nogueira da Gama, atualmente é perfeitamente admissível buscar a fundamentação jurídica para a capacidade sucessória condicional do nascituro com base no valor e princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.⁶ A lei exige que o **herdeiro legítimo** tenha sido concebido por ocasião do falecimento do autor da herança. Porém, não há tal exigência na sucessão testamentária. É possível ser instituído como **herdeiro testamentário** alguém que não foi sequer concebido. Trata-se da **filiação eventual**, que ainda se insiste em chamar de prole eventual (CC 1.799 I). Também é o que ocorre no **fideicomisso** (CC 1.952).

É infindável a discussão sobre a existência ou não de personalidade jurídica do nascituro. Há duas teorias. A teoria **natalista** invoca a parte inicial do art. 2.º do Código Civil: *a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida*. Sustenta que a aquisição da personalidade se opera a partir do nascimento com vida, donde é razoável o entendimento de que, não sendo pessoa, o nascituro possui mera expectativa de direito.⁷ Já a teoria **conceptualista** focaliza a parte final do mesmo art. 2.º: *a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*. Segundo esta corrente, o nascituro adquire personalidade jurídica desde a concepção e, a partir desta data, é considerado pessoa. A titularidade diz com os direitos de personalidade e não direitos de cunho patrimonial, que estão sujeitos ao nascimento com vida. Quando tal ocorre, o nascituro torna-se de imediato titular da herança, fazendo jus aos seus frutos e rendimentos desde a abertura da sucessão.⁸ Esta é a posição que prevalece em sede jurisprudencial.

Em face das novas técnicas de **reprodução humana assistida**, há toda uma nova discussão sobre o conceito de nascituro. Tratando-se de fecundação *in vitro*, realizada em laboratório, questiona-se se há necessidade de implantação do embrião no útero materno, para que se possa falar em nascituro: pessoa por nascer.

do nascituro desde sua concepção. Nesse sentido, considerando a ocorrência do falecimento do feto devido ao acidente automobilístico, cabível a indenização no valor integral, devendo ser repassado aos seus genitores, uma vez que salvaguardado os direitos do nascituro, devendo este ser legalmente protegido desde a sua concepção. 4. Tratando-se de matéria de ordem pública, deve ser alterado de ofício o arbitramento da correção monetária a ser contado desde a data do evento danoso, nos termos da Súmula 580 do STJ. Apelação desprovida e, de ofício, alterado o termo inicial da correção monetária. (TJRS, AC 70075611913, 5.ª Câmara Cív., Rel. Lusmary Fatima Turelly da Silva, j. 28/03/2018).

6. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Direito Civil*, v. 7, 169.
7. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso de Direito Civil*, v. 1, 91.
8. Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito Civil*, 244.

Somente expectativas de direito são resguardadas ao nascituro. A aquisição da capacidade sucessória está sujeita à ocorrência de **condição suspensiva**: o nascimento com vida. Assim, o nascituro se coloca como dotado de capacidade sucessória passiva condicional, já que ainda não tem personalidade civil.⁹ Se o nascituro não sobreviver ao parto, ou seja, não nascer com vida, não adquirirá a condição de herdeiro. Nesta hipótese, a herança a que faria jus retorna ao acervo sucessório para ser dividida entre os demais sucessores. Porém, se sobreviver, ainda que por poucos momentos, assumirá a condição de herdeiro e a ele se transmitirá a herança. Mesmo que venha a morrer logo após o nascimento, os bens recebidos são transmitidos aos seus sucessores. Essas diferentes consequências levam a toda uma controvérsia, que adentra mais na área da medicina legal, para identificar quer o momento do nascimento, quer a existência de vida, quer o momento da morte. Porém, este é um assunto que foge ao âmbito jurídico, pois o juiz há que se louvar no que se encontra afirmado na certidão de óbito.

Aberta a sucessão antes do nascimento do herdeiro, caberá nomeação de um **curador**, que se costumava chamar de “curador ao ventre”. Em boa hora o CPC eliminou esta figura ao não mais prever o procedimento de posse em nome do nascituro. Afinal, o nascituro tem seus direitos garantidos e são representados pela genitora.

Quando da morte do genitor, há a possibilidade – melhor, a necessidade – de constar no **registro de óbito** a existência de filho nascituro. Caso os genitores não sejam casados, é a forma de evitar a propositura de ação declaratória de filiação para que ocorra o seu reconhecimento. Figuram em jogo os princípios da dignidade humana (da genitora e do nascituro), da publicidade e da segurança jurídica.¹⁰

O fato de o herdeiro não ser nascido não impede nem o inventário nem a partilha. Os bens ficam na posse da sua genitora, que é sua representante, ou de seus pais, se o filho for registrado em nome do casal. No entanto, como há a possibilidade de ocorrer o nascimento de herdeiros gêmeos, impõe-se a renovação da partilha.

12.3. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A lei faz referência às técnicas de reprodução assistida exclusivamente quando estabelece presunções de filiação. De forma injustificável, não há

9. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Direito Civil*, v. 7, 168.

10. Milson Paulin, *Nascituro: aspectos registraes e notariais*, 101.

qualquer previsão dos reflexos do uso desses procedimentos no âmbito do direito sucessório. O legislador, ao formular a regra contida no art. 1.798 do CC, não atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana, ao referir somente as pessoas já concebidas. Mais um cochilo que traz muitas incertezas.¹¹

O Código Civil gera a **presunção de paternidade** dos filhos concebidos por inseminação artificial. Estabelece relação paterno-filial de quem nasceu da manipulação laboratorial de material genético.¹² Quando a fecundação faz uso do sêmen do genitor, chama-se de **homóloga**, e o vínculo de filiação se estabelece mesmo depois de seu falecimento (CC 1.597 III). Dispõe da mesma presunção a gravidez levada a efeito a qualquer tempo através da implantação de **embriões excedentários** (CC 1.597 IV). Na fecundação **heteróloga**, a condição de filho independe do vínculo biológico (CC 1.597 V). Mesmo que tenha o autor da herança autorizado, por escrito, a fecundação depois de sua morte, questiona-se se o filho dispõe de direito sucessório, uma vez que não existia quando da abertura da sucessão. Claro que essas novidades alimentam acaloradas discussões e o surgimento de posições díspares, até porque a fecundação pode ocorrer anos após o falecimento de quem, em vida, manifestou o desejo de ter filhos.

A lei é só silêncio. Resolução do Conselho Federal de Medicina¹³ exige a expressa manifestação de vontade para o armazenamento e criopreservação de espermatozoides, óvulos e pré-embriões, e a Lei da Biossegurança¹⁴ se limita a proibir sua comercialização. O Código Civil, ao pôr a salvo o direito do nascituro (CC 2.º), não faz distinção entre concepção natural ou artificial. A presunção de paternidade só existe para nascimentos até 300 dias do falecimento do genitor (CC 1.597 II), o que afastaria direitos hereditários do embrião não implantado a tempo de nascer dentro deste prazo.

Para Silmara Chinellato, entre embrião implantado e não implantado pode haver diferença quanto à capacidade de direito, mas não quanto à personalidade.¹⁵ Sustenta que o conceito de nascituro abrange o embrião pré-implantatário, isto é, o já concebido e que apenas aguarda, *in vitro*, a implantação no ventre materno. E conclui: dispõe, portanto, de capacidade sucessória (CC 1.798), pois a norma não distingue o *locus* da concepção nem

11. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Direito Civil, v. 7, 169.
12. Francisco Cahali, Sujeitos da Sucessão, 21.
13. Resolução 2.168/17 do CFM.
14. Lei 11.105/05.
15. Silmara Juny Chinellato, Estatuto jurídico do nascituro, 48.

impõe que seja implantado. Exige somente a concepção.¹⁶ Sob os conceitos biológico, teleológico e filosófico tradicionais, **pessoa** é o ser humano em seu aspecto virtualmente racional, desde a concepção, dotado de ação ainda que em potencial, por meio do pensamento e da vontade. É o indivíduo racional, naturalmente capaz de querer. O **conceito jurídico** de pessoa não coincide com o conceito biológico e nem teleológico.¹⁷

A tendência que vem se consolidando em sede doutrinária é de afastar o vínculo sucessório quando a implantação ocorre depois da abertura da sucessão, sob o fundamento de que, pelo princípio de *saisine*, é indispensável a existência de herdeiro ao menos concebido para que ocorra a transferência da herança.¹⁸ Esta posição não é unânime.¹⁹ Eduardo de Oliveira Leite faz uma distinção: reconhece o direito sucessório somente no caso de já ter havido a concepção *in vitro*, quando da morte do genitor, ainda que a implantação ocorra posteriormente.²⁰ No mesmo sentido Silmara Chinelato, que distingue a existência de embrião por ocasião da morte do pai ou apenas de sêmen destinado à fertilização homóloga. No primeiro caso, reconhece a capacidade sucessória aplicando-se as mesmas regras relativas ao nascituro. Se existir apenas gameta masculino não utilizado na fertilização, admite somente a sucessão testamentária como prole eventual.²¹

É difícil dar mais valor a uma ficção jurídica do que ao princípio constitucional da igualdade assegurada à filiação (CR 227 § 6.º). Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798), e até às pessoas ainda não concebidas (CC 1.799 I e 1.952), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*. É necessário dar ao dispositivo interpretação constitucional, pois o filho nascido de concepção póstuma ocupa a classe dos herdeiros necessários. A normatização abrange não apenas as pessoas vivas e concebidas no momento da abertura da sucessão, mas também os filhos concebidos por técnica de reprodução humana assistida

16. Idem, 74.

17. Sérgio Abdalla Semião, Biodireito & Direito concursal:..., 176.

18. Neste sentido: Paulo Lôbo, Direito Civil: Sucessões, 79; Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 32; e Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A nova filiação, 937.

19. Francisco Cahali e Giselda Hironaka, Curso avançado de Direito Civil, v. 6, 132.

20. Eduardo de Oliveira Leite, Comentários ao novo Código Civil, v. 21, 109.

21. Silmara Juny Chinellato, Estatuto jurídico do nascituro, 76.

post mortem.²² Sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, é descabido afastar da sucessão quem é filho e foi concebido pelo desejo do genitor. Como bem observa Carlos Cavalcante de Albuquerque Filho, existe uma interpretação equivocada em que se observam direitos de terceiros e se olvida o direito da criança engendrada nessas circunstâncias, em que é assegurado o reconhecimento da filiação.²³

O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao **planejamento familiar** que tem origem no princípio da liberdade. É impensável cercear este direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter às técnicas de reprodução assistida. Na **concepção homóloga**, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opera a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*. A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a classe dos herdeiros necessários.

Não se pode admitir que apenas com a existência de testamento, estaria assegurado ao filho concebido após a morte do pai, o direito sucessório. Os filhos devem ter tratamento isonômico. Todos pertencem à classe dos herdeiros legítimos e necessários, com direito à herança.²⁴ Enunciado das Jornadas do Conselho da Justiça Federal exige a autorização escrita do marido para o uso de seu material genético após a morte.²⁵

Na **concepção heteróloga** – fertilização artificial por doador – é indispensável a autorização de quem desejava o filho. O consentimento é retratável até a concepção; depois, não mais. Ausente a expressa concordância, não há como falar em capacidade sucessória, pois não há nem vínculo biológico nem manifestação escrita do falecido. Quando foi autorizada a fertilização *post mortem*, é irrelevante a data em que ocorra o nascimento.

22. Dario Alexandre Guimarães Nóbrega, A reprodução humana assistida..., 57.

23. Carlos Cavalcante de Albuquerque Filho, Fecundação artificial *post mortem*..., 176.

24. Hildeliza Lacerda Tinoco Bechat Cabral e Mariane Ferraz Alves, Direitos sucessórios na fecundação artificial homóloga *post mortem*, 120.

25. JCJF – Enunciado 106: Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

O filho tem assegurado direito sucessório. Havendo a autorização, sem expressa manifestação sobre a possibilidade de fertilização após a morte, nem por isso é possível excluir o direito de quem nasceu com o consentimento daquele que o desejava como filho. O fato de o genitor ter morrido não pode excluir vínculo de filiação que foi aceito em vida. Vedar reconhecimento e direito sucessório a quem foi concebido mediante fecundação artificial depois da morte pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada. Pune-se o desejo de realizar um sonho.²⁶

Mesmo quem reconhece direito sucessório ao filho concebido mediante fecundação artificial póstuma se inclina a estabelecer o **prazo de dois anos** para que ocorra a concepção, por analogia ao prazo para a concepção da filiação eventual (CC 1.800 § 4.º). Esta limitação não tem qualquer justificativa. Não se pode discriminar o filho havido *post mortem* concebido com sêmen do pai pré-morto depois do prazo de dois anos.²⁷ A tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que veio a nascer, ainda que depois de alguns anos. Basta lembrar que não há limite para o reconhecimento da filiação por meio de investigação de paternidade, e somente o direito de pleitear a herança é que prescreve no prazo de 10 anos (CC 205).

As mais variadas técnicas de reprodução assistida estão sendo utilizadas pelas **famílias homoafetivas**, o que gera algumas resistências ao reconhecimento do vínculo de filiação. Apesar de a Justiça deferir tanto a adoção como o duplo registro em nome de duas pessoas do mesmo sexo, ainda há resistência em autorizar que o registro ocorra quando do nascimento. A tendência é determinar que se aguarde o nascimento para depois ser deferido o registro. A restrição é para lá de absurda. Afinal, na gestação por substituição de há muito é autorizado que o registro seja feito em nome da mãe e não da gestante. Ao depois, existe a presunção de paternidade quando os pais são casados ou vivem em união estável. Desse modo, nada justifica negar autorização para o duplo registro no momento do nascimento, fato que tira do filho o direito à identidade, um dos mais preciosos atributos da personalidade. Descabido impedir que o filho usufrua dos benefícios com relação aos dois pais, desde o nascimento, bem como negar o exercício da licença-maternidade ou licença-paternidade a quem também é pai ou mãe.

Já começou a jurisprudência a reconhecer a **multiparentalidade**, ou seja, que o filho seja registrado em nome de mais de um pai e uma mãe,

26. Carlos Cavalcante de Albuquerque Filho, *Fecundação artificial post mortem...*, 190.

27. Silmara Juny Chinellato, *Estatuto jurídico do nascituro*, 77.

possibilidade que surge quando o projeto parental envolveu mais de duas pessoas.²⁸ O reconhecimento da multiparentalidade, inclusive, já foi objeto de apreciação pelo STF, que firmou a tese de repercussão geral.²⁹ Admitido o registro em nome de todos os pais e avós, estão assegurados direitos sucessórios do filho em relação a todos.

Questionamentos que sempre surgem é se, no caso de duas mães, ambas fazem jus à licença-maternidade, ou, sendo dois pais, se nenhum deles pode desfrutar de tal benefício. Visando solver esta controvérsia é que a Comissão da Diversidade Sexual e Gênero da OAB elaborou o Projeto do Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero que foi encaminhado ao Senado Federal, por iniciativa popular, acompanhado de 100 mil assinaturas.³⁰ No projeto está proposta a adoção da **licença-natalidade**, pelo prazo de seis meses, a ser usufruída por ambos os genitores nos primeiros 15 dias. No período subsequente, por qualquer deles, de forma não cumulada.

12.4. O QUE NÃO DISPÕE DE CAPACIDADE SUCESSÓRIA

Somente **pessoas físicas** têm capacidade sucessória. Além dessas, as **pessoas jurídicas** podem ser beneficiadas por meio de testamento.

Não há como falar em sucessão de qualquer espécie em favor de seres inanimados, ou de um irracional. As coisas não podem ser sujeitos

28. Ação de reconhecimento de filiação socioafetiva com registro de multiparentalidade. Vínculo biológico preexistente. Reconhecimento simultâneo do vínculo socioafetivo. Dupla maternidade. Possibilidade. Tese fixada pelo STF com repercussão geral. Sentença reformada. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao conceder repercussão geral ao tema n. 622, no *leading case* do RE 898060/SC, entendeu que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios. 2. Consoante se infere do referido julgado, houve uma mudança no entendimento sobre o tema da multiparentalidade, em virtude da constante evolução do conceito de família, que reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 3. *In casu*, constatada a coexistência de dois vínculos afetivos; quais sejam, com os pais socioafetivos e com a mãe biológica, não havendo qualquer oposição de nenhuma das partes sobre o reconhecimento da multiparentalidade, o seu reconhecimento é medida que se impõe. 4. Recurso provido. Sentença reformada. (TJDF, AC 1057315, 20160110175077, 5.ª T., Rel. Josapha Francisco dos Santos, j. 25/10/2017).
29. STF – Tema 622: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.
30. PEC 110/2010 e PLS 134/2018 (textos no site <www.direitohomoafetivo.com.br>).

de direito, faltando-lhes legitimação para suceder.³¹ Os animais, as almas, os santos, não podem suceder, pois não têm **personalidade jurídica**.³² No entanto, nada impede que o testador os favoreça, atribuindo herança ou legado a uma pessoa com o encargo de cuidar deles ou preservá-los.

LEITURA COMPLEMENTAR

- ALBUQUERQUE, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post mortem* e o Direito Sucessório. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. São Paulo: IOB/Thomson, 2006. p. 169-191.
- CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Bechat; ALVES, Mariane Ferraz. Direitos sucessórios na fecundação artificial homóloga *post mortem*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 29, ago.-set. 2012, p. 92-122.
- CAHALI, Francisco José. Sujeitos da sucessão: capacidade e legitimidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 15-26.
- CHINELLATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2007. v. 6, p. 43-81.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. O tratamento jurídico do nascituro e a questão do embrião *in vitro*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2019..
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 7, p. 168-183.
- NÓBREGA, Dario Alexandre Guimarães. A reprodução humana assistida *post mortem* e o direito sucessório do concebido – Uma interpretação constitucional da legitimidade sucessória a partir do princípio da isonomia. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ano XII, n. 20, fev.-mar. 2011, p. 39-59.
- PAULIN, Milson. *Nascituro: aspectos registraes e notariais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6.
- SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Biodireito & direito concursal: aspectos científicos do direito em geral e da natureza jurídica do embrião congelado*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

31. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. 6, 35.

32. Antônio Elias de Queiroga, *Curso de Direito Civil*, 9.

13

CLASSIFICAÇÃO DOS HERDEIROS

Sumário: **13.1.** Premissas – **13.2.** Classe – **13.3.** Grau – **13.4.** Linha – **13.5.** Critérios sucessórios: **13.5.1.** Descendentes; **13.5.2.** Ascendentes – Leitura complementar.

Referências legais: CR 227 § 6.º; CC 1.829 a 1.844.

13.1. PREMISSAS

A razão primeira do direito sucessório é identificar quem é herdeiro de quem, e depois dividir os bens entre eles. Esta não é uma tarefa fácil. Existe mais de um critério, além de várias nuances que é necessário atentar.

Há algumas premissas. Uma delas: **todos os parentes são herdeiros**. Como todos têm “legitimidade” para herdar, todos são **herdeiros legítimos**. Não só os parentes, também o cônjuge e o companheiro são herdeiros legítimos. No entanto, nem todos os legitimados a suceder fazem jus à herança. São herdeiros em potencial.

O legislador presume que laços afetivos geram dever de mútua assistência e tenta adivinhar quem a pessoa, ao morrer, gostaria de contemplar com o seu patrimônio. E, atento à proximidade com o *de cujus*, estabelece uma ordem de prioridade entre os herdeiros. É o que se chama de **ordem de vocação hereditária**.

Os herdeiros são divididos em **classes** e convocados segundo um duplo critério: (a) os primeiros eleitos são os parentes mais próximos; (b) a preferência é sempre dos descendentes frente aos ascendentes. Esta afirmativa é tão antiga que dispõe de uma forma latina que evidencia a preocupação de que os descendentes devem ser sempre os primeiros chamados a herdar: *amor primum descendit, deinde ascendit*.¹

1. Em tradução livre: o amor primeiro desce, depois sobe.

Dentro da respectiva **classe** também há uma ordem de prejudicialidade segundo o **grau** de parentesco. Como existe uma pluralidade de classes sucessórias e vários herdeiros em cada uma delas, nem todas as classes e nem todos os herdeiros de uma mesma classe são chamados à sucessão de uma só vez.² O fato de alguém integrar a ordem de vocação hereditária não lhe assegura, por si só, direito à herança. Nem pertencer à mesma classe sucessória garante participação na herança.

13.2. CLASSE

São quatro as classes de herdeiros (CC 1.829): descendentes, ascendentes, cônjuge e parentes colaterais. Os herdeiros são chamados à sucessão dentro da respectiva classe. Somente na hipótese de uma classe estar vazia (não ter qualquer herdeiro) é chamada a classe subsequente. Basta a presença de um único herdeiro de uma classe para afastar todos os que pertencem à classe seguinte.

Os que figuram em **primeiro lugar** são os parentes em **linha reta descendente**: filhos, netos, bisnetos etc. (CC 1.829 I). A ordem é excludente. Somente no caso de não existirem filhos, são convocados os netos. Os bisnetos só herdam se não existirem nem filhos nem netos.

Na classe seguinte se encontram os parentes em **linha reta ascendente**: pais, avós, bisavós etc. (CC 1.829 II). São convocados à sucessão caso não haja nenhum descendente. Ou seja, os avós herdam se não existirem pais vivos.

Seguindo a ordem sucessória, em terceiro lugar está o **cônjuge** (CC 1.829 III), único herdeiro cujo direito sucessório não decorre de vínculo de parentesco. O cônjuge sobrevivente desfruta de **dupla condição**. Se existirem herdeiros em linha reta (descendentes ou ascendentes) o viúvo não herda. Mas, se os herdeiros foram os descendentes, a depender do regime de bens do casamento, tem direito a uma fração do patrimônio do *de cujus* a título de **concorrência sucessória**. Com os ascendentes, o cônjuge concorre sempre, seja qual for o regime de bens do casamento. Somente no caso de não haver descendentes e nem ascendentes, é o viúvo chamado a suceder. Herda independentemente do regime de bens.

Ao estabelecer a ordem de vocação hereditária, olvidou-se o legislador do **companheiro** sobrevivente (CC 1.829 III). A sucessão na união estável está prevista em um único dispositivo, perdido entre as disposições gerais

2. Rui Ribeiro de Magalhães, *Direito das Sucessões no novo Código Civil brasileiro*, 80.

do direito sucessório (CC 1.790). O companheiro está inserido em último lugar, depois dos herdeiros colaterais (CC 1.790 IV). Só é convocado como herdeiro no caso de não haver nenhum parente. Esse tratamento diferenciado, além de injusto, é flagrantemente inconstitucional, conforme reconheceu o Supremo Tribunal Federal,³ em decisão consolidada em sede de repercussão geral.⁴ Apesar de questionada a extensão dos efeitos do julgamento quanto à condição igualitária do cônjuge e do companheiro nas demais previsões legais, o STF silenciou. Limitou-se a rejeitar os embargos de declaração que foram opostos.⁵

No entanto, é de se reconhecer que o companheiro foi equiparado ao cônjuge para todo e qualquer efeito, não só quanto ao direito de concorrência sucessória. Não há como impor uma leitura restritiva no âmbito do direito sucessório. E, se este foi o fundamento da decisão, há que se utilizar a mesma lente ao interpretar todas as discriminações existentes, quer em sede de direito sucessório, quer em todo e qualquer dispositivo do sistema legal. Assim, onde se lê cônjuge, leia-se cônjuge ou companheiro.

3. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre Cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/ 2002. (STF, 878.694/MG, T. Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 02/02/2018).
4. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.
5. STF, Emb. Decl. no RE 878.694, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 26/10/2018.

A partir do momento em que as **uniões homoafetivas** foram reconhecidas como uniões estáveis e foi garantido aos companheiros do mesmo sexo o direito de casar, passaram a desfrutar de iguais direitos sucessórios.

Cônjuges e companheiros, a depender do regime de bens, têm direito à **meação** dos bens adquiridos durante a união. Mas meação não é herança, é copropriedade no âmbito do direito das famílias.

A quarta e última classe dos sucessores é formada pelos **parentes colaterais** até o quarto grau (CC 1.829 IV): irmãos, sobrinhos, tios, sobrinhos-netos, tios-avós e primos. São convocados na ausência de herdeiros necessários e na inexistência de testamento dando destino a todos os bens (CC 1.839).

Os integrantes das três primeiras classes são **herdeiros necessários** (CC 1.845): descendentes, ascendentes, cônjuge e companheiro. Recebem a **legítima**, como é chamada a **metade da herança**. Já os colaterais, ainda que sejam herdeiros legítimos, não fazem jus à legítima, pois são herdeiros **facultativos**. Podem ficar fora da sucessão, mesmo não existindo herdeiros das classes antecedentes. Basta o *de cujus* legar todos os bens para outras pessoas. Também podem ser excluídos da herança sem qualquer motivo (CC 1.850). O testador pode simplesmente afastar da sucessão os herdeiros facultativos. Nem precisa dizer o motivo. É só afirmar que não quer que eles sejam seus herdeiros. Não se trata de **deserdação**, pois a exclusão não precisa ser justificada.

Na ausência de herdeiros, ou no caso de todos renunciarem, a herança “jaz” sem dono. É recolhida como **jacente**. Para usar a expressão da lei, os bens “devolvem-se” ao ente público do local em que estão localizados (CC 1.844). A **municipalidade** não é herdeira, não pertence a qualquer classe sucessória. Recebe os bens em decorrência de decisão judicial que declara a herança **vacante**.

13.3. GRAU

O chamamento para a sucessão é feito por classes. Os primeiros convocados são os que figuram em **primeiro lugar** na ordem de vocação hereditária. Mas dentre os herdeiros da mesma classe também existem prioridades. Trata-se do **princípio da exclusão** (CC 1.833, 1.836 § 1.º e 1.840). A preferência é dos que têm grau de parentesco **mais próximo** com o falecido.

Quando morre uma pessoa, por força do princípio de *saisine*, seus bens se transmitem aos parentes em **linha reta descendente**: filhos, netos,

bisnetos etc. (CC 1.829 I). Dentre os descendentes têm preferência os de **primeiro grau**: filhos. Os netos (parentes de segundo grau) são convocados somente se não existirem filhos (CC 1.834).

Há uma exceção: o **direito de representação**. Os netos recebem a herança do avô em representação do pai, na hipótese de o filho ter morrido antes do pai, ter sido ele deserdado ou declarado indigno.

Inexistindo descendentes é chamada à sucessão a classe seguinte, os parentes em **linha reta ascendente**: pais, avós, bisavós etc. Também vigora o mesmo critério de **preferenciabilidade** segundo o grau de parentesco. Primeiro herdam os ascendentes de **primeiro grau**: os pais que estiverem vivos quando da abertura da sucessão do filho. Se quem morreu era órfão de pai e mãe, são convocados os avós, parentes em linha reta ascendente de segundo grau. Na ausência dos avós, são chamados os bisavós, que ocupam o terceiro grau, e assim sucessivamente (CC 1.836 § 1.º). Não há limite de graus na sucessão em linha reta. É infinita e condicionada apenas ao limite de sobrevivência do herdeiro.

Na classe **colateral** o critério é o mesmo, ainda que não exista parentesco colateral de primeiro grau. A preferência é dos parentes de **segundo grau**: os irmãos (CC 1.840). Herdam **por cabeça** se todos forem irmãos germanos ou bilaterais (filhos do mesmo pai e da mesma mãe), ou se todos forem irmãos unilaterais. Assim chamados os meio-irmãos (têm em comum somente um dos genitores). Se o falecido tiver irmãos bilaterais e unilaterais, aqueles recebem o dobro destes (CC 1.841). Desarrazoada e absolutamente inconstitucional esta diferenciação. Ora, se a Constituição da República (227 § 6.º) proíbe tratamento discriminatório entre filhos, não pode existir diferenças entre irmãos, já que ambos são filhos do *de cujus*. Até porque a **obrigação alimentar** dos filhos para com os pais é igual (CC 1.697). Ou seja, há igualdade de deveres, mas não de direitos, pelo fato de serem irmãos germanos ou unilaterais.

Na inexistência de irmãos são convocados os colaterais de **terceiro grau**: sobrinhos e tios do falecido. Nesta ordem, pois a lei prefere o parentesco descendente (CC 1.843). Portanto, depois dos irmãos, são convocados os sobrinhos. Somente se não existirem nem irmãos nem sobrinhos é que são chamados à herança os tios do falecido.

Entre os herdeiros de terceiro grau também existe **direito de representação**. Assim, se um dos irmãos do falecido faleceu antes dele, os seus filhos o representam (sobrinhos do falecido). Neste caso, os irmãos recebem por cabeça e os sobrinhos (filhos do irmão pré-morto) herdam o quinhão do seu genitor, que é dividido entre eles. Daí dizer-se que herdam **por stirpe**.

Quando concorrem à sucessão exclusivamente os sobrinhos, eles herdam **por cabeça**, e não por representação (CC 1.843 § 1.º). Todos recebem quinhões iguais. Não importa quantos filhos cada irmão do falecido possuía.

Entre os colaterais de terceiro grau faz a lei a mesma odiosa discriminação quanto a filhos de irmãos unilaterais e bilaterais (CC 1.843 § 2.º). Ou seja, a discriminação é transgeracional, pois atravessa gerações. Concorrendo somente os sobrinhos, ainda que todos herdem por direito próprio, uns ganham o dobro da herança de outros. Vai depender do fato de os seus genitores serem irmãos unilaterais ou bilaterais do falecido.

Na ausência de parentes de terceiro grau são convocados os parentes em **quarto grau**: sobrinhos-netos, tios-avós e primos. Como são todos parentes do mesmo grau, dispondo da mesma qualidade, recebem conjuntamente a herança, que se divide entre todos em partes iguais. Daí se dizer que herdam por cabeça. Somente entre os colaterais de quarto grau é que não existe preferência pela linha de parentesco ascendente, nem diferenciações pelo vínculo ser unilateral ou bilateral.

13.4. LINHA

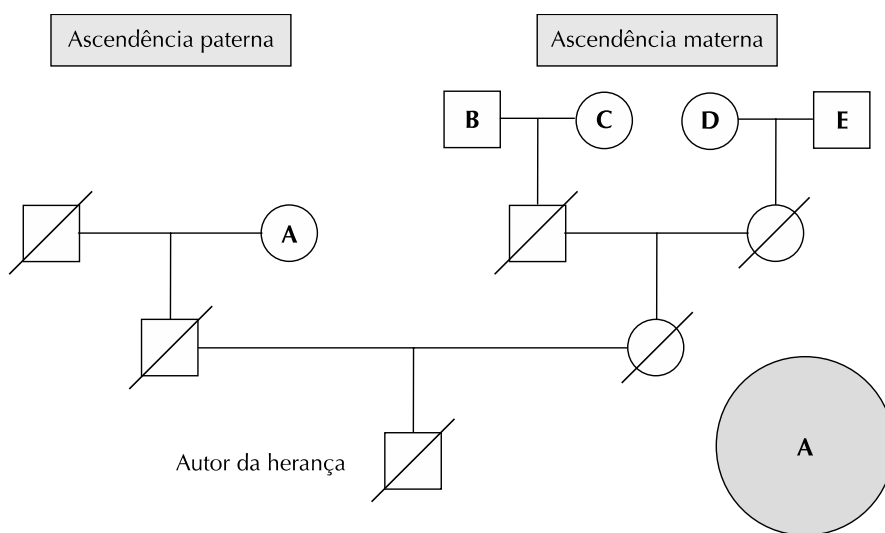
A ordem de vocação hereditária não obedece somente ao grau de parentesco. Basta atentar a que pais e filhos são parentes em linha reta de primeiro grau. Netos e avós, de segundo grau. O mesmo ocorre no parentesco colateral. Sobrinhos e tios têm vínculo com o falecido em terceiro grau. Já sobrinhos-netos, tios-avós e primos são colaterais de quarto grau. Como todos têm o mesmo grau de proximidade com o *de cujus*, em princípio, teriam o mesmo direito à herança. Mais uma vez a lei elege critérios diferenciadores, agora pela linha de parentes. Assim, não basta a identificação do grau de parentesco para saber quem vai ser contemplado com a herança. É necessário descobrir a linha de parentesco, se descendente ou ascendente. Tudo depende do ângulo em que se visualiza. Pais e filhos são parentes de primeiro grau: o filho na linha descendente e o pai na linha ascendente.

Como a lei dá preferência à linha **descendente**, é necessário identificar a posição do herdeiro segundo a linha que o vincula ao *de cujus*. Havendo parentes do mesmo grau, herdam os da linha descendente. O critério é **excludente**, pois a existência de um exclui os demais. Assim, entre pais e filhos, herdam os filhos. Havendo netos e avós, os netos afastam os avós. Entre sobrinhos e tios, a preferência é dos sobrinhos. Em dois dispositivos legais de confusa redação é o que se consegue concluir (CC 1.836): na falta

de descendentes (os filhos), são chamados à sucessão os ascendentes (os pais); (CC 1.843): na falta de irmãos, herdam os seus filhos (sobrinhos do falecido) e, não os havendo, os tios. Somente na sucessão dos parentes de quarto grau (tios-avós, sobrinhos-netos e primos) não há preferência pela linha de ascendência ou descendência. Todos herdam em partes iguais.

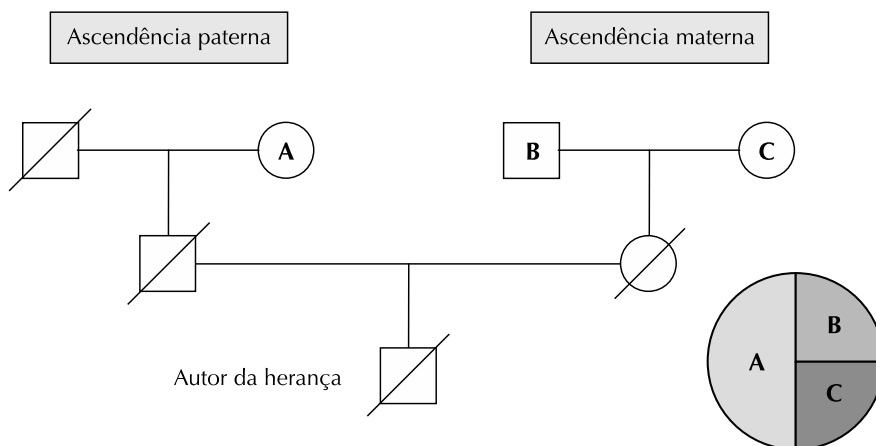
Na **sucessão dos ascendentes** os primeiros convocados são os pais. A herança do filho é dividida entre eles em partes iguais. Estando vivo apenas um dos genitores, é ele o herdeiro. Recebe a integralidade da herança. Mesmo que existam avós, eles nada herdam, pois não há direito de representação entre ascendentes. Vigora o **princípio da exclusão** (CC 1.836 § 1.º).

Só na hipótese de não existir nenhum dos ascendentes de primeiro grau (pais) é que são chamados os ascendentes de segundo grau (avós). O mesmo ocorre com os bisavós (terceiro grau). Herdam se não há nenhum dos avós vivos. Assim, se sobrevive somente um dos avós paternos (A), os bisavós maternos (B, C, D e E) nada herdam. Concorrendo ascendentes de graus diversos, não cabe questionar se a ascendência é paterna ou materna.



Falecidos os pais do autor da herança, surge novo critério para a divisão da herança. No momento em que são chamados os ascendentes de graus mais distantes, há a necessidade de se atentar à **linha de ascendência**. Como as pessoas têm ascendência paterna e materna (avós por parte de pai e avós por parte de mãe), a divisão da herança atenta a essa circunstância: metade destina-se aos ascendentes maternos e metade aos ascendentes paternos.

Desimporta o número de ascendentes sobreviventes. Os avós herdam por **linha de ascendência** e não por cabeça. Mais uma vez o exemplo socorre: morrendo alguém órfão de pai e mãe, são convocados à sucessão os seus avós. A herança é dividida por dois, uma metade para os avós paternos e a outra metade para os avós maternos, mesmo se algum deles já tiver falecido quando da morte do neto. Assim, sobrevivendo o avô paterno (A) e os dois avós maternos (B e C), o avô por parte de pai recebe 50% da herança e cada um dos avós maternos 25% (CC 1.836 § 2.º).



13.5. CRITÉRIOS SUCESSÓRIOS

Todas essas regras, no entanto, ainda não são suficientes para se concluir quem são os herdeiros e quanto cada um vai receber. É necessário atentar ao **modo** de suceder para identificar a **forma** de se realizar a partição. A divisão da herança pode ocorrer em partes iguais ou não. Depende da **classe** sucessória a que pertencem os herdeiros e do **grau** de parentesco que têm com o *de cuius*.

A lei estabelece alguns critérios norteadores:

1.º Os **herdeiros da linha descendente preferem aos demais**. Isso tanto entre as classes dos herdeiros como entre os graus de parentesco. Esta é a regra no parentesco em linha reta (filhos e pais) e colateral (sobrinhos e tios). Assim, herdam os filhos, e não os pais do falecido (CC 1.836). Os sobrinhos preferem aos tios (CC 1.843). Este princípio só não é obedeci-

do na sucessão dos colaterais de quarto grau. Todos herdam igualmente: sobrinhos-netos, tios-avós e primos.

2.º O **parente mais próximo exclui o mais remoto**. Quer nas classes dos herdeiros (CC 1.829), quer entre os graus de parentesco (CC 1.833, 1.836 § 1.º e 1.840). Logo, entre filhos e netos, a herança fica com os filhos. Entre irmãos e sobrinhos, a preferência é dos irmãos. Entre avô e bisavô, o contemplado é o avô.

3.º Os **herdeiros da mesma classe e do mesmo grau recebem quinhões iguais**. É o que se chama “herdar por cabeça”. Como disputam em igualdade de condições, recebem o mesmo. A divisão é pelo número de herdeiros. Isso porque pertencem à mesma **classe** na ordem de vocação hereditária e têm o mesmo **grau** de parentesco com o *de cujus*. Herdam por **direito próprio**. É o que diz a lei, ainda que de forma pouco clara (CC 1.834): *Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes*. Há um equívoco de redação neste dispositivo. A palavra “classe” é equivocadamente usada em lugar da expressão “grau”, até porque os descendentes são todos da mesma classe. Assim deve ser lido o dispositivo: os descendentes do mesmo “grau” têm os mesmos direitos. Filhos recebem quinhões iguais. Avós também. Quando a herança é dividida entre irmãos, entre sobrinhos ou entre os tios do *de cujus*, o critério é o mesmo. Desarrazoado o parentesco bilateral assegura quinhão dobrado.

Estes princípios comportam **duas exceções**: uma com relação à sucessão dos descendentes e outra na sucessão dos ascendentes.

13.5.1. Descendentes

Na sucessão entre descendentes existe **direito de representação** (CC 1.833): quando concorrem descendentes da mesma classe, mas de graus diversos. Isso ocorre quando há mais de um herdeiro do mesmo grau e um deles faleceu antes da abertura da sucessão, foi deserdado ou declarado indigno. Tal autoriza que os seus descendentes recebam o seu quinhão, ou seja, o representam. Daí **direito de representação**. Ganham o quinhão que tocaria ao representado. Fazem jus a fração igual à dos demais herdeiros que recebem **por cabeça**. O percentual recebido é dividido em partes iguais. Por isso se diz que herdam por **estirpe**.

Logo, herdeiros do mesmo grau herdam por direito próprio e a partilha é por cabeça. Herdeiros de graus diferentes herdam por direito de representação e a divisão é por estirpe.

13.5.2. Ascendentes

Entre os ascendentes não há direito de representação (CC 1.836 § 1.º). A presença de ascendente mais próximo exclui o direito do mais remoto. Os pais recebem a herança do filho em partes iguais, metade para cada um. Sobrevivendo **um só dos pais**, a ele toca a integralidade da herança. Desse modo, pré-morto o pai, a herdeira é a mãe, mesmo que sobrevivam os avós paternos. Estes nada herdam.

Na sucessão dos ascendentes há outra exceção: **a herança é dividida entre a linha materna e a paterna**. Daí chamar-se divisão **por linha de ascendência**. Tal acontece quando convocados os pais, os avós ou os bisavós. A herança é partilhada pela metade entre a linha paterna e a materna, e não pelo número dos ascendentes sobreviventes. Os ascendentes da linha materna dividem entre eles a metade da herança. O mesmo ocorre na ascendência paterna. Desimporta o número de ascendentes sobreviventes.

LEITURA COMPLEMENTAR

CRUZ, Daniel Santana. *Sucessões entre irmãos unilaterais e bilaterais: uma isonomia constitucional ferida?* Disponível em: <www.ibdfam.org.br/artigos/851/Sucess%C3%B5es+entre+irm%C3%A3os+unilaterais+e+bilaterais%3A+uma+isonomia+constitucional+ferida%3F>. Acesso em: 22 abr. 2019.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A inconstitucional discriminação entre irmãos germanos e unilaterais na sucessão dos colaterais. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4757/a-inconstitucional-discriminacao-entre-irmaos-germanos-e-unilaterais-na-sucessao-dos-colaterais>>. Acesso em: 26.03.2018.

14

ORDEM DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Sumário: **14.1.** Quem herda? – **14.2.** Descendentes: **14.2.1.** Multiparentalidade; **14.2.2.** Direito de representação – **14.3.** Ascendentes – **14.4.** Cônjuge – **14.5.** Companheiro – **14.6.** Colaterais – **14.7.** Estado – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.790, 1.829 a 1.844; Dec.-Lei 3.438/1941; Lei 8.049/1990.

14.1. QUEM HERDA?

Quando uma pessoa falece, seus bens, direitos, encargos e obrigações precisam ser transmitidos a outrem. Para quem é transferida a titularidade do acervo patrimonial do *de cujus*? O legislador parte do pressuposto de que existe maior vínculo com os parentes mais chegados. Baseia-se na **presunção de afeto** com os familiares. Também nos deveres decorrentes do **poder familiar**, dos pais com relação aos filhos, e o vínculo de **solidariedade** com os demais parentes. Por isso os descendentes são convocados antes dos ascendentes e os últimos chamados são os colaterais.¹ O critério da afetividade presumida inclui o cônjuge e o companheiro. Assim, a lei institui uma ordem de prioridade na escolha de quem vai ganhar a herança. É o que se chama ordem de vocação hereditária. Vocação vem do latim *vocare* e significa **chamar**.

A ordem é **excludente**. Somente são chamados os herdeiros mais distantes quando não existem parentes mais próximos. A identificação de quem tem direito à herança caminha pelas linhas do **parentesco**: reta e colateral. Na **linha reta**, em primeiro lugar a busca do herdeiro primeiro desce para depois ascender. Não encontrados filhos, netos ou bisnetos e nem pais avós ou bisavôs, indaga-se a existência de cônjuge ou companheiro sobrevivente.

1. Frederico de Ávila Miguel, A sucessão do cônjuge sobrevivente..., 28.

Se o falecido vivia só, é preciso partir em busca dos parentes colaterais até o quarto grau. Ninguém sendo encontrado, a herança jaz sem dono.

A lei legitima para receber a herança todos os parentes, bem como o cônjuge e o companheiro. Daí a expressão: **herdeiros legítimos** (CC 1.829). A preferência é pelos parentes em **linha reta**: descendentes e ascendentes (CC 1.591). Tanto eles como o cônjuge são considerados **herdeiros necessários** (CC 1.845). Nesse elenco, cabe inserir o companheiro da **união estável**. Afinal o Supremo Tribunal Federal reconheceu como inconstitucional qualquer distinção no âmbito do direito sucessório entre cônjuges e companheiros. Não cabe a decisão ser interpretada somente no que diz com o direito de concorrência sucessória.² Na ausência de herdeiros em linha reta, e de cônjuge ou companheiro sobrevivente, a herança é atribuída aos colaterais, segundo o grau de parentesco com o falecido. Como sempre, primeiro os mais próximos e depois os mais remotos: vai dos irmãos até os primos.

A **legítima** compreende a metade da herança. No entanto, a parte da herança chamada “legítima” não se destina aos “herdeiros legítimos”, mas aos **herdeiros necessários**. Corresponde à metade da herança. Os herdeiros legítimos têm mera expectativa de direito. Herdam se não existirem herdeiros necessários nem testamento destinando os bens a terceiros.

Os parentes **colaterais** são **herdeiros facultativos**, ou seja, só recebem a herança se não existirem herdeiros necessários. São chamados na ausência de herdeiros preferentes. Também ficam afastados se o testador destina todos os seus bens disponíveis a herdeiros testamentários ou legatários. Mas podem ser simplesmente excluídos da sucessão sem qualquer justificativa (CC 1.850).

Um alerta: a ordem de vocação hereditária só existe na sucessão legítima. Na sucessão testamentária, não. O testador tem liberdade de brindar quem quiser com a metade de seu patrimônio: pessoas estranhas ou os próprios herdeiros necessários ou legítimos. Não precisa sequer atentar ao princípio da igualdade dos quinhões, que não vigora na sucessão testamentária. Caso ultrapasse o limite da parte disponível, o que exceder a parte disponível não tem eficácia. Precisa ser recortado (CC 1.967).

Mais um alerta: antes de qualquer cálculo, sempre há que se atentar ao **estado civil** do falecido. Caso vivesse em união estável ou fosse casado,

2. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

a depender do regime de bens é necessário, antes de mais nada, preservar a **meação**, além de assegurar o **direito concorrente** do viúvo ou do companheiro sobrevivente.

O princípio da preferenciabilidade dos herdeiros mais próximos, excluindo os parentes mais distantes, é quebrado pelo **direito de concorrência**, que assegura ao cônjuge e ao companheiro o direito de participar da herança ao lado dos herdeiros antecedentes. Ocorre verdadeira concorrência de classes de herdeiros. Tanto o cônjuge como o companheiro herdam conjuntamente com os descendentes e os ascendentes (CC 1.829 I e II), em face da equiparação levada a efeito pelo STF.³

14.2. DESCENDENTES

Os primeiros figurantes da ordem de vocação hereditária são os descendentes (CC 1.829 I): filhos, netos, bisnetos, e assim sucessiva e infinitamente. A limitação é dada pela natureza, pois geralmente não convivem mais de três ou quatro gerações. Este conceito de descendente abriga todas as espécies de filiação: (a) **consanguínea** ou natural, que tem origem na verdade biológica; (b) **civil**, quando decorre da adoção; (c) **socioafetiva**, que se constituiu a partir da posse de estado de filho; e (d) **social**, quando o filho é fruto de técnicas de reprodução assistida. Quer se trate de fecundação homóloga ou heteróloga. Todos são parentes em **linha reta** do autor da herança e, portanto, seus herdeiros necessários (CC 1.845). A eles é assegurada a metade dos bens do genitor.

A condição de descendente não assegura por si só o direito à herança. A preferência é dos descendentes de grau mais próximo, que excluem os mais remotos. Os descendentes em **linha reta de primeiro grau** (filhos) afastam os demais descendentes de graus mais remotos (netos, bisnetos etc.). E todos que se encontram no mesmo grau de parentesco com o *de cujus* recebem partes iguais. Herdam por **direito próprio**. Preservado o direito de concorrência do cônjuge ou do companheiro, a divisão é feita pelo número de herdeiros. Herdam **por cabeça**. Assim, falecido o pai (A), a herança é dividida igualmente entre seus três filhos (B, C e D). Desimporta a existência de netos ou bisnetos. Eles não herdam.

3. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

14.2.1. Multiparentalidade

A multiparentalidade passou a ser chancelada pela justiça a partir do reconhecimento de que a parentalidade não tem origem exclusivamente do vínculo biológico. A **filiação socioafetiva** é reconhecida, inclusive, como prevalente. O tema foi aceito como de repercussão geral pelo STF.⁴ E é objeto de enunciado do IBDFAM.⁵ Admitido que a parentalidade socioafetiva pode coexistir com a biológica, aberto está o caminho para o reconhecimento dos contextos de multiparentalidade, de modo a melhor contemplar a relação fática existente.

Do mesmo modo, na reprodução assistida. A participação de mais pessoas no processo procriativo torna possível que todos os envolvidos sejam pais. Tal ocorre, de modo mais frequente, nas relações homoafetivas.

Para o reconhecimento da filiação multiparental, basta flagrar o estabelecimento do vínculo de filiação com mais de duas pessoas. Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional chancelá-los, na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo o direito à dignidade e à afetividade. Não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, que fazem parte da trajetória do filho, é negar a existência tridimensional do ser humano.

Comprovado que o filho dispõe da **posse de estado de filho** com relação a mais de duas pessoas, todos são pais, devendo cada qual assumir os encargos decorrentes do poder familiar. E, com relação a cada um, o filho desfruta de todos os direitos. Estas realidades da vida devem ser retratadas no **registro de nascimento**. Inclusive há a possibilidade de o registro ser feito diretamente no Cartório do Registro Civil, segundo regramento do Conselho Nacional de Justiça.⁶

A inserção não é somente do nome paterno. São incluídos os nomes dos **avós**, sem que haja possibilidade de eles se oporem. Têm todos eles obrigações frente ao neto.

Reconhecida a **multiparentalidade**, com o consequente registro em nome de mais de dois pais, o filho integra a **ordem de vocação hereditária** de todos os seus genitores. Nada impede que alguém seja contemplado com

4. STF – Tema 622: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

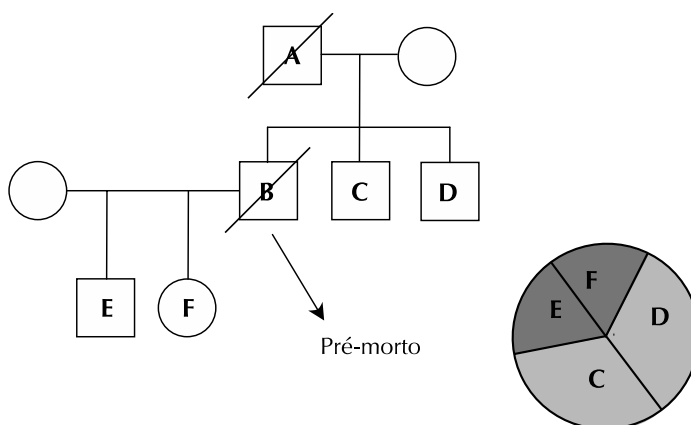
5. IBDFAM – Enunciado 9: A multiparentalidade gera efeitos jurídicos.

6. CNJ – Provimento 63/2017.

a herança de mais de dois genitores. Basta para isso a justiça ter reconhecido que existe a posse de estado de filiação com todos eles.

14.2.2. Direito de representação

Esta lógica de o descendente mais próximo excluir o que estiver em grau mais remoto tem uma exceção: o direito de representação, que só existe na linha de parentesco descendente. Ocorre quando são convocados herdeiros de graus diferentes, caso em que uns herdam **por cabeça** e outros **por estirpe**. Tal fato pode acontecer quando o herdeiro morre antes do autor da herança ou é excluído por indignidade ou deserdação. Mas para isso é necessária (a) a existência de mais de um herdeiro do mesmo grau. Também é preciso que um deles (b) tenha morrido antes da abertura da sucessão, seja excluído como indigno ou por ter sido deserddado. Também é indispensável que (c) o herdeiro pré-morto ou excluído tenha descendentes. Somente implementadas todas estas circunstâncias é que se pode falar em direito de representação. A herança é dividida pelo número dos herdeiros do grau anterior, incluindo para efeitos de cálculo o herdeiro falecido. Seu quinhão é repartido entre seus sucessores em partes iguais. Recebem o que ele herdaria, daí chamar-se de sucessão por estirpe. O exemplo: (A) tem 3 filhos (B, C e D). Quando de sua morte, o filho (B) já havia morrido, mas tinha dois filhos (E e F). Neste caso, a herança divide-se por três, que é o número de filhos do autor da herança (B, C e D). Os descendentes do herdeiro pré-morto (E e F) são convocados no lugar do pai (B). O quinhão do genitor é dividido entre eles em partes iguais. Neste caso cada filho recebe 1/3 da herança e cada neto 1/6.



Na hipótese de **renúncia**, não há direito de representação, pois o renunciante é tido como não herdeiro. Seu quinhão é devolvido ao acervo sucessório e dividido como se ele não existisse. Ocorre o que se chama de **direito de crescer**.

14.3. ASCENDENTES

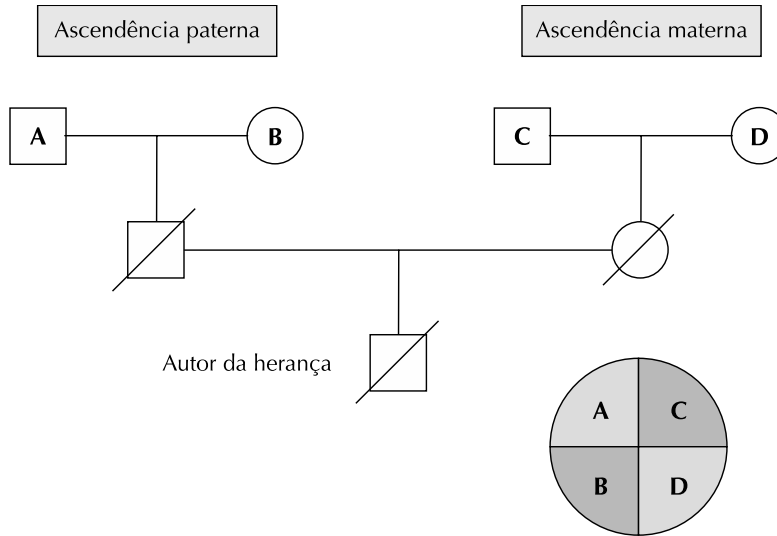
Os ascendentes ocupam o **segundo lugar** na ordem sucessória (CC 1.829 II). São herdeiros necessários e fazem jus à legítima (CC 1.845). Mas só são chamados a suceder se não existirem herdeiros descendentes. Assim, falecendo quem tem filhos, netos ou ainda um único bisneto, seus pais não têm direito à herança. Exclusivamente na hipótese de o *de cujus* não ter nenhum descendente é que são convocados os seus pais, avós, bisavós etc. Entre os ascendentes também não há limite de grau, mas os mais próximos excluem os mais remotos.

Os **pais** herdam em partes iguais, excluindo todos os demais ascendentes porventura existentes. Na hipótese de **multiparentalidade**, a herança deve ser dividida igualmente entre todos. Às claras que a referência legal, determinando a divisão da herança entre as linhas paterna e materna (CC 1.836 § 2º) não tem como subsistir, na hipótese de o falecido ter um pai e duas mães. Escancarada a injustiça em conceder ao pai o dobro do que receberia cada uma das mães.

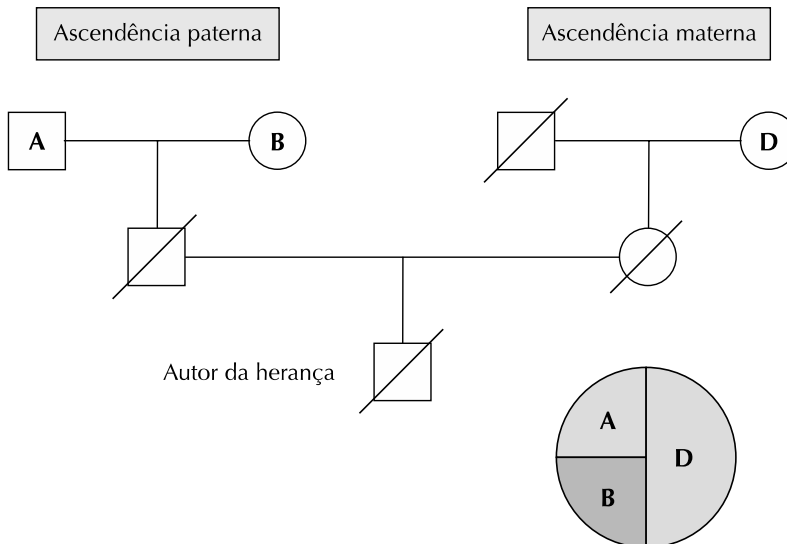
Em face do atual estágio da doutrina e jurisprudência, que reconhece a obrigação alimentar do **padrasto** frente ao **enteado**, é imperioso reconhecer que merece ele ser contemplado como herdeiro. Quem merece ser excluído é o genitor que abandonou o filho e não desempenhou os deveres parentais, deixando de prestar-lhe alimentos. Merece ser reconhecido como **indigno**.

Sobrevivendo somente um dos genitores, ou a mãe ou o pai, ele herda por inteiro, mesmo que existam avós, pois não existe direito de representação na sucessão ascendente. Falecido o pai, herda a mãe; os avós paternos, não.

Inexistindo os pais, são convocados os **avós**. Sobrevivendo um único avô, os bisavós não herdam (CC 1.836 § 1.º). Isso porque na sucessão ascendente também ocorre a exclusão dos ascendentes mais distantes. Entre os ascendentes do mesmo grau a divisão é feita por **linha de ascendência** materna e paterna. Se o autor da herança, ao falecer, não tinha nem pai nem mãe, são chamados os avós, dividindo-se a herança ao meio, metade para os avós paternos e metade para os maternos. Sobrevivendo os quatro avós, cada um vai receber 1/4 da herança.



Mesmo que não sobreviva nenhum dos avós de uma mesma linha, não importa, a divisão é igual: metade para a linha materna e metade para a paterna. O único sobrevivente da linha materna recebe a metade e a outra metade fica para a linha paterna. Cada um dos avós paternos recebe 1/4 da herança.



14.4. CÔNJUGE

O cônjuge participa da ordem de vocação hereditária em **terceiro lugar** (CC 1.829 III). Como é **herdeiro necessário**, tem garantida a legítima (CC 1.845). Se inexistirem descendentes e ascendentes, recebe a herança por **direito próprio**.

A legitimidade sucessória do cônjuge nada tem a ver com a **meação**: a metade dos bens comuns não integra a herança. Pertence ao cônjuge sobrevivente. A existência do direito à meação e sua extensão depende do **regime de bens** do casamento. Somente no regime de **separação convencional de bens** (CC 1.687 e 1.688) o cônjuge não recebe meação, pois não existem bens comuns. Nos demais regimes, o viúvo faz jus à metade dos bens a título de meação. No regime da **comunhão universal** (CC 1.667 a 1.671), a meação corresponde à metade de todos os bens que compõem o acervo hereditário. No regime da **comunhão parcial** (CC 1.658 a 1.666), a meação incide sobre o patrimônio amealhado durante o período da vida em comum. No regime de **participação final nos aquestos** (CC 1.672 a 1.686), a meação é calculada sobre os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento. Não integram a meação os bens próprios, isto é, os adquiridos por cada um exclusivamente em seu nome, mas é feita a compensação de valores no fim do casamento. No inconstitucional regime da **separação obrigatória** (CC 1.641), a lei nega o direito à meação. Porém, súmula do STF⁷ alterou a lei, preservando o direito à metade do acervo comum, mesmo no regime da comunhão parcial.

Além da meação, o cônjuge também recebe parte da herança junto com os herdeiros que o antecedem na ordem de vocação hereditária, a título de **concorrência sucessória**. Concorrendo com os descendentes, o seu direito está condicionado ao regime de bens do casamento (CC 1.829 I). No regime da separação convencional de bens também é assegurado o direito de concorrência.⁸ Já na concorrência com os ascendentes, desimporta o regime de bens (CC 1.836). Faz jus sempre a fração da herança.

7. STF – Súmula 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

8. Inventário. Decisão que determinou a habilitação da cônjuge sobrevivente como herdeira, em concorrência com os descendentes. Recurso desprovido. Inventário. Insurgência contra decisão que determinou a habilitação da cônjuge supérstite como herdeira, em concorrência com os descendentes. Recorrida e de cujos casados pelo regime de separação convencional de bens. Inteligência do art. 1.829, I, do CC, que veda a concorrência hereditária aos cônjuges sobreviventes casados sob o regime de comunhão universal e separação obrigatória de bens, ou sob o regime de comu-

Além dos direitos assegurados sobre o acervo sucessório, a lei garante ao cônjuge sobrevivente **direito real de habitação**, ou seja, de continuar na posse do bem que servia de residência à família, independentemente do regime de bens (CC 1.831).

Quando o cônjuge é chamado a suceder, assume a condição de **herdeiro necessário**, independentemente do regime de bens do casamento. A lei não impõe qualquer restrição para conferir-lhe a qualidade de herdeiro necessário. Herda por figurar na ordem sucessória. Mesmo que o regime seja o da separação de bens, quer tenha sido eleito pelas partes, quer seja imposto pela lei.⁹

Estando os bens do cônjuge falecido clausulados de **incomunicabilidade**, tal exclui o direito do sobrevivente à meação (CC 1.848). A incomunicabilidade beneficia os herdeiros descendentes, ascendentes e até os herdeiros colaterais, pois o cônjuge é alijado da sucessão com referência aos bens. Somente quando inexistirem herdeiros antecedentes, o viúvo recebe, a título de herdeiro necessário, a integralidade da herança, inclusive os bens incomunicáveis, desaparecendo a cláusula restritiva que afetava o seu direito.

Para o cônjuge preservar a qualidade de herdeiro, é preciso que a sociedade conjugal tenha persistido até o falecimento do outro. A **separação de fato** subtrai do viúvo a condição de herdeiro. Admitir a possibilidade de

nhão parcial, se o falecido não tiver deixado bens particulares. O pacto antenupcial celebrado dispõe apenas sobre incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, e não produz efeitos após a morte. Jurisprudência do STJ e desta Egrégia Corte. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP – Al: 21351603620188260000/SP, 2135160-36.2018.8.26.0000, 10.^a C. Dir. Priv., Rel. J. B. Paula Lima, j. 11/12/2018, p. 12/02/2019).

9. Direito das Sucessões. Viúva. Separação convencional de bens. Reconhecimento da condição de herdeira necessária, por imposição do art. 1.829, I, do CPC [1973]. Impossibilidade de se considerar a separação convencional como espécie do gênero separação obrigatória, ante o flagrante antagonismo entre os termos “convenção” e “obrigação”. Norma excepcional que, portanto, não comporta interpretação extensiva, sob pena de violação à segurança jurídica. Precedente da 3.^a T. do STJ (REsp 992.749/MS) que, não possui caráter vinculante, tampouco teve o condão de pacificar a matéria atinente à regulamentação da sucessão pelo Código Civil de 2002. Casamento duradouro (mais de 25 anos), situação fática diametralmente oposta àquela do julgamento do E. STJ, onde se apreciou união com duração de apenas 10 meses. Relevante crítica doutrinária ao precedente da Corte Superior, guardada a devida vênia (Carlos Roberto Gonçalves. Direito civil brasileiro, v. 7). Sucessão legítima que, como indica a própria denominação, segue a ordem legal. Proteção do novo Código ao cônjuge, herdeiro necessário da parte do patrimônio não alcançado por meação. Recurso conhecido e desprovido, confirmando-se a decisão de reconhecimento da viúva como herdeira necessária. (STJ, Ag em REsp 405.288, 3.^a V. Cív., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 02/07/2014).

o cônjuge herdar quando o casal já estava separado de fato é perpetuar os efeitos do casamento para depois do seu fim. Não há como assegurar direito hereditário a quem nem mais cônjuge era. Tal afronta princípio ético dos mais elementares, além de gerar o enriquecimento sem causa, pois o ex-cônjuge herdaria o patrimônio amealhado depois da separação. Também fora de propósito é deferir a herança ao cônjuge sobrevivente, independentemente do prazo da separação, somente pelo fato de não ter sido o responsável pelo rompimento da vida em comum. Estes absurdos consagrados na lei (CC 1.830) perderam significado a partir do momento em que a jurisprudência passou a considerar rompido o casamento quando cessa a convivência. De outro lado, a EC 66/2010, ao acabar com a separação, pôs um ponto final na culpa. Não mais persistindo os deveres do casamento nem o regime de bens, tal subtrai a possibilidade de o sobrevivente ser reconhecido como herdeiro. Nem concorre com os sucessores nem preserva a qualidade de herdeiro. Recebe tão só a **meação** dos bens adquiridos durante a constância do casamento, o que não é herança. Nada mais.

Ao ser assegurado o direito sucessório ao cônjuge, mesmo depois de o casal estar separado de fato, surgiria a absurda possibilidade de o cônjuge concorrer com o companheiro, caso o falecido tivesse constituído união estável depois da separação de fato.

O direito sucessório do cônjuge comporta uma exceção. A hipótese, ainda que bem rara, existe, pois o DL 3.438, de 17.07.1941, não foi revogado e proíbe que o cônjuge estrangeiro adquira por sucessão terrenos de marinha.

14.5. COMPANHEIRO

Injustificadamente, o companheiro sobrevivente não foi inserido na ordem de vocação hereditária. O legislador tratou-o como herdeiro de última classe, em um único artigo (CC 1.790). Foi admitido apenas como **herdeiro facultativo**. (CC 1.844)

Como a união estável é constitucionalmente reconhecida como **entidade familiar** (CR 226 § 3º), conviventes e cônjuges merecem desfrutar do mesmo *status*.¹⁰ No entanto, levou quase 30 anos para o Supremo Tribunal Federal proclamar o que a doutrina já sustentava. Declarou a **in-**

10. IBD FAM – Enunciado 03: Em face do princípio da igualdade das entidades familiares, é inconstitucional o tratamento discriminatório conferido ao cônjuge e ao companheiro.

constitucionalidade do dispositivo que trata da união estável (CC 1.790), determinando que, no âmbito do direito sucessório, seja assegurado ao companheiro os mesmos e iguais direitos deferidos ao cônjuge.¹¹ Reconhecida como matéria de **repercussão geral**, foi formulada tese, que dispõe de efeito vinculante.¹² Apesar de questionada a extensão dos efeitos do julgamento quanto à condição igualitária do cônjuge e do companheiro nas demais previsões legais, o STF silenciou. Limitou-se a rejeitar os embargos de declaração que foram opostos.¹³

Porém, há que se conceder igual tratamento não só quanto ao direito de concorrência sucessória. Afinal, o fundamento da decisão foi a inconstitucionalidade do tratamento diferenciado concedido ao companheiro. Sob esta ótica devem ser interpretadas todas as discriminações legais existentes. Não só em sede de direito sucessório.

14.6. COLATERAIS

Finalmente, a lei contempla os parentes colaterais não como herdeiros necessários, mas como herdeiros **legítimos** (CC 1.829 IV). A eles não é reservada parte da herança. Herdam se inexistirem outros herdeiros que os antecedam na ordem de vocação hereditária.

Parentes colaterais são os que a lei assim define (CC 1.592): os provenientes de um tronco comum. Como a limitação do parentesco é até o **quarto grau**, somente esses desfrutam da qualidade de herdeiros. A ordem de precedência atende à proximidade de graus: os mais próximos excluem os mais remotos. Os irmãos dispõem da condição de herdeiros colaterais de segundo grau. Na falta destes, herdam os de terceiro grau – sobrinhos e tios – e, por último, os de quarto grau – sobrinhos-netos, tios-avós e os chamados primos-irmãos. Ainda que existam vínculos de parentesco mais distantes, os efeitos são meramente sociais, sem relevância jurídica. Parentes não são, e nada herdam.

Os parentes colaterais ocupam o **último lugar** da ordem de vocação hereditária. Recebem a herança na ausência de herdeiros necessários. Assim, se o falecido tiver descendentes, ascendentes, era casado ou ti-

11. STF, RE 878.694/MG (1431), T. Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 02/02/2018.

12. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

13. STF, Emb. Decl. no RE 878.694, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 26/10/2018.

nha companheiro, os colaterais não herdam. Como os colaterais não são herdeiros necessários, o titular do patrimônio pode **clausular** a herança de incommunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade, sem haver necessidade de declinar causa (CC 1.848). Igualmente pode determinar a **sub-rogação** do quinhão em bens de espécie diversa (CC 1.848 § 1.º), isso porque ditas restrições só existem com relação à legítima.

De forma desarrazoada concede o dobro do quinhão aos **irmãos bilaterais** (filhos do mesmo pai e da mesma mãe), se existirem **irmãos unilaterais** (filhos somente do genitor falecido) (CC 1.841). Desse modo, sempre que forem convocados à sucessão os colaterais de segundo e de terceiro grau, é preciso questionar se os irmãos são unilaterais ou bilaterais. Tal diferenciação atinge até os sobrinhos. Também a eles cabe fazer o mesmo questionamento, quer sejam herdeiros por direito próprio, quer herdem por representação (CC 1.843 §§ 2.º e 3.º). Esta norma não está explícita na lei atual, como constava do Código revogado (CC/1916 1.615). Trata-se de perverso resquício da discriminação de que era alvo a filiação chamada ilegítima ou espúria, por ser fruto de relações extramatrimoniais. Outrora, ter irmãos unilaterais era escandaloso e pejorativo, porque, em regra, indicava filiação ilegítima no âmbito familiar. Arcaica a repulsa à fraternidade unilateral.¹⁴ Mas insiste a doutrina em não ver inconstitucionalidade na concessão de direitos diferenciados a irmãos e sobrinhos, sob o fundamento de que a estes não se estendem as normas constitucionais que garantem a igualdade.

Diante da vedação constitucional de conceder tratamento diferenciado aos filhos (CR 227 § 6.º), é de se ter tais dispositivos como letra morta. Às claras, houve mero cochilo do legislador que, ao elaborar o Código Civil, se esqueceu da Constituição. Copiou a lei pretérita de forma descuidada. Como afirma Paulo Lôbo, a vedação da discriminação entre filhos repercutiu necessariamente nos irmãos, pois a qualidade de irmãos decorre do fato de essa relação de parentesco decorrer do estado de filiação.¹⁵ Porém, esta não é a posição da doutrina, havendo quem aplauda o critério legal,¹⁶ considerando-o justo e racional.¹⁷ Zeno Veloso diz que o princípio da igualdade não se aplica entre os irmãos e que o irmão bilateral é irmão duas vezes, devendo

14. Cláudio Grande Júnior, A inconstitucional discriminação entre irmãos germanos e unilaterais...

15. Paulo Lôbo, *Direito Civil: Sucessões*, 124.

16. Neste sentido: Rui Ribeiro de Magalhães, *Direito das Sucessões no novo Código Civil brasileiro*, 100; e Euclides de Oliveira, *Direito de herança*, 140.

17. Antônio Elias de Queiroga, *Curso de Direito Civil*, 61.

receber quota hereditária dobrada da que couber ao meio-irmão.¹⁸ Assim tenta Giselda Hironaka justificar a discriminação legal: a herança de quem agora falece (sem descendentes de qualquer tipo), se houvesse ascendentes de primeiro grau dele vivos, teria sido deferida, meio a meio, ao seu pai e à sua mãe. Na sequência da história da vida e da morte, o falecimento desses ascendentes ocasionaria a retransmissão daquele acervo por eles recebido, antes, aos seus próprios descendentes. Assim, um filho que fosse exclusivo de um deles herdaria apenas deste seu genitor, mas os filhos que fossem comuns a ambos ingressariam na herança dos dois, cada sucessão ao seu turno.¹⁹

O **direito de representação** dos parentes colaterais é limitado ao terceiro grau. Assim, somente os **sobrinhos** podem herdar por representação de seus pais, e isso se existirem outros tios sobreviventes, irmãos do falecido (CC 1.840). Concorrendo irmãos do *de cujus* e sobrinhos, os irmãos recebem por cabeça e os sobrinhos por stirpe, em representação dos genitores pré-mortos.²⁰

Havendo tios e sobrinhos, estes preferem àqueles (CC 1.843). Aqui também o critério prioriza as gerações mais jovens. Apesar de tanto os tios quanto os sobrinhos serem parentes de terceiro grau do *de cujus*, a lei não os reconhece como coerdeiros à sucessão. Para Sílvio Venosa e Débora Gozzo, esta opção do legislador tem a ver com a proximidade maior que haveria entre o sobrinho e o falecido, do que entre este e seu tio. Assim, os tios do falecido só herdam se não houver sobrinhos. É o que diz a lei (CC 1.843): *Na falta de irmãos, herdarão os filhos destes [sobrinhos do de cujus] e, não os havendo, os tios*. A preferência pelo sobrinho continua mesmo que o parentesco seja unilateral.²¹

A injusta regra de os bilaterais receberem o dobro dos unilaterais também é observada no caso de concorrerem à herança apenas sobrinhos do falecido, ou seja, quando todos os irmãos forem pré-mortos. Por isso

18. Zeno Veloso, Herança do meio-irmão.

19. Giselda Hironaka, Morrer e suceder, 384.

20. Agravo de instrumento – Inventário – Decisão que excluiu da partilha o ora agravante que, na qualidade de filho da prima do inventariado, não herda por representação – Os filhos de primos (parentes de 5º grau) não são considerados parentes do falecido para efeito da lei civil (art. 1.592) e não herdam por representação – Direito de representação que, na linha transversal, só é concedido a filhos de irmãos do autor da herança (art. 1.853) – Manutenção da decisão agravada – Recurso desprovido. (TJ-SP – AI: 20199899420198260000/SP, 2019989-94.2019.8.26.0000, 8.ª C. Dir. Priv., Rel. Clara Maria Araújo Xavier, j. 20/03/2019, p. 20/03/2019).

21. Débora Gozzo e Sílvio de Salvo Venosa, Do Direito das Sucessões, 99.

é necessário verificar se o genitor do sobrinho era irmão unilateral ou bilateral do *de cujus*. O fundamento para tal discriminação é que o representante só pode herdar o que herdaria o representado, se vivo fosse (CC 1.854). Assim, aos sobrinhos, filhos de irmãos bilaterais, cabe o dobro do quinhão a ser alcançado aos que são filhos dos irmãos unilaterais do *de cujus* (CC 1.843 § 2.º).²² Inversamente, se todos os sobrinhos forem filhos de irmãos bilaterais, ou todos de irmãos unilaterais, receberão quinhão de valor idêntico (CC 1.843 § 3.º).

Já quando são convocados somente os colaterais de **quarto grau**, entre estes não existe ordem de precedência: todos recebem igual valor e por cabeça. Só nesta hipótese não se empresta tratamento diferenciado pelo fato de o vínculo decorrer de parentesco unilateral ou bilateral. Havendo um tio-avô, dois sobrinhos-netos e três primos, a herança é dividida entre os seis e todos herdam quinhões iguais.

14.7. ESTADO

Não sobrevivendo descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro, herdeiros legítimos ou testamentários, ou tendo os herdeiros renunciado à herança ou sido excluídos da sucessão, por indignidade ou deserção, em qualquer dessas hipóteses a herança “se devolve” ao ente público da localização dos bens (CC 1.844). Pelo jeito, os bens seriam do município. Uma pergunta que não quer calar: será que todos os bens, de todas as pessoas, estão somente emprestados ao seu titular?

22. Inventário – indeferimento do pedido de admissão de herdeiros e de reserva de quinhão hereditário – não comprovação do vínculo de parentesco – Agravantes que afirmam que a “de cujus” possuía um irmão unilateral (“Jayme”) e que são descendentes dele, sendo, portanto, sobrinhos e sobrinhos-netos da falecida. [...] Necessidade de reserva de quinhão, nos termos do art. 628, § 2º, do CPC/2015 (art. 1.001 do CPC/1973)– Demais coagravantes (possíveis sobrinhos-netos) que não podem concorrer na sucessão – Direito de representação que se dá, apenas, na linha reta descendente e na linha transversal em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrerem – Arts. 1.851 e 1.852 do CC – Sobrinhos que, se julgada procedente a ação de investigação de paternidade, farão jus a apenas 33,33% da herança – Concorrendo à herança do falecido, irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar (art. 1.841 do CC). Os representantes só podem herdar, como tais, o que herdaria o representado, se vivo fosse (art. 1.854 do CC). Decisão reformada – recurso parcialmente provido. (TJ-SP 20860232220178260000/SP 2086023-22.2017.8.26.0000, Relator: Angela Lopes, Data de Julgamento: 19/09/2017, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/09/2017).

O poder público não é herdeiro, tanto que não integra a ordem de vocação hereditária (CC 1.829). É mero sucessor, só recolhendo a herança quando inexistem herdeiros. Ou seja, quando não há herdeiro, a herança não se transmite. Por isso é necessária uma demanda judicial que, reconhecendo a herança como **jacente**, primeiro declare os bens vagos. A herança jacente tem natureza jurídica de uma **entidade com personificação anômala**, semelhante ao condomínio e à massa falida. Só depois a titularidade é atribuída ao ente público da localização dos bens como herança **vacante**. Antes não era assim. No Código Civil anterior, constava o Estado do rol dos sucessores (CC/1916 1.603 V), o que gerou muita discussão e opiniões controversas.

Acolhendo a crítica da doutrina, o Código Civil não mais inseriu o Estado na ordem de vocação hereditária, no que fez bem, pois o Estado herdeiro não é. Não se beneficia do princípio de *saísine* e o recolhimento da herança como *res derelicta* (coisa sem dono) depende de sentença judicial, que primeiro precisa declarar ser a herança vacante (CC 1.819 a 1.823; CPC 744 e 745).

O vocábulo “Estado” é utilizado no seu sentido amplo, como sinônimo de fazenda pública. De forma estranha, a lei civil continua a falar em **Território Federal** (CC 1.822 e 1.844), que já não mais existem. Todos foram transformados em **Estados-membros**. O poder público é o único **sucessor obrigatório causa mortis**. Ao contrário dos demais sucessores, não pode **renunciar**, pois os bens são devolvidos à comunidade onde estão situados (CC 1.822; CPC 743). A natureza jurídica do direito sucessório do poder público é político-social, em reconhecimento ao fato de a ordem jurídico-econômica estatal possibilitar o acúmulo patrimonial.²³

No entanto, as pessoas jurídicas de direito público podem ser contempladas por **testamento** e, como todo e qualquer herdeiro, podem renunciar à herança. Na hipótese de o *de cujus*, sabendo da inexistência de herdeiros, por meio de testamento, atribuir ao Estado seus bens, não cabe a renúncia. Caso tenha sido imposta condição de **onerosidade excessiva**, simplesmente a fazenda pública não precisa cumprir a disposição de última vontade. Nem assim perde a titularidade do bem. A instituição de **legado** não tem força coercitiva se foram impostos encargos que possam trazer prejuízos ao erário. Cabe um exemplo: o testador deixa um terreno para o ente público, sob a condição de construir um estádio de futebol. Não havendo interesse público na realização da obra, pode renunciar ao bem.

23. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 154.

No entanto, se a herança é declarada vacante, o município não tem o dever de proceder à edificação. É que o bem não foi recebido como legado, mas como herança vaga.

Por ocasião da abertura da sucessão, o poder público não recolhe a herança. A transmissão só acontece quando é declarada a vacância, oportunidade em que os bens jacentes se transferem ao patrimônio público. O legislador protege os credores do falecido, que podem intervir para requerer o pagamento de seus créditos (CC 1.821). Tal pode ocorrer tanto na arrecadação dos bens como mediante ação de cobrança.

A importância de identificar o momento da transmissão se justifica para efeitos de **usucapião**. Transformada a herança em bem público, não pode ser objeto de usucapião (CR 183 § 3.º e 191 parágrafo único; CC 102). Assim, ainda que instaurado processo de vacância, fluindo o prazo para a aquisição do bem, tal não impede o reconhecimento da usucapião, se o prazo aquisitivo se esgotou antes da declaração judicial da vacância. A usucapião pode ser consumada antes de ser proferida a sentença, porquanto o bem ainda não havia se incorporado ao patrimônio público.²⁴

LEITURA COMPLEMENTAR

COSTALUNGA, Karine. A separação extrajudicial e o cônjuge como herdeiro necessário. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coords.). *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*: questionamentos sobre a Lei 11.441/2007. São Paulo: Método, 2007. p. 157-170.

DELGADO, Mário Luiz. O cônjuge e o companheiro deveriam figurar como herdeiros necessários? *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, v. 15, p. 33-58. set.-out. 2017.

_____. *A sucessão na união estável após o julgamento dos embargos de declaração pelo STF*: o companheiro não se tornou herdeiro necessário. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI291015,21048-A+sucessao+na+uniao+estavel+apos+o+julgamento+dos+embargos+de>>. Acesso em 24 mar. 2019.

GOZZO, Débora. Nova ordem da vocação hereditária. In: GOZZO, Débora; ALVES, José Carlos Moreira; REALE, Miguel (coords.). *Principais controvérsias no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 73-98.

24. Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito Civil*, 315.

- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ordem da vocação hereditária. In: __; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 97-114.
- MELLO, Rogério Licastro Torres de. Sucessão em torno do cônjuge herdeiro: a polêmica instalada sobre o assunto. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 14, set.-out. 2006, p. 56-60. OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventário e partilha*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- VARGAS, Hilda Ledoux. Efeitos Sucessórios da multiparentalidade nas famílias neo-configuradas: uma breve análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 898.060. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 24, nov.-dez. 2017. p. 93-110.
- VELOSO, Zeno. Herança do meio irmão. Disponível em: <<http://www.soleis.adv.br/artigoherancademeioirmao.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

15

CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA

Sumário: **15.1.** Os super-herdeiros – **15.2.** Natureza jurídica – **15.3.** Base de incidência: **15.3.1.** Concorrência com os descendentes – **15.4.** Renúncia – **15.5.** Colação – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.790, 1.829, 1.832, 1.836.

15.1. OS SUPER-HERDEIROS

Ninguém duvida que, em sede de direito sucessório, o instituto da concorrência ainda é um dos pontos mais polêmicos. O Código Civil contempla o cônjuge e o companheiro com **fração da herança**, juntamente com os primeiros colocados na ordem da vocação hereditária. Ou seja, tornaram-se super-herdeiros. Como diz Ana Maria Nevares, o cônjuge foi elevado à centralidade da ordem de vocação hereditária, concorrendo em propriedade plena com descendentes e ascendentes, sendo-lhe, ainda, preservada a quarta parte da herança, se for ascendente de todos os herdeiros com quem concorrer.¹

Esta mudança, batizada com o nome de concorrência sucessória, rompeu toda uma tradição de atribuir a herança aos descendentes e, na falta deles, aos ascendentes. Historicamente, cônjuge e companheiro só eram contemplados na ausência de **herdeiros necessários**. Agora, a depender do regime de bens, o viúvo concorre com os descendentes. Na falta de descendentes são convocados os ascendentes. Com estes, o viúvo concorre independentemente do regime de bens. Inexistindo parentes em linha reta, o cônjuge recebe a totalidade da herança, mesmo eleito o regime da separação de bens. Quanto a união estável, o Código Civil estabelece

1. Ana Maria Maia Nevares. A igualdade de direitos sucessórios..., 130.

o direito de concorrência com os descendentes, os ascendentes e também com os parentes colaterais, seja qual for o regime de bens (CC 1.790). Este dispositivo foi banido do sistema legal, ao ser reconhecida sua inconstitucionalidade pelo STF, que editou tese de repercussão geral.²

A **ordem de vocação hereditária** elege os herdeiros pela proximidade do convívio familiar. Todos os parentes detêm a condição de sucessores, segundo um critério de prioridade excludente: os herdeiros de uma classe afastam os demais (CC 1.829). A preferência é dos parentes em linha reta: primeiro os descendentes e, na falta deles, os ascendentes (CC 1.591). Depois vem o cônjuge. E nesta ordem. Todos são **herdeiros necessários** (CC 1.845). Os colaterais não são esquecidos, ao menos os que têm vínculo de parentesco até o quarto grau (CC 1.592).

Ainda que em primeiro lugar seja assegurado o direito sucessório aos descendentes e depois aos ascendentes, para o viúvo e o companheiro sobrevivente é deferida uma percentagem da herança a título de direito concorrential (CC 1.829 I e II). A justificativa para essa novidade trazida pelo Código Civil, é a alegada distorção decorrente da **alteração do regime legal de bens** promovida pela Lei do Divórcio, nos idos do ano de 1977. É o que explica Miguel Reale: *antes do advento da Lei do Divórcio, o regime legal era o da comunhão universal de bens, e o cônjuge sobrevivente fazia jus à metade de todo o acervo sucessório a título de meação. Com a mudança, o regime de bens passou a ser o da comunhão parcial, em que a meação se limita aos aquestos. Mesmo havendo direito de usufruto, a exclusão do viúvo poderia deixá-lo em situação de apuro se não existissem bens comuns, eis que toda a herança destinava-se aos descendentes ou ascendentes.*³

A inovação foi aplaudida por boa parte da doutrina. Giselda Hironaka diz que a lei veio premiar quem esteve ao lado do cônjuge ou do companheiro até sua morte.⁴ Mas, em muitos casos, sua aplicação tem se mostrado desastrosa. O casamento perdeu sua sacralidade e ninguém mais acredita nas juras de amor eterno: na doença, na pobreza e na tristeza, até que a morte os separe. Moderna expressão – **amor líquido** – evidencia a misteriosa fragilidade dos vínculos humanos, sentimento de insegurança,

2. STF – Tema 498: Inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.
3. Miguel Reale, O cônjuge no novo Código Civil.
4. Giselda Hironaka, Direito das Sucessões: introdução, 5.

desejos conflitantes de apertar os laços e, ao mesmo, tempo mantê-los frouxos. Os relacionamentos são bênçãos ambíguas: o amor é líquido, oscila entre o sonho e o pesadelo, e não há como determinar quando um se transforma no outro.⁵ Essa nova realidade leva à aceitação do divórcio, aplaude a constituição de novos vínculos familiares e permite a saudável convivência entre os meus, os teus e os nossos. Cada vez menos cônjuges e companheiros compartilham uma vida inteira. **Famílias sucessivas** é quase a regra, com filhos advindos de relacionamentos diversos. Dentro deste panorama, nada justifica privilegiar o cônjuge e o companheiro em detrimento dos filhos do falecido. O instituto da concorrência coloca no mesmo plano duas gerações, como que equiparando seu *status* afetivo, igualando-as como concorrentes, além de desconsiderar o significado simbólico da construção patrimonial.⁶ Ou seja, o instituto da concorrência atropelou a vida, fomentando a confusão, dificultando as novas uniões e ampliando os conflitos, frise-se: em vida.⁷

Essa considerável valorização sucessória do cônjuge e do companheiro surge em franco paradoxo com a maior facilidade da dissolução dos vínculos afetivos. O divórcio, desde o advento da Emenda Constitucional 66/10, não mais exige prazo ou indicação da causa. É um verdadeiro **direito potestativo extintivo** de cada consorte. Ou seja, o sistema jurídico protege a vontade de não permanecer casado – que nada mais é do que a outra face da moeda da liberdade de casar. Noutra margem, quando da morte, o viúvo ou o companheiro sobrevivente tem uma “muito privilegiada proteção sucessória”.⁸ Ora, assegurar ao cônjuge e ao companheiro parcela do patrimônio que caberia exclusivamente aos filhos só pode gerar resistências, dificultando a aceitação das novas relações de afeto dos pais. Até porque os bens recebidos a título de concorrência sucessória nunca voltam aos herdeiros do titular do patrimônio, isto é, aos filhos do viúvo ou do companheiro falecido. Só o exemplo auxilia. O genitor, em condomínio com os seus irmãos, herdaram a fazenda da família, que há anos é passada de geração a geração. Trata-se de bem particular. Vindo ele a falecer, apesar de ter filhos de relacionamento anterior, fração da fazenda irá para a viúva, a título de concorrência sucessória. A extensão de terras que receber não voltará à família. Entrará uma pessoa estranha no negócio.

5. Zygmunt Bauman, Amor líquido, 8.

6. Águida Arruda Barbosa e Giselle Groeninga, A concorrência sucessória..., 161.

7. Idem, 158.

8. Cristiano Chaves de Farias, Curso de Direito Civil, v. 7, 208.

O mais surpreendente é que tal situação é imposta pela lei sem dar chance de o casal optar de forma diferente por meio da eleição do regime de bens. O direito de concorrência anula a **autonomia da vontade** tanto no casamento quanto na união estável. A liberdade de escolha é ferida de morte, quando da morte de um do par.

Como diz Zeno Veloso, a lei não está imitando a vida, e nem está em consonância com a realidade social.⁹ A realidade não se compatibiliza com esse novo instituto e enseja inúmeras interrogações. Ninguém sabe bem o que pode ocorrer quando da morte de um, pois, independentemente do regime de bens eleito pelo casal, são diferentes as sequelas patrimoniais impostas pela lei. O pior é que para estas indagações não existe resposta única. Situações absolutamente iguais produzem efeitos diversos. O fato de nenhum do par ter bens; um ou ambos terem patrimônio; receber algum deles uma doação ou uma herança; haver ou não herdeiros, impõe diferentes formas de divisão de bens, quando da dissolução da união, pelo divórcio ou quando da morte. A situação se afigurava ainda mais inusitada pelo fato de o direito à sucessão persistir, mesmo depois de acabado o casamento pelo fim da vida em comum. De forma para lá de desarrazoada, a lei prevê a manutenção do regime de bens até a sentença da separação judicial (CC 1.575 e 1.576). Assim, o direito de concorrência e o direito à herança não estão condicionados à subsistência do casamento até a data da abertura da sucessão. Por construção jurisprudencial, cristalizou-se o entendimento de que a **separação de fato** rompe o casamento, não mais produzindo efeitos patrimoniais. A Emenda Constitucional 66/2010 corrobora este entendimento. O Código de Processo Civil faz referência ao instituto da **separação consensual**, não havendo mais espaço para a ação de separação litigiosa. Assim, estando o casal separado de fato quando do falecimento de um dos cônjuges, o sobrevivente não mais desfruta da condição de herdeiro. Independentemente do tempo da cessação da conjugalidade, quando do falecimento de um, o outro não é herdeiro, não faz jus nem à herança nem ao direito de concorrência. O permissivo legal a este absurdo (CC 1.830) tem sido reconhecido como revogado. O sobrevivente somente tem direito à **meação** do patrimônio amealhado durante o período da vida em comum, se a tal fizer jus a depender do regime de bens. Mas quanto a isso, não se está em sede sucessória.

Nunca ninguém questionou se tal regra era aplicada à **união estável**. O fato é que, finda a vida em comum antes da abertura da sucessão, desaparece

9. Zeno Veloso, Do direito sucessório dos companheiros, 249.

o direito sucessório entre os companheiros, uma vez que sua dissolução não depende da chancela judicial. Com o fim da convivência não há nem direito concorrente nem direito à herança. Remanesce somente o direito à **meação** dos bens adquiridos onerosamente durante o período de convívio, o que não se confunde com direito sucessório.

15.2. NATUREZA JURÍDICA

O direito de concorrência nada mais é do que **direito hereditário**. O cônjuge e o companheiro fazem jus a parte da herança. E quem recebe herança é herdeiro. Como se trata de direito assegurado por lei, cônjuges e companheiros são **herdeiros necessários**, ao menos quanto à fração a que fazem jus a título de direito concorrente. Desse modo, já que o testador pode impor restrições ao quinhão dos herdeiros necessários, também pode clausular os bens correspondentes ao direito de concorrência. Assim, declinando a motivação, pode impor as cláusulas de **inalienabilidade**, **impenhorabilidade** e **incomunicabilidade** aos bens que o cônjuge ou o companheiro irão receber (CC 1.848).

Já que o direito de concorrência transforma cônjuge e companheiro em **herdeiros necessários**, sobre a porção da herança que recebem a este título, eles estão sujeitos à **exclusão**. Basta que atentem contra a vida, a honra ou a liberdade do autor da herança, casos em que poderão ser **deserdados** pelo testador (CC 1.961) ou declarados **indignos** (CC 1.814), por iniciativa dos herdeiros ou do Ministério Público (CC 1.815 § 2º).

Do mesmo modo o testador pode **identificar** os bens para compor o direito de concorrência do cônjuge ou companheiro (CC 2.014). Como tem a faculdade de assim agir com relação à legítima dos herdeiros necessários, neste conceito se inclui o direito de concorrência do cônjuge ou companheiro.

É possível o **adiantamento do direito concorrente**, como acontece com a legítima (CC 544). **Doações** feitas ao cônjuge ou ao companheiro devem ser consideradas adiantamento do que irão receber a título de concorrência sucessória e, assim, precisam ser trazidas à **colação** (CC 2.020). Para que isso não ocorra é necessário que o doador expressamente dispense tal ato, caso em que a doação irá incidir sobre a **parte disponível** da herança e não integrará a parcela a receber a título de concorrência hereditária.

Na concorrência sucessória não existe **direito de representação**. Tratando-se de **direito personalíssimo**, é indispensável que o cônjuge ou o

companheiro do falecido esteja vivo à época da abertura da sucessão. Seus descendentes não podem representá-lo.

O Código Civil silencia sobre o **direito de usufruto**, que era reconhecido na legislação pretérita (CC/1916 1.611 § 1.º). Por isso, de forma unânime, a doutrina afirma que o direito desapareceu, tendo sido substituído pela concorrência sucessória. Para Euclides de Oliveira é manifesta a vantagem do cônjuge viúvo, que passou a ter reforçada sua posição no plano sucessório ao adquirir a propriedade de parte dos bens do falecido.¹⁰ No entanto, o usufruto sobre parte dos bens da herança era concedido em todos os regimes de bens, exceto no da comunhão universal. O direito de concorrência com os descendentes é mais restrito, pois não existe nos regimes da comunhão universal, separação obrigatória e comunhão parcial, a depender da existência ou não de bens particulares (CC 1.829 I). No **regime da separação convencional** o entendimento do STJ é de que persiste o direito de concorrência, só é afastado no regime da separação obrigatória de bens.¹¹

15.3. BASE DE INCIDÊNCIA

Sobre a extensão do acervo sucessório para servir de base para o cálculo do direito de concorrência só há dúvidas. A lei nada diz e há opiniões das mais variadas.

15.3.1. Concorrência com os descendentes

Como o direito concorrente do cônjuge ou companheiro com os descendentes está condicionado ao regime de bens, para contornar, ao menos em parte, a incongruência da norma legal, a posição mais coerente, até para evitar o enriquecimento sem causa, foi adotada pela Min. Fátima Nancy:

10. Euclides de Oliveira, *Direito de herança*, 124.

11. *Direito das sucessões. Cônjuge. Herdeiro necessário. Art. 1.845 do CC. Regime de separação convencional de bens. Concorrência com descendente. Possibilidade. Art. 1.829, I, do CC. 1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do CC). 2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do CC. 3. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 1.382.170/SP (2013/0131197-7), 2ª Seção, Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 22/04/2015).*

admitir o direito de concorrência exclusivamente sobre os **bens comuns**, ou seja, os adquiridos durante a união.¹²

Essa posição, infelizmente, acabou isolada. Prevalece a interpretação literal da lei, assegurando ao cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão parcial de bens, o direito de concorrer com os descendentes do falecido exclusivamente quanto aos **bens particulares** do *de cujus*.¹³

O direito de compartilhar a herança com os descendentes **só existe no regime da comunhão parcial**. Nos regimes da comunhão universal e da separação obrigatória, de modo expresso, a lei exclui o direito (CC 1.829 I). Olvidou-se o legislador de referir o regime da participação final nos aquestos e o regime da separação convencional. Mas o STJ reconhece o direito de concorrência na separação consensual de bens.¹⁴

Para identificar a fração de bens a ser dividida entre o viúvo e os herdeiros, é necessário fazer alguns cálculos. Primeiro, extremar a **meação** do cônjuge sobrevivente: a metade do patrimônio adquirido durante a vigência do casamento. Não se trata de herança e lhe pertence por direito próprio.

Para chegar-se ao montante da herança: soma-se a meação do morto e seus bens particulares e abatem-se as dívidas do *de cujus* e as dívidas do

12. STJ, REsp 1.377.084/MG, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08/10/2013.

13. Recurso especial. Civil. Direito das Sucessões. Cônjuge sobrevivente. Regime de comunhão parcial de bens. Herdeiro necessário. Existência de descendentes do cônjuge falecido. Concorrência. Acervo hereditário. Existência de bens particulares do *de cujus*. Interpretação do art. 1.829, I, CC. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. 1. Não se constata violação ao art. 535 do CPC quando a Corte de origem dirime, fundamentadamente, todas as questões que lhe foram submetidas. Havendo manifestação expressa acerca dos temas necessários à integral solução da lide, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte, fica afastada qualquer omissão, contradição ou obscuridade. 2. Nos termos do art. 1.829, I, do CC, o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares. 3. A referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens particulares constantes do acervo hereditário do *de cujus*. 4. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.368.123/SP (2012/0103103-3), 2ª Seção, Rel. p/acórdão Min. Raul Araújo, j. 22/04/2015).

14. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Direito das sucessões. Cônjuge. Regime de separação convencional de bens. Herdeiro necessário. Concorrência com descendentes. Possibilidade. 1. A Segunda Seção desta Corte firmou o entendimento segundo o qual, no regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente possui a qualidade de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido. A concorrência somente fica obstada quando se tratar de regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. 2. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AREsp: 187515 RS 2012/0117207-4, 3.ª T, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 19/09/2017, DJe 05/10/2017).

espólio. Depois é calculado o direito concorrente do cônjuge, que incide sobre os bens particulares. Concluídos todos estes cálculos é que se chega à herança a ser dividida entre os descendentes.

O tratamento diferenciado conferido pela lei ao direito concorrente do cônjuge e do companheiro gerou enormes discussões doutrinárias e decisões divergentes, uma vez que a Constituição da República não diferenciou e nem hierarquizou estas duas entidades familiares. O STF, em recurso de repercussão geral, reconheceu a inconstitucionalidade da distinção.¹⁵ O Relator, Min. Barroso, eliminou a diferenciação. Afirma, em seu voto, que *a distinção de regimes sucessórios estabelecida pelo Código Civil desprotege o companheiro em inúmeras situações, retirando-lhe direitos que já haviam sido conferidos por lei, ao mesmo tempo em que, em outras situações, privilegia a união estável, protegendo o companheiro, mesmo que involuntariamente, de forma mais intensa que o cônjuge*. O tema acabou sendo objeto de tese.¹⁶

15. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil à sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011). 2. Não é legítimo desequilibrar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. (STF, RE 646.721/RS, T. Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Luis Roberto Barroso, j. 10/05/2017).
16. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas

Questionado sobre a extensão dos efeitos do julgamento quanto a condição igualitária do cônjuge e do companheiro nas demais previsões legais, o STF limitou-se a rejeitar os embargos de declaração que foram opostos.¹⁷

Apesar disso, há que se reconhecer que o companheiro foi equiparado ao cônjuge para todo e qualquer efeito, não só quanto ao direito de concorrência sucessória. Proclamada a inconstitucionalidade do tratamento diferenciado concedido ao companheiro, há que se utilizar o mesmo fundamento frente a todas as discriminações existentes no sistema legal.

15.4. RENÚNCIA

Quanto ao direito de concorrência sucessória, o cônjuge e o companheiro dividem a herança ou com os filhos, ou com os pais do falecido. Como a quota é recebida a título de **herança**, eles podem **renunciar** a tal direito. A renúncia pode ser levada a efeito por **termo nos autos do inventário**, sendo desnecessário o uso de escritura pública (CC 1.806). A renúncia não gera sequer **encargo tributário**. É como se não tivesse havido a aquisição do direito, tanto que o renunciante não pode indicar o beneficiário.

A quota do renunciante retorna à sucessão, sendo dividida entre os demais herdeiros. O cônjuge ou o companheiro podem ceder a quota recebida a título de direito concorrente. A **cessão** pode ser onerosa ou gratuita, negócio jurídico que ocorre fora do âmbito sucessório.

Ainda que tenha o cônjuge renunciado ao **direito de concorrência**, tal não lhe subtrai a condição de herdeiro – e herdeiro necessário –, podendo vir a ser o único beneficiário da herança. Basta imaginar que os herdeiros das classes antecedentes (descendentes e ascendentes) também renunciem. O cônjuge recebe por **direito próprio** a totalidade da herança, pois é terceiro colocado na ordem de vocação hereditária.

A doutrina sempre se opôs à possibilidade de o **concurso sucessório** ser afastado por **pacto antenupcial** ou via **contrato de convivência**. Sendo proibido dispor sobre herança de pessoa viva (CC 426), nula a convenção

hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

17. STF, Emb. Decl. No RE 878.694, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, j. 26/10/2018.

que contraria disposição absoluta de lei (CC 1.655).¹⁸ No entanto, surgem vozes admitindo a renúncia antecipada do direito concorrencial.¹⁹

No entanto, O Tribunal de Justiça de Pernambuco, por meio de provimento,²⁰ autoriza o afastamento da Súmula 377,²¹ via pacto antenupcial. Nesse mesmo sentido, parecer da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo.²²

15.5. COLAÇÃO

Os herdeiros que recebem doações em vida, quando da morte do doador, precisam trazê-las à colação. Esta obrigação é imposta aos descendentes (CC 2.002) e aos cônjuges (CC 2.003) para igualar as legítimas. Isso porque doações dos ascendentes aos **descendentes** são reconhecidas como **adiantamento de legítima** (CC 544).

A imposição desse encargo ao cônjuge decorre do fato de ter sido promovido a herdeiro necessário (CC 1.845). Porém, o viúvo só é convocado à sucessão quando não há outros herdeiros que o antecedam: nem descendentes, nem ascendentes. Como último e único colocado na ordem sucessória necessária, recolhe toda a herança. Assim, não há quinhão de herdeiro necessário a preservar. Nessa hipótese, não tem qualquer justificativa a obrigação imposta ao cônjuge de trazer as doações que recebeu à colação, pois não tem com quem compensar.

No entanto, como cônjuge e companheiro tornaram-se herdeiros concorrentes, com relação à fração a que fazem jus, são **herdeiros necessários**. O que recebem a título de concorrência sucessória é direito sucessório. Caso tenha havido doação de bens durante o casamento ou a união, há que se distinguir. Só tem dever de colacionar quando comparecer à sucessão como herdeiro concorrente. Feita a doação por **terceiros** a favor do casal, quando do falecimento de um, o outro resta com a integralidade do bem (CC 551 parágrafo único). As doações **entre o casal** precisam ser conferidas. Quando do falecimento do doador, o sobrevivente precisa trazer à

18. Euclides de Oliveira, Direito de herança, 106.

19. Neste sentido: Rolf Madaleno, Renúncia de herança no pacto antenupcial, 57 e Mário Luiz Delgado, Da renúncia prévia ao direito concorrencial...

20. TJPE – Provimento 08/2016.

21. STF – Súmula 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

22. TJSP – Rec. Adm. Parecer da CGJ de 01/12/2017.

colação o bem recebido. O que lhe foi doado deve ser compensado do que faz jus a título de herdeiro concorrente. Não se trata de adiantamento de legítima, mas de **adiantamento de direito concorrente**. Esta possibilidade permite que cônjuges e companheiros elejam os bens para compor o direito de concorrência. Basta fazerem mútuas doações. As doações não precisam ser de bens particulares. Quem recebe os bens precisa trazê-los à colação para serem compensados. Com isso, o direito concorrente incide sobre patrimônio distinto do que a lei impõe.

LEITURA COMPLEMENTAR

BUSATO, Avani Valéria Rigo. Direito real de habitação no direito sucessório. In: COUTO, Sergio; MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (co-ords.). *Família notadez*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. p. 53-67.

DELGADO, Mário Luiz. O cônjuge e o companheiro deveriam figurar como herdeiros necessários? *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, v. 15, p. 33-58. set.-out. 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MEDEIROS, Gustavo André Guimarães. A concorrência sucessória do cônjuge nos casos de filiação híbrida. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 25, p. 77-98. dez.-jan. 2012.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A igualdade de direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro: julgamento do Recurso Extraordinário n. 878-694-MG *Revista Brasileira de Direito de Família*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 21, p. 125-152. maio/jun. 2017.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Concorrência sucessória do cônjuge com descendentes, em casamento no regime da comunhão parcial de bens. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v.1. jan./fev. p. 129-136.

VELOSO, Zeno. *A história de Nagibão e o art. 1.790 do Código Civil*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/artigos/1253/A+história+de+Nagibão+e+o+art.+1.790+do+Código+Civil>. Acesso em: 22 abr. 2019.

16

CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

Sumário: **16.1.** Injustificável discriminação: **16.2.1.** Concorrência com os descendentes; **16.2.2.** Concorrência com os ascendentes; **16.2.3.** Concorrência com os parentes colaterais – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.790, 1.829, 1.832, 1.836.

16.1. INJUSTIFICÁVEL DISCRIMINAÇÃO

De modo absolutamente injustificável, a lei empresta tratamento desigual ao casamento e à união estável no âmbito do direito sucessório. Ainda que assegurado tanto ao cônjuge como ao companheiro o direito de concorrer com descendentes e ascendentes, este privilégio está previsto em dispositivos legais distintos e diferem, tanto no que diz com o **cálculo**, como com a **base de incidência**. Claro que os resultados só podem ser diversos.

Depois de, por anos, a doutrina denunciar que o tratamento diferenciado conferido pelo Código Civil é escancaradamente **inconstitucional**, afrontando os princípios da igualdade e da dignidade humana, o Supremo Tribunal Federal, em sede de **repercussão geral**,¹ proclamou a **inconstitucionalidade** do art. 1.790 do Código Civil, editando tese vinculante.² O

1. STF, Repercussão Geral no RE 878.694/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/2017.
2. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

STJ acolheu **incidente de inconstitucionalidade**³ e se alinhou na mesma posição.⁴

Deste modo, foi afastado o tratamento diferenciado entre cônjuges e companheiros em sede de concorrência sucessória. No entanto, foi determinada a aplicação do confuso e injusto dispositivo que condiciona o direito ao regime de bens do casamento. Exclui-se o direito nos regimes da comunhão universal e separação legal obrigatória. Quanto ao regime da comunhão parcial, consolidou-se o entendimento em sede doutrinária e jurisprudencial de que o direito concorrente incide sobre os **bens particulares** do falecido (CC 1.829 I).

Apesar do silêncio da lei, a tendência é admitir o direito concorrente no regime da **participação final nos aquestos**, por não excluído, de modo expresso, pela lei.

Quanto ao regime da **separação convencional** de bens, consolidou-se o entendimento de que há o direito de concorrência, uma vez que o intérprete não pode restringir onde a lei não excepcionou.

No casamento, ausente pacto antenupcial, vigora o **regime da comunhão parcial** (CC 1.640). Na união estável também (CC 1.725). Assim, os noivos e os conviventes têm a possibilidade de afastar o direito de concorrência optando pelo regime da comunhão universal ou da separação convencional de bens.

O STF não se limitou a proclamar a inconstitucionalidade quanto ao direito de concorrência, apesar de este ter sido o objeto da ação. O fundamento da decisão foi a vedação de **tratamento discriminatório** entre casamento e união estável. Diz a tese: “é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros”. Deste modo, todas as diferenciações existentes no sistema legal estão tisanadas de inconstitucionalidade. Esta, porém, não é a posição predominante da doutrina, que restringe a decisão ao regime concorrential.

Deste modo, persistiria a diferenciação quanto à ordem de vocação hereditária: o **cônjuge**, figurando em **terceiro lugar** (CC 1.829 III) como **herdeiro necessário** (CC 1.845), enquanto o **companheiro**, mero **herdeiro legítimo** (CC 1.844). Consequência: o cônjuge não pode ser afastado da sucessão, mas o companheiro, sim, pode. Via testamento, imotivadamente, é

3. STJ, AI no REsp 1.291.636/DF (2011/0266816-9), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11/06/2013.

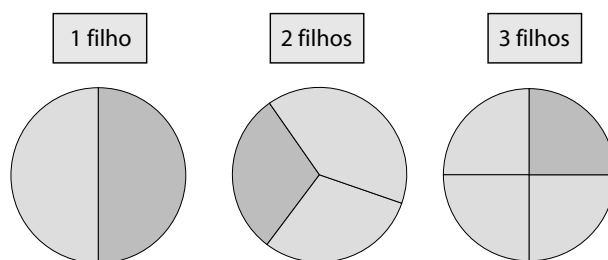
4. STJ, REsp 1.337.420, 4.^a T., Rel. Luis Felipe Salomão, j. 22/08/2017.

possível excluir o companheiro da sucessão. O cônjuge pode ser deserdado, mas a causa precisa ser declarada no testamento e confirmada em juízo.

16.2.1. Concorrência com os descendentes

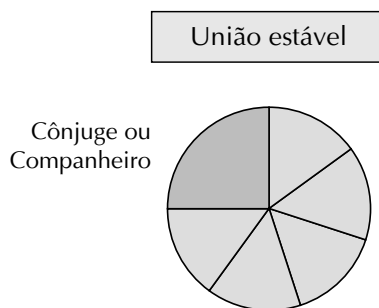
Na concorrência sucessória com os descendentes, cônjuges e companheiros fazem jus à fração dos bens particulares como se filhos fossem. A meação do falecido é dividida somente entre os descendentes.

A divisão é feita por cabeça entre o sobrevivente e os herdeiros. Assim, sendo um filho, os bens são divididos com o seu genitor. Sendo dois os filhos, eles ficam com dois terços, e o cônjuge ou o companheiro com um terço. O mesmo ocorre se forem três os filhos: cada um recebe uma quarta parte.

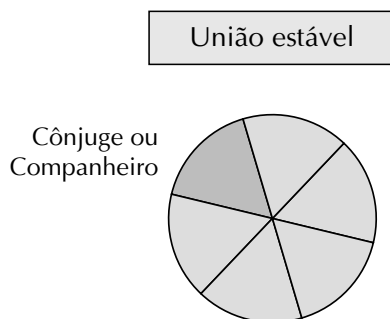


Se o número dos herdeiros for superior a quatro, o cônjuge tem direito a uma quota mínima de 1/4 dos bens particulares, recebendo quinhão maior que seus filhos. Assim, se o casal tinha cinco filhos, o cônjuge recebe 25% dos bens particulares, e cada um dos filhos 15%.

Esta fração mínima é assegurada também na união estável, uma vez que o artigo que contempla tal direito (CC, 1.832) faz expressa referência ao inciso I do art. 1.829, que o STF determinou que se aplicasse ao companheiro sobrevivente.



Quando os herdeiros são **filhos somente do autor da herança**, viúvo e companheiro recebem parcela igual à dos enteados. Permanecendo no exemplo dos cinco filhos, o cônjuge ou o parceiro sobrevivente recebem 1/6 dos bens particulares.



Parece que o legislador esqueceu das **famílias pluriparentais**, que surgem da sucessividade dos vínculos afetivos, ensejando o surgimento da chamada **filiação híbrida**, expressão cunhada por Giselda Hironaka⁵ para identificar uma realidade cada vez mais frequente: os meus, os teus e os nossos filhos. Ou seja, entidades familiares constituídas pelo casamento ou união estável, em que existem filhos exclusivos de cada um e filhos comuns. Desse modo, quando do falecimento de um dos cônjuges ou companheiros, há herdeiros que são filhos exclusivos do *de cujus* e herdeiros que são filhos do casal.

Ao tratar do direito de concorrência, a lei deixa de esclarecer se, havendo filiação híbrida, subsiste ou não o direito à quota mínima. Trata-se de um **vazio legislativo** e não de uma **lacuna normativa**, ou seja, um nada jurídico, a ser colmatado pelo intérprete.⁶ O fato é que não há como saber se o viúvo – e agora também o companheiro – permanecem com a garantia de receber um quarto dos bens particulares. Para não precisar se socorrer de complicadas equações algébricas, de modo a encontrar uma média ponderada, a solução é proceder à divisão de forma igualitária, sem privilegiar cônjuge e companheiro sobrevivente com uma fatia maior dos bens particulares.

5. Giselda Hironaka, Comentários ao Código Civil, v. 20.

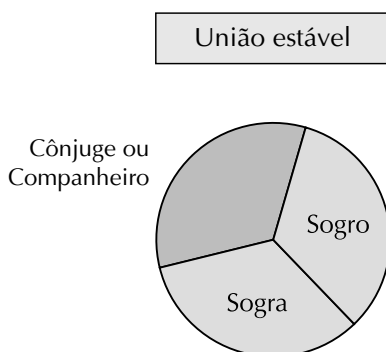
6. Tarlei Lemos Pereira, Direito sucessório dos conviventes na união estável:..., 227.

16.2.2. Concorrência com os ascendentes

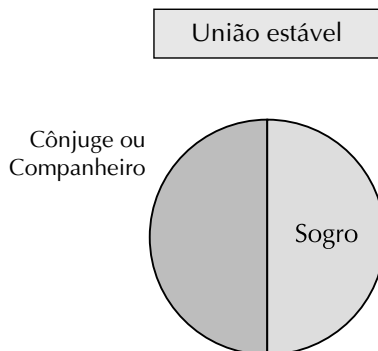
Inexistindo descendentes, são os descendentes que herdam a totalidade da herança, pois figuram em segundo lugar na ordem de vocação hereditária (CC 1.845). O direito de concorrência assegurado ao viúvo não é condicionado ao regime de bens. O viúvo concorre com os ascendentes sobre a **totalidade da herança** (CC 1.837) e não sobre os bens particulares.

Excluído do sistema legal o art. 1.790 do CC, indispensável reconhecer que o companheiro faz jus a uma fração sobre todos os bens que compõem a herança a ser percebida pelos ascendentes.

O quinhão do cônjuge e do companheiro é igual na hipótese de a concorrência se estabelecer com **ambos os genitores** do falecido (CC 1.837). Cada um recebe a fração de 1/3: o cônjuge ou o companheiro e cada um dos genitores.



Em todas as demais hipóteses ao viúvo e ao companheiro é assegurada metade da herança.



Quando os ascendentes forem de **graus mais distantes** (avós do falecido), independe de quantos sejam, a parcela do cônjuge ou companheiro sobrevivente continua sendo de 50%. Logo, na hipótese de o falecido ter sido casado ou vivido em união estável, se os herdeiros forem os quatro avós, eles recebem a metade e a outra metade é dividida entre os avós: cada um vai receber 1/8 da herança.

16.2.3. Concorrência com os parentes colaterais

Os parentes colaterais não são herdeiros necessários, mas são herdeiros legítimos, ou seja, têm legitimidade para receber a herança se não existirem nem descendentes nem ascendentes (CC 1.829 IV). Quando são os únicos herdeiros, para serem afastados da sucessão é indispensável que tal seja declarado em **testamento**. Como não se trata de deserdação, o autor da herança nem precisa motivar a exclusão. Basta dispor do seu patrimônio sem os contemplar (CC 1.850).

Mas, se o falecido era casado ou vivia em união estável, os colaterais nada recebem, pois o cônjuge antecede os colaterais na ordem sucessória (CC 1.829 III) e foi declarada a inconstitucionalidade do dispositivo que concedia tratamento diferenciado ao companheiro sobrevivente (CC 1.790 III).

De outro lado, se o casal optou pelo **regime da separação convencional** de bens, falecendo um deles sem descendentes ou ascendentes, o viúvo recebe a totalidade da herança, como herdeiro necessário (CC 1.838 e 1.845).⁷

Na união estável, firmado contrato de convivência estabelecendo o regime da separação de bens, inexistindo descendentes ou ascendentes, o companheiro sobrevivente herda a totalidade da herança, uma vez que o STF afirmou ser inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros.⁸

7. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Direito das sucessões. Cônjuge. Regime de separação convencional de bens. Herdeiro necessário. Concorrência com descendentes. Possibilidade. 1. A Segunda Seção desta Corte firmou o entendimento segundo o qual, no regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente possui a qualidade de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido. A concorrência somente fica obstada quando se tratar de regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. 2. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 187515 RS 2012/0117207-4, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 19/09/2017, p. 05/10/2017).

8. Recurso especial. Civil. Sucessões. Arrolamento de bens. Ex-companheira. Descompasso entre sucessão de cônjuge e sucessão de companheiro. Habilitação no in-

Quando alguém não tem herdeiros descendentes ou ascendentes, não era casado e nem vivia em união estável, e nem tem parentes até o quarto grau, com a sua morte seu patrimônio resta **jacente**, isto é, sem dono. É recolhido e transferido ao Município onde se encontram situados os bens, como **herança vacante** (CC 1.844).

Na hipótese de, durante o casamento ou a união estável, um do par adquirir bens clausulados de **incomunicabilidade**, quando do seu falecimento, inexistindo herdeiros antecedentes, o cônjuge ou o companheiro sobrevivente recebem a totalidade do patrimônio, inclusive os bens clausulados (CC 1.844).

Caso o desejo do par seja a absoluta **incomunicabilidade do patrimônio**, é necessária a adoção do regime da separação convencional de bens. Porém, esta manifestação de vontade eleita via pacto antenupcial ou contrato de convivência só vigora durante a união. Quando da morte de um, sem herdeiros antecedentes, a totalidade dos bens do falecido ficará para o sobrevivente.

Todas essas situações hipoteticamente figuradas deixam evidenciado que a lei tratou de forma desigual situações idênticas. No mesmo dispositivo em que a Constituição da República assegura especial proteção à família, reconhece a união estável como entidade familiar, não manifestando preferência pelo casamento. A singela recomendação – mais do que inútil – para que seja facilitada a conversão da união estável não hierarquiza as duas formas de constituir família (CR 226 § 3.º). Assim, nada, absolutamente nada, justifica a divisão do patrimônio de forma diversa, em sede de direito sucessório.

ventário devida. Direito ao usufruto viual. Não cabimento. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002. Sucessão que deve observar o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002. Recurso provido. 1. Referida controvérsia foi enfrentada recentemente pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, em que se declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, em que se propôs a seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002.” 2. O recurso especial deve ser provido apenas para negar o direito da recorrida ao usufruto viual, mantendo-a habilitada nos autos do arrolamento/inventário, devendo ser observados e conferidos a ela os direitos assegurados pelo CC/2002 aos cônjuges sobreviventes, conforme o que for apurado nas instâncias ordinárias acerca de eventual direito real de habitação. 3. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.139.054/PR (2009/0086949-3), 4ª T., Rel. Min. Lázaro Guimarães, j. 06/02/2018).

LEITURA COMPLEMENTAR

DIAS, Maria Berenice. Casar ou não casar? Dúvidas sobre questões sucessórias. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 17, ago.-set. 2010, p. 27-40.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. Os fundamentos do direito sucessório como parâmetro a conferir ao companheiro os mesmos direitos sucessórios do cônjuge supérstite. In: NICOLAU JÚNIOR, Mauro. *Novos direitos*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 355-379.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

17

CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES

Sumário: **17.1.** Um direito condicional – **17.2.** Regime de bens: **17.2.1.** Comunhão universal; **17.2.2.** Separação obrigatória e convencional; **17.2.3.** Comunhão parcial; **17.2.4.** Participação final nos aquestos – **17.3.** Dificuldades incontornáveis – **17.4.** Quota mínima – **17.5.** Filiação híbrida – **17.6.** Direito de representação – **17.7.** Renúncia.

Referências legais: CC 1.829 I, 1.832.

17.1. UM DIREITO CONDICIONAL

Como o vínculo afetivo mais forte que existe é entre pais e filhos, a lei atenta a esta realidade e contempla com a herança os parentes em **linha reta** (CC 1.591). Primeiro são convocados os **descendentes**, que encabeçam a lista dos herdeiros necessários (CC 1.845). Na falta de descendentes são chamados os **ascendentes**.

O cônjuge sobrevivente ocupa a terceira posição na ordem de vocação hereditária, também como herdeiro necessário. Reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal¹ a **inconstitucionalidade** do tratamento diferenciado outorgado pela lei a cônjuge e companheiro no âmbito do direito sucessório, é de se reconhecer que também o companheiro passou a integrar a ordem de vocação hereditária como **herdeiro necessário** (CC 1.845). Excluído,

1. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

em boa hora, o regime sucessório diferenciado à **união estável** (CC 1.790), ao companheiro sobrevivente valem as mesmas regras consagradas para o casamento (CC 1.829 I).

No **casamento**, a eleição do regime de bens é feita por escritura pública de **pacto antenupcial** (CC 1.640 parágrafo único e 1.653). Sua alteração, durante o casamento, depende de processo judicial (CC, 1.639 ° 2º e CPC 734). Na **união estável** a escolha e a alteração do regime de bens é levada a efeito via **contrato de convivência**, por meio de documento particular ou escritura pública.

Havendo herdeiros antecedentes (descendentes ou ascendentes), ao cônjuge e ao companheiro é assegurada percentagem da herança a título de concorrência sucessória. Instala-se verdadeiro **condomínio** entre os herdeiros e o viúvo ou o parceiro sobrevivente.

Para o viúvo ou o companheiro sobrevivente receber um naco do quinhão dos descendentes, depende do regime de bens que o casal elegeu quando do casamento ou da formalização da união estável.

17.2. REGIME DE BENS

O Código Civil instituiu o **concurso sucessório** do cônjuge sobrevivente com os descendentes,² mas traz exceções, a depender do regime de bens eleito pelo casal. Depois de consagrar o instituto da concorrência, são apontados os regimes de bens que excluem o direito. A **regra** é a concorrência. A não concorrência é a exceção.

No casamento, são apontados os regimes de bens em que o sobrevivente não concorre. Como são hipóteses que excluem direitos, é de se ter a nominata como **taxativa**. É o que se chama de *numerus clausus*, a impedir interpretação extensiva. Assim, quando não expressamente excluído, prevalece o direito de concorrência. Como são referidos somente os regimes de comunhão universal de bens, separação obrigatória de bens e uma modalidade da comunhão parcial de bens (a depender da existência de bens particulares do *de cujus*), outra não pode ser a conclusão: nos demais regimes o sobrevivente concorre com os herdeiros. Portanto, prevalece o direito de concorrência: na separação convencional de bens, no regime da participação final de aquestos e em uma modalidade do regime da comu-

2. JCJF – Enunciado 609: O regime de bens no casamento somente interfere na concorrência sucessória do cônjuge com descendentes do falecido.

nhão parcial. Quando existem bens particulares, a partir da decisão do STJ,³ unificou-se o entendimento de que sobre esses bens é calculado o direito concorrencial, tanto no casamento como na união estável⁴

Mas há uma pergunta que não quer calar e que flagra o despropósito de contrabandear para o direito sucessório o regime de bens: qual regra seguir, em face da possibilidade de o casal optar por um **regime híbrido**, dispondo como desejarem sobre os efeitos patrimoniais da união (CC 1.639)?

Outro fato a atentar é que a lei admite a **alteração do regime de bens**. Serviria de justificativa para o pedido de alteração, o desejo do par de alterarem o direito de concorrência sucessória?

Como a decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal não mais admite tratamento discriminatório entre casamento e **união estável**, o direito de concorrência do companheiro passou a depender, também, do regime de bens. No silêncio dos conviventes, vigora o regime da comunhão parcial (CC 1.725). A qualquer momento, antes do início, ou durante o período de convívio, podem os conviventes firmarem contrato – particular ou por escritura pública – elegendo ou modificando o regime de bens.

3. Recurso especial. Civil. Direito das Sucessões. Cônjuge sobrevivente. Regime de comunhão parcial de bens. Herdeiro necessário. Existência de descendentes do cônjuge falecido. Concorrência. Acervo hereditário. Existência de bens particulares do *de cujus*. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil. [...] 2. Nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares. 3. A referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens particulares constantes do acervo hereditário do *de cujus*. 4. Recurso especial provido. (STJ, REsp. 1.368.123/SP 2012/0103103-3, 2.^a S., Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. p/ o acórdão Min. Raul Araújo, j. 22/04/2015).
4. Inventário. Decisão que determinou a exclusão de bem imóvel doado à filha do *de cujus* do monte-mor. Recurso provido. Inventário. Insurgência contra decisão que determinou a exclusão de bem imóvel doado à filha do autor da herança. Efeito suspensivo deferido. O art. 1.790 do CC foi declarado inconstitucional nos autos do RE 878.694/MG. Equiparação do companheiro ao cônjuge para fins sucessórios, nos termos do art. 1.829 do CC. Os cônjuges ou companheiros concorrem com os descendentes [sic] quanto aos bens particulares do *de cujus*. Jurisprudência do STJ. Imóvel adquirido pelo falecido em data anterior ao início da união estável, mas doado à filha durante a convivência comum com a recorrente. A metade ideal do bem deve ser trazida a colação, a fim de igualar a legítima das herdeiras. Inteligência dos arts. 544, 2.002 e 2.003 do CC. Afasta a alegação de litigância de má-fé por parte da agravante. Decisão parcialmente reformada. Recurso provido. (TJSP, AI 2106181-64.2018.8.26.0000, Rel. J. B. Paula Lima, 10.^a C. Dir. Priv. j. 02/10/2018)

17.2.1. Comunhão universal

No regime da comunhão universal de bens (CC 1.667 a 1.671) não existe direito de concorrência, isso porque o sobrevivente tem direito à **meação** sobre todo o acervo patrimonial. Até se consegue vislumbrar a intenção do legislador: a meação garante que o sobrevivente não fique ao desamparo, e deferir-lhe mais o direito de concorrência, seria beneficiamento excessivo. Como a totalidade da herança pertence ao casal, o cônjuge ou companheiro recebe, a título de meação, a metade de todo o acervo hereditário. Tanto os bens particulares como os adquiridos durante a vida em comum são partilhados meio a meio. Logo, o sobrevivente fica com cinquenta por cento de tudo. A meação do *de cujus* é dividida, exclusivamente, entre seus descendentes.

No entanto, mesmo neste regime existem bens que não se comunicam (CC 1.668). Com relação a eles não há direito à meação. Traz Euclides de Oliveira o exemplo dos bens recebidos com **cláusula de incomunicabilidade**. Falecido o beneficiário, o cônjuge sobrevivente não tem direito de meação sobre tais bens. Daí o alerta de que retirar do sobrevivente o direito de concorrência seria solução de demasiado rigor.⁵

O regime da comunhão universal é o único que justifica a imposição de cláusula de **incomunicabilidade**. Nos demais, doações e direitos sucessórios já são comunicáveis, consistindo em bens particulares. Ora, se o genitor clausulou de incomunicabilidade a herança de seu filho, admitir que o cônjuge sobrevivente – exatamente quem o testador quis afastar – receba até a metade de tais bens a título de concorrência sucessória desvirtua inteiramente o instituto. Trai o desejo do testador de não ver seus bens nas mãos do cônjuge do filho.

17.2.2. Separação obrigatória e convencional

Outra causa de exclusão do direito de concorrência é o regime da **separação obrigatória** (CC 1.641). Afastar a participação do sobrevivente reforça a intenção punitiva da norma, que elimina as consequências patrimoniais do casamento de quem tem mais de 70 anos. Essa mesma restrição tem sido imposta à união estável. Ainda bem que Súmula do STF⁶ alterou este perverso regime para o da comunhão parcial e a ju-

5. Euclides de Oliveira, Direito de herança:..., 109.

6. STF – Súmula 377: No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

risprudência, reiteradamente, tem declarado a inconstitucionalidade do malsinado dispositivo legal.

Vem a doutrina admitindo que cônjuges e companheiros prevejam no pacto antenupcial ou no contrato de convivência ou até via escritura pública, a não incidência da Súmula 377 do STF, para impedir a comunicabilidade dos bens adquiridos durante o período da vida em comum. Inclusive José Fernando Simão sustenta a possibilidade de ser requerida a **alteração do regime de bens** para excluir a comunicação dos aquestos.⁷

Há outra incongruência na lei, e que diz com o **regime da separação convencional**. Entre as exceções ao direito de concorrência, a lei faz referência ao regime de separação obrigatória e não cita a adoção convencional do mesmo regime (CC 1.829 I). Ainda que não haja diferença alguma no que diz com os efeitos patrimoniais entre os dois regimes, o sobrevivente é brindado com parte da herança do falecido, ainda que não tenha sido este o desejo do casal que, por vontade própria, optou pela incomunicabilidade de bens. Boa parte da doutrina sustenta que, firmado pacto antenupcial ou contrato de convivência, elegendo o regime da separação de bens, não que-riam o embaralhamento de bens. E, desrespeitar a expressa manifestação de quem tem a disponibilidade sobre seus bens fere de morte o **princípio da autonomia da vontade**.

No entanto, o STJ reconhece o direito concorrencial do sobrevivente, ainda que o casal tenha optado pelo regime da separação de bens.⁸ O tema

7. José Fernando Simão, *Separação obrigatória com pacto antenupcial?* Sim, é possível.
8. Recurso especial. Direito das sucessões. Inventário e partilha. Regime de bens. Separação convencional. Pacto antenupcial por escritura pública. Cônjuge sobrevivente. Concorrência na sucessão hereditária com descendentes. Condição de herdeiro. Reconhecimento. Exegese do art. 1.829, I, do CC/02. Avanço no campo sucessório do Código Civil de 2002. Princípio da vedação ao retrocesso social. 1. O art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 confere ao cônjuge casado sob a égide do regime de separação convencional a condição de herdeiro necessário, que concorre com os descendentes do falecido independentemente do período de duração do casamento, com vistas a garantir-lhe o mínimo necessário para uma sobrevivência digna. 2. O intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511 do Código Civil) conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social. 3. O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial. 4. O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço

foi cristalizado em enunciado do IBDFAM.⁹ E neste sentido firmou-se a jurisprudência.¹⁰

17.2.3. Comunhão parcial

Na parte final do inciso I do art. 1.829 do CC está previsto o direito à concorrência no regime da comunhão parcial de bens. Sem dúvida, o

no direito de família, a vida em comum. As situações, porquanto distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade patrimonial não se perpetua post mortem. 5. O concurso hereditário na separação convencional impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, especialmente porque o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art. 1.829, I, do Código Civil. 6. O regime da separação convencional de bens escolhido livremente pelos nubentes à luz do princípio da autonomia de vontade (por meio do pacto antenupcial), não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, que é imposto de forma cogente pela legislação (art. 1.641 do Código Civil), e no qual efetivamente não há concorrência do cônjuge com o descendente. 7. Aplicação da máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988). 8. O novo Código Civil, ao ampliar os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurou ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que os únicos deixados pelo falecido, direito que pelas mesmas razões deve ser conferido ao casado pela separação convencional, cujo patrimônio é, inexoravelmente, composto somente por acervo particular. 9. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1.472.945/RJ (2013/0335003-3), 3.ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23/10/2014).

9. IBDFAM – Enunciado 15: Ainda que casado sob o regime da separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário e concorre com os descendentes.
10. Inventário. Falecido casado sob o regime da separação legal de bens. Código Civil de 1916. Comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento. Súmula nº. 377 / STF. Presunção de esforço comum. Viúva reconhecida como meeira. Recurso provido em parte. I – Nos termos do art. 258, p. único, II, do CCB/1916, aplicável em razão da data da celebração do matrimônio, o regime de bens do casamento do maior de sessenta anos é o da separação obrigatória de bens. II – Como expressamente ressalvado pelo art. 1.829, I, do CCB/2002, vigente na data do óbito do varão, seu cônjuge supérstite não é herdeira para fins sucessórios se casados eram sob o regime de separação obrigatória de bens. III – Considerando que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (Súmula nº. 377/STF), a viúva inventariante deve ser considerada meeira dos bens adquiridos na constância de seu casamento com o “de cujus”, excluídos aqueles provenientes de herança, doação ou fruto da venda de bens particulares anteriores. (TJMG, AI 10000180083016001/MG, Rel. Peixoto Henriques, j. 06/11/2018, p. 13/11/2018).

ponto mais debatido do Código Civil, podendo-se afirmar, sem medo de errar, que esse foi o tema que gerou as maiores controvérsias em sede doutrinária. Trata-se de regime em que existem **três conjuntos de bens**: (1) os particulares de um; (2) os particulares do outro; e (3) os bens comuns. Às claras, quis o legislador emprestar tratamento diferenciado, a depender da existência ou não de bens particulares. Mas uma coisa é certa: se a intenção foi excluir o direito de concorrência quando o sobrevivente recebe meação, a exceção deveria levar em conta a existência ou não de bens comuns e não a existência ou não de bens particulares. Como o direito de concorrência visa proteger o cônjuge para que ele não fique sem meios de sobreviver, melhor teria sido assegurá-lo em todas as hipóteses em que ele nada irá receber: ou por não existirem bens comuns ou, a depender do regime de bens, o cônjuge não faz jus à meação.

Amplamente majoritária a doutrina em assegurar o direito de concorrência sobre os **bens particulares**: os adquiridos antes do casamento, os recebidos por doação ou por herança e todos os demais que são excluídos da comunhão (CC 1.659). Mas a incongruência é flagrante. Quando o casal se separa, são partilhados apenas os **bens comuns**. Cada um fica com a meação e com os seus bens particulares. No entanto, se a união termina pela morte de um, o outro concorre com os descendentes sobre os **bens particulares**. O viúvo recebe *causa mortis* aquilo que não receberia com a extinção *inter vivos* da sociedade conjugal.¹¹ Instigante a hipótese trazida por Marcela Soukef Viégas: se o casal elegeu o regime da comunhão parcial de bens, para quem quiser sair do casamento, mais “vantajoso” do que o divórcio é matar o cônjuge, principalmente se ele tiver bens particulares. Com o divórcio, receberia somente a meação (metade dos bens comuns). Já na condição de viúvo, além da meação, concorreria com os descendentes sobre os bens particulares.¹²

Não há como aceitar uma interpretação de literalidade rasa, do inc. I do art. 1.829 do CC. Principalmente quando os herdeiros não são filhos comuns do *de cuius* e do sobrevivente. Receber, o sobrevivente, quinhão hereditário sobre os bens particulares do falecido evidencia **enriquecimento sem causa**. Ele vai ganhar bens que não ajudou a adquirir. Ao depois, tais bens não irão retornar aos sucessores do falecido. Quando da morte do cônjuge ou parceiro sobrevivente, o patrimônio que havia recebido será

11. Lia Pallazzo Rodrigues, Direito sucessório do cônjuge sobrevivente, 126.

12. Marcela B. Soukef Viégas, A sucessão na comunhão parcial de bens...

transmitido aos seus herdeiros: filhos, novo cônjuge, ou, ainda, parentes colaterais.

Somente o exemplo para evidenciar o desarrazoado desse raciocínio: (A) tem dois filhos (C e D) e três imóveis. Resolve casar com (B) pelo regime da comunhão parcial. Quando da morte de (A), em face do direito de concorrência, ao cônjuge sobrevivente (B) caberia um dos imóveis, quota igual à dos filhos. Vindo a falecer (B), o imóvel que recebeu será transmitido aos seus herdeiros. Se ele não tiver herdeiros, o imóvel é recolhido como herança sem dono e entregue ao ente público. Em nenhuma hipótese retorna para (C e D), filhos de (A), que era o seu titular. Dita figuração evidencia a injustificável quebra do próprio princípio norteador do direito sucessório, que orienta a transmissão patrimonial seguindo os vínculos de parentalidade.

Essa distinção, que condiciona o direito concorrente à existência ou não de bens particulares, só existia no casamento. Na **união estável, conforme previsão legal (CC. 1.790)** a concorrência é assegurada sobre os **aquestos**, independentemente da existência ou não de bens particulares. No entanto, o STF, ao reconhecer a inconstitucionalidade deste dispositivo legal, por afronta ao princípio da igualdade, determinou a adoção do modelo de concorrência com o cônjuge. Durante alguns anos o STJ aplicou ao casamento a mesma lógica que existe na união estável: assegurar ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo quando existem bens particulares, os quais são partilhados apenas entre os descendentes.¹³ Como a controvérsia se instalou entre as duas Turmas da Corte, o julgamento foi afetado à Segunda Seção que, por maioria, vencida somente a Min. Fátima Nancy, atribuiu ao sobrevivente o direito de concorrer sobre os **bens particulares** do falecido.¹⁴

17.2.4. Participação final nos aquestos

Tanto no regime da comunhão parcial como no da participação final nos aquestos, os bens adquiridos antes do casamento são bens particulares e não integram a meação do consorte. Em ambas as hipóteses é partilhado o **patrimônio comum** adquirido durante o casamento (CC art. 1.685). Como o regime de participação final nos aquestos não está referido entre as

13. STJ, REsp 1.117.563/SP, 3.^a T., Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 06/04/2010.

14. STJ, REsp 1.382.170/SP (2013/0131197-7), 2.^a S., Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 22/04/2015.

exceções que afastam o direito de concorrência, este deve ser assegurado ao sobrevivente. A regra é a concorrência, e a lei, ao eleger algumas exclusões, não excepciona esse regime de bens. Ora, para excluir direitos, é indispensável expressa previsão legal. Não dá para subtrair direitos por analogia.

Nada justifica conceder tratamento diferenciado quando há identidade de regramento, no que diz com as sequelas patrimoniais. Assim, há de serem aplicadas ao regime de participação final nos aquestos as mesmas regras da concorrência da comunhão parcial.¹⁵

17.3. Dificuldades incontornáveis

É imperioso concluir que são injustificáveis as distorções levadas a efeito pela lei ao tratar de modo diferente situações rigorosamente iguais. É de todo descabido o tratamento desigual entre o regime da comunhão parcial e o de participação final nos aquestos, e entre o regime da separação obrigatória e o da separação convencional. Além disso, é incongruente excluir o benefício frente a circunstâncias diametralmente opostas, como no regime da comunhão universal e no da separação obrigatória de bens. Em um se extirpa a concorrência pelo fato de o sobrevivente receber a metade de todo o acervo patrimonial. Já na outra hipótese, é excluído o benefício de quem nada recebe, nem de meação. Não se atina às razões de tais distinções. Situações idênticas ora autorizam o direito sucessório ao sobrevivente, ora não, e ainda assim em dimensões diversas. Dar soluções díspares a hipóteses idênticas e tratamento igual a situações distintas infringe os **princípios da igualdade e da liberdade** que sustentam o dogma maior de respeito à dignidade humana.

Certamente, o primeiro pecado do legislador foi socorrer-se do **regime de bens** para excluir o direito de concorrência. Elege os descendentes como sucessores, consagra o direito concorrente do cônjuge e traz algumas exceções. Na primeira parte, assegura o direito de concorrência. Em

15. Agravo de instrumento. Inventário. [...] Havendo descendentes, apenas concorrerá com estes na herança o cônjuge que não tiver sido casado pelos regimes da comunhão universal, da separação obrigatória (legal) de bens, ou pela comunhão parcial de bens em que inexistam bens particulares. Portanto, o cônjuge concorre com os descendentes no regime da participação final dos aquestos, na comunhão parcial em que o falecido deixou bens particulares e na separação convencional de bens. O regime de bens importa tão somente para determinar se o cônjuge concorre ou não com os descendentes porventura existentes. [...] Recurso provido. (TJ-SP – AI: 21422084620188260000/SP, 2142208-46.2018.8.26.0000, 4.ª Câmara. Dir. Priv. Rel. Alcides Leopoldo, j. 27/09/2018, p. 02/10/2018).

seguida, o afasta quanto a dois regimes de bens: comunhão universal e separação obrigatória, por meio da expressão “salvo se”. Outra dúvida que suscita o indigitado artigo legal diz com sua intrincada construção gramatical. Primeiro traz, na mesma oração, uma hipótese e três exceções. Com relação a uma delas, há um desdobramento. Se tudo isso não bastasse, usa o legislador uma dupla negação. As duas primeiras hipóteses excludentes são introduzidas pela locução conjuntiva “salvo se” e a última previsão vem depois de um ponto e vírgula e inicia com a expressão “ou se”. Indiscutivelmente, tudo isso em um mesmo e mal redigido artigo só pode gerar confusão, controvérsias e interpretações dissonantes. É afastado o direito de concorrer com os descendentes em dois regimes de bens: comunhão universal e separação obrigatória. A terceira ressalva diz com o regime da comunhão parcial: condiciona a concessão de quota da herança ao cônjuge à existência ou inexistência de bens particulares. Ou seja, se o falecido tinha ou não patrimônio pessoal, em uma dessas hipóteses o cônjuge é excluído do direito de concorrência.

O grande dilema é identificar, afinal, em que hipótese é excluída a concorrência: quando o *de cujus* tem bens particulares ou quando não tem bens particulares? Também não se consegue identificar se o direito de concorrência incide sobre os bens comuns, sobre os bens particulares ou sobre todo o acervo sucessório. A doutrina majoritária consolidou a jurisprudência que estabelece o direito de concorrência sobre os bens que compõem o acervo particular do falecido.

No entanto, a única solução que impede o enriquecimento injustificado de quem em nada contribuiu para amealhar o patrimônio é atribuir o direito de concorrência sobre os bens que o cônjuge ajudou a amealhar. Existe a presunção da mútua colaboração do acervo patrimonial adquirido durante o casamento, o que torna razoável que o viúvo, além da meação, concorra com os filhos sobre o acréscimo patrimonial que ajudou a formar. Ao depois, o fato de o casamento ultimar pelo divórcio ou pela morte não pode permitir que a partição do patrimônio seja levada a efeito de forma diversa à eleita antes do casamento.

Qualquer outra solução beira as raias do absurdo quando o autor da herança tem filhos anteriores ao casamento. Não há como reconhecer a possibilidade de o sobrevivente – que não é genitor dos herdeiros – ficar com parte do patrimônio que era exclusivo do *de cujus*. Certamente essa não pode ter sido a intenção do legislador ao redigir dispositivo de tão difícil compreensão. Às claras que os filhos irão receber a nova união afetiva como uma ameaça. Alguém com quem terão de disputar bens que

iriam pertencer a eles com exclusividade. É difícil aceitar um concorrente não só no campo afetivo, mas também em sede patrimonial. O mais surpreendente é que, pretendendo os nubentes simplesmente preservar seus patrimônios particulares, não há regime de bens que possam adotar. Assim, quem tiver filhos e bens, e pretender que o novo parceiro não participe do seu patrimônio particular, recebendo somente a meação do que venha a ser adquirido depois das núpcias, não há outra saída: simplesmente não pode casar!

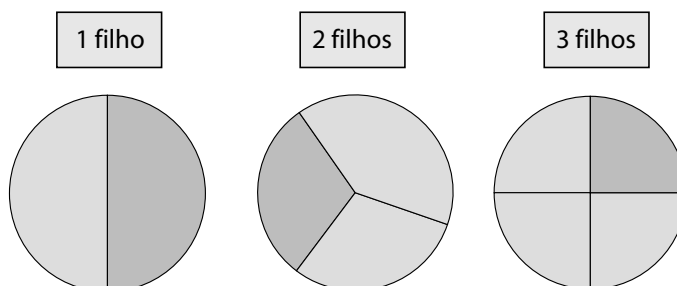
A mesma incongruência acaba acontecendo na união estável, em face da decisão do STF que atribuiu ao companheiro o direito de concorrência tal qual o concedido ao cônjuge:¹⁶

17.4. QUOTA MÍNIMA

O concurso sucessório do cônjuge – e agora, também, do companheiro – com os descendentes atende a certas peculiaridades na hora de dividir os quinhões. Primeiro é necessário decifrar o que diz a lei (CC 1.832). Traz duas disposições: (a) cabe ao viúvo **quinhão igual** ao dos descendentes que herdaram por cabeça – ou seja, a divisão é em partes iguais entre todos: filhos e viúvo; (b) se os herdeiros forem filhos do falecido e do cônjuge sobrevivente, este tem assegurado uma quota mínima não inferior a **um quarto** da herança.

A conta é fácil quando o número de herdeiros não é superior a três, sendo irrelevante se os filhos são comuns ou não. O fato de serem filhos só do autor da herança, ou filhos do casal, não importa – recebem todos quinhões iguais. Assim, se existir um, dois ou três filhos, nem é preciso questionar a origem da filiação. Eles e o viúvo recebem a mesma coisa. Para efeitos de cálculo, o cônjuge conta como mais um filho e a divisão é **por cabeça**. Logo, se o falecido tiver um filho, este recebe a metade da herança e o viúvo a outra metade. Se forem dois os filhos, cada um fica com um terço. Existindo três filhos, a divisão é feita em partes iguais, pois tanto os herdeiros quanto o viúvo recebem a quarta parte. Em qualquer hipótese é garantida a parcela do cônjuge, independentemente do fato de ser ou não o genitor dos herdeiros.

16. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.



Quando o número dos herdeiros for superior a **três**, primeiro é preciso identificar a **natureza da filiação** para dividir o quinhão. Cabe perquirir: todos são filhos do cônjuge sobrevivente ou há filhos exclusivos do autor da herança? Sendo todos **filhos comuns**, em face da reserva legal ao viúvo, não dá para fazer a divisão por cabeça. Primeiro, separa-se a **quarta parte**, que é a fração do cônjuge. O saldo é repartido entre os herdeiros, sejam eles quantos forem.

O exemplo sempre socorre: Pedro e Maria, quatro filhos e patrimônio sucessório de R\$ 74 mil, já excluída a meação. Morto Pedro, se todos forem **filhos do casal**, primeiro é preciso calcular o quinhão de Maria, pois tem ela direito à quota mínima de 25% da herança. Para isso basta dividir R\$ 74 mil por quatro. Seu quinhão é de R\$ 18,5 mil.

O restante, 75% do patrimônio, é partilhado entre os filhos. Assim, divididos R\$ 55,5 mil por quatro, se chega ao valor de R\$ 13,87 mil, que é o quinhão de cada filho.

Nesta hipótese é preservada a quota mínima de Maria, que recebe R\$ 18,5 mil e cada herdeiro, R\$ 13,87 mil.

Se todos os herdeiros forem **filhos exclusivos** de Pedro, Maria não faz jus à quota mínima. Percebe o mesmo que cada um dos enteados. A divisão é feita entre todos, **por cabeça**. O patrimônio é repartido por cinco. Assim, tanto Maria como cada um dos filhos de Pedro recebem R\$ 14,8 mil.

Em face da decisão do Supremo Tribunal Federal, igualando casamento e união estável, em sede de direito sucessório, quando se fala em cônjuge ou em viúvo, leia-se: **cônjuge ou companheiro sobrevivente**. Desse modo, também o companheiro tem direito à quarta parte da herança com descendentes comuns.¹⁷

17. Mário Luiz Delgado. O cônjuge e o companheiro..., 52.

17.5. FILIAÇÃO HÍBRIDA

A lei nada diz sobre a hipótese – cada vez mais frequente – de existirem filhos comuns do casal e filhos exclusivos de cada um do par. Tal circunstância foi batizada por Giselda Hironaka de **filiação híbrida**: quando o falecido tinha filhos de vínculos afetivos pretéritos e filhos que nasceram na constância do novo casamento.

A omissão legal gera o seguinte questionamento: permanece ou não o direito do sobrevivente à quota de um quarto da herança? As respostas são as mais diversas. A doutrina se divide, havendo quem sustente que simplesmente cai o direito à quota mínima pela existência de herdeiros que são irmãos unilaterais. Esta solução gera injustificável prejuízo ao viúvo, ao menos frente ao direito que tem com relação aos seus filhos. O argumento é que a regra, como está redigida, tem caráter restritivo (CC 1.832). Ao cônjuge somente é assegurada a quarta parte da herança se for ascendente de todos os herdeiros com quem concorre. Quando há outros herdeiros, filhos somente do falecido, as quotas da herança serão partilhadas, entre os descendentes e o cônjuge, sem distinção de valor. Ou seja, **por cabeça**. Manifesta a simplificação da partilha e fiel observância do princípio isonômico com relação à herança dos filhos.¹⁸

Outra corrente sustenta que a fração de um quarto da viúva deve ser calculada sobre a parte da herança a ser recebida pelos seus filhos e não sobre o quinhão dos enteados, solução que afronta o princípio constitucional da igualdade, pois os herdeiros, todos irmãos, iriam receber quinhões diferentes.

Giselda Hironaka sustenta a impossibilidade matemática de partição do monte-mor na hipótese de concorrência híbrida.¹⁹ Tentou-se buscar a média ponderada, de modo a resguardar a quarta parte da herança com relação aos filhos comuns e afastá-la quanto aos filhos exclusivos do *de cujus*, de tal modo que os quinhões de todos os herdeiros sejam iguais. Inclusive foi elaborada intrincada equação matemática, que passou a ser chamada de “Fórmula Tusa”,²⁰ que exige cálculos algébricos complicados. Talvez em virtude de os operadores do Direito não serem muito afeitos às ciências exatas, não se tem conhecimento que tenha alguma vez sido aplicada.

18. Neste sentido: Zeno Veloso, Sucessão do cônjuge no novo Código Civil, 146; José Carlos Teixeira Giorgis, Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente; e Euclides de Oliveira, Direito de herança..., 121.

19. Giselda Hironaka, Comentários ao Código Civil, 236.

20. Gabriele Tusa, Sucessão do companheiro..., 313 e ss.

Assim, a tendência é atribuir cota igual aos filhos, independentemente de serem irmãos bilaterais ou não, em partes iguais, sem a garantia da quarta parte.²¹ Essa orientação também se aplica à união estável.

17.6. DIREITO DE REPRESENTAÇÃO

Quando se fala em divisão da herança entre herdeiros e o cônjuge ou o companheiro, o cálculo é feito pelo número dos herdeiros que recebem a herança por **direito próprio**. Daí dizer-se que a divisão é feita **por cabeça**.

Como o direito concorrente do cônjuge sobrevivente é **personalíssimo**, não se pode falar em direito de representação. Se o falecido era viúvo quando da abertura de sua sucessão, não há falar em direito concorrente ou em direito de representação.

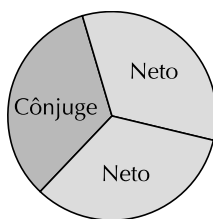
Somente com relação aos **descendentes** existe direito de representação. Assim, se um dos filhos morreu antes do genitor, sua quota é recebida por seus descendentes. O cálculo não muda, dividindo-se a herança em partes iguais entre o cônjuge e os filhos, inserindo nesta conta o filho pré-morto, cuja herança é repartida entre seus herdeiros. Neste caso o direito concorrente do cônjuge não se altera.

No entanto, se há um só herdeiro e este morreu antes do genitor, são chamados à sucessão os herdeiros da classe seguinte. Nessa hipótese, não há falar em direito de representação, mas em **direito de acrescer**. Volta a divisão a ser feita **por cabeça** e o direito de concorrência do cônjuge é redimensionado. Bem elucidada o tema o exemplo trazido por Euclides de Oliveira.²² Pedro e Maria tinha um filho e dois netos. Falecido Pedro, a herança é dividida em partes iguais entre Maria e seu filho. No entanto,

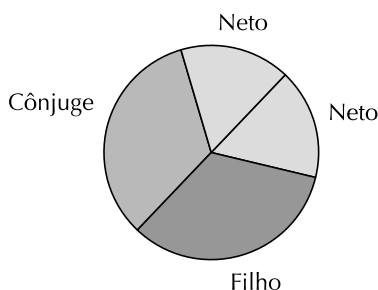
21. Sucessões. [...] Hipótese de sucessão onde o cônjuge concorre com filhos comuns e exclusivos do de cujus. Filiação híbrida. Cota mínima de 25% reservada ao cônjuge sobrevivente (art. 1.832, CC) que somente se aplica em relação aos filhos comuns deste com o falecido, sendo omissa a lei em relação aos casos de filiação híbrida. Diversas correntes doutrinárias a respeito. Resolução do caso concreto que se afigura mais adequada com a utilização da tese que defende a divisão per capita da herança, já que, sendo 02 filhos comuns e 02 filhos exclusivos, a repartição da herança em 05 partes iguais não ofende o princípio do tratamento igualitário da prole (art. 227, § 6.º, CF) e também não vulnera o direito do cônjuge à cota mínima em relação aos filhos próprios. Acolhimento dos embargos de declaração para declarar que o quinhão da agravante e todos os demais herdeiros é de 20% do total do monte. (TJRJ, AI 0062236-95.2014.8.19.0000, 3ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, j. 14/01/2015).

22. Euclides de Oliveira, Direito de herança:..., 112.

se o filho for pré-morto, serão chamados a suceder os netos, que sucedem por cabeça, recebem a herança por **direito próprio**. Nesse caso, a herança é dividida em três partes: um terço para Maria e 1/3 para cada um dos netos.



Quando forem dois os herdeiros da mesma classe e um é pré-morto, o seu quinhão vai para os seus descendentes, por **direito de representação**, não se alterando a herança do irmão e nem a quota do cônjuge. Cabe ir além, com os mesmos personagens e cenário: Pedro, Maria, dois filhos e dois netos. Se um dos filhos morreu antes do pai, Maria recebe 1/3. O filho sobrevivente, 1/3, e o outro terço é dividido entre os netos, 1/6 para cada um, em representação do pai falecido.



17.7. RENÚNCIA

Quando ocorre renúncia por parte de um dos coerdeiros, a divisão é diferente. Mesmo que o renunciante tenha descendentes, seu quinhão é devolvido ao acervo sucessório. Isso porque, na renúncia não há direito de representação. Ocorre **direito de acrescer**. A herança é dividida entre os demais herdeiros. Seu quinhão é repartido em partes iguais entre os outros descendentes, o que beneficia inclusive o sobrevivente, aumentando sua quota de participação em face da concorrência sucessória.

Ainda Pedro e Maria, dois filhos e dois netos. Com o falecimento de Pedro, um dos filhos renuncia à herança. Seus filhos (netos de Pedro e Maria) não são chamados à herança, que é dividida em partes iguais entre Maria e o filho não renunciante.

Há quem sustente que, nessa hipótese, o cônjuge recolheria a totalidade do quinhão do renunciante.²³ No entanto, como a renúncia tem efeito retroativo à data da abertura da sucessão, é como se o renunciante não existisse.

Não havendo descendentes, por eles terem renunciado à herança ou sido excluídos por indignidade ou deserdação, são convocados a suceder os ascendentes, cabendo redefinir o valor da quota sucessória do cônjuge.²⁴ O cônjuge e o companheiro sobrevivente sucedem sozinhos, se não houver ascendentes.

23. Neste sentido: Eduardo de Oliveira Leite, *A nova ordem da vocação hereditária...*, 34.

24. Lia Pallazzo Rodrigues, *Direito sucessório do cônjuge sobrevivente*, 129.

18

CONCORRÊNCIA COM OS ASCENDENTES

Referências legais: CC 1.836 e 1.837.

A lei estabelece critérios para convocar os sucessores a receberem a herança. Divide os herdeiros por **classes** e os contempla segundo a ordem de vocação hereditária (CC 1.829). Os primeiros eleitos são os descendentes. Na inexistência de descendentes, são chamados a suceder os ascendentes (CC 1.836).

Ainda que o cônjuge sobrevivente ocupe o terceiro lugar, dispõe de uma posição privilegiada, pois participa da sucessão mesmo que existam herdeiros das classes anteriores. Tem assegurada uma percentagem da herança, o direito de concorrência sucessória. Como a lei, ao deferir direito de concorrência ao **companheiro**, concedeu-lhe tratamento diferenciado (CC 1.790), bem inferior ao que é assegurado ao viúvo, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade desse dispositivo legal. Reconhecida a repercussão geral, foi editada tese de repercussão geral,¹ que, além de determinar a aplicação do direito concorrencial do cônjuge (CC 1.829 I), veda a **distinção de regimes sucessórios** entre cônjuges e companheiros. Desse modo, não houve a equalização somente em sede de direito de concorrência, mas em todos os temas em que a lei conferiu tratamento discriminatório à união estável. Questionada a extensão dos efeitos do julgamento nas demais previsões legais, limitou-se o STF a rejeitar os embargos de declaração que foram opostos.²

1. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.
2. STF, Emb . Decl. No RE 878.694, Rel. Min. José Roberto Barroso, j. 26/10/2018.

São diferentes os critérios legais ao tratar da participação do sobrevivente, quando concorre com os descendentes e com os ascendentes. Se os herdeiros são os descendentes, seu direito depende do regime de bens adotado via pacto antenupcial ou contato de convivência. Quando concorre com os ascendentes, **desimporta o regime de bens**.³ O direito existe sempre, fazendo jus, o sobrevivente, a parte do acervo sucessório do falecido – tanto no regime da separação obrigatória como convencional de bens. O regime de bens afeta apenas o direito de **meação**, e não o direito sucessório.⁴

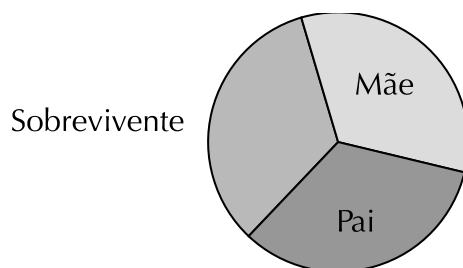
Ao concorrer com ascendentes, é indiferente se o cônjuge ou companheiro tem ou não direito à meação. O direito concorrente existe sempre. Percebe, no mínimo, 1/3 da herança e, no máximo, a metade. A diferença está condicionada ao **número** dos ascendentes e ao **grau de parentesco** que os liga ao falecido. Se concorre com ambos os sogros, recebe um terço da herança. Quando os herdeiros forem um dos pais, os avós ou os bisavós do falecido, ao sobrevivente é assegurada a metade, independentemente do número de ancestrais.

A lei não esclarece qual a **base de incidência** para o cálculo da fração sucessória do **cônjuge ou companheiro sobrevivente**. Pelo fato de o seu direito não estar condicionado ao regime de bens do casamento, o quinhão é calculado sobre a totalidade da **herança** a ser atribuída aos ascendentes. Para calcular a percentagem do sobrevivente é necessário, primeiro, sub-

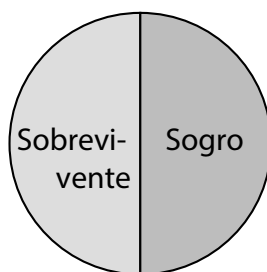
3. Ação de inventário. Sucessão legítima. Ascendente (genitora) e cônjuge supérstite. Concorrência. Regime patrimonial adotado entre o autor da herança e o cônjuge. Comunhão parcial. Bens comuns. Ordem de sucessão hereditária. Partilha. Cônjuge sobrevivente. Meação e metade da herança. Ascendente única (arts. 1.829, II, e 1.837). Partilha. Compreensão. [...] 1. Sob a égide da nova regulação conferida à sucessão legítima, o cônjuge supérstite, independentemente do regime de casamento, passou a concorrer na sucessão do consorte falecido com ascendentes e descendentes, estabelecendo o legislador civil que, não sobejando descendentes e somente um ascendente vivo, ao cônjuge sobrevivente, a par da meação que o assiste na conformidade do regime de bens adotado no casamento, caberá metade da herança (CC, arts. 1.829, II, e 1.837). 2. Na falta de descendentes, a sucessão legítima defere-se aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, que, na a qualidade de herdeiro necessário, ostenta o direito a concorrer na legítima com o ascendente do extinto e à meação, em consonância com o regulado pelo regime de bens adotado no casamento, de modo que ao cônjuge sobrevivente tocará metade da herança quando concorrer com apenas um só ascendente, acrescido da meação sobre os bens comuns (CC, arts. 1.829, II, e 1.837). [...] 5. Agravo conhecido e provido. Unânime. (TJDF, AC 0702536-78.2017.8.07.0000, 1.ª T. Civ., Rel. Teófilo Caetano, j. 21/06/2017).
4. Euclides de Oliveira, Direito de herança, 125.

trair as dívidas e encargos do espólio. Depois de apartar sua meação, que depende do regime de bens, cabe dividir o acervo ao meio, identificando a parte disponível e a legítima dos herdeiros ascendentes. Havendo **herdeiros testamentários**, é sobre a legítima que cabe calcular o direito concorrente. Afinal, o sobrevivente concorre com relação aos bens que os ascendentes irão receber.

O legislador tem a mania de trazer dois ou mais comandos em um mesmo dispositivo legal, o que só dificulta o entendimento. É o que acontece com o art. 1.837 do CC. Mas a regra é: o cônjuge sobrevivente recebe fração igual aos genitores do falecido. Assim, se o que faleceu tinha pai e mãe, a herança é dividida entre todos, em partes iguais, cada um recebendo um terço.

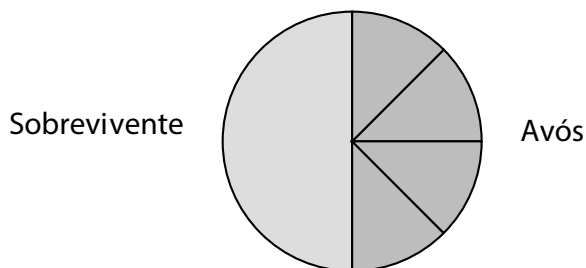


Porém, se herdeiro for somente um dos genitores, a divisão é meio a meio. O sobrevivente recebe a metade, e seu sogro, pai do falecido, a outra metade. Mesmo que sobrevivam os avós maternos, eles nada herdam, pois não há **direito de representação** entre os ascendentes.



O sobrevivente também faz jus à metade da herança quando os ascendentes não são parentes em primeiro grau do falecido. Se ele não tinha nem pai nem mãe, mas tinha **avós**, o sobrevivente recebe a metade. A outra metade é dividida entre os avós, ainda vivos, quando da morte do neto. A

divisão é feita pela linha de ascendência paterna e materna. Vivos os quatro avós, cada um recebe 1/8 da herança.



Sobrevivendo o avô paterno e os dois avós maternos, tal não afeta o direito de concorrência. O sobrevivente recebe metade dos bens. O avô paterno, 1/4, e cada um dos avós maternos, 1/8.

Não há como garantir qualquer direito, nem ao cônjuge e nem ao companheiro sobrevivente, depois da ruptura do vínculo de convívio pela **separação de fato**. Não cabe assegurar nem direito sucessório e nem direito de concorrência. É absurdo e já superado pela jurisprudência o dispositivo que garante ao cônjuge direito hereditário, caso se um vier a falecer antes do decurso de dois anos do fim da vida em comum (CC 1.830).

19

ACEITAÇÃO E RENÚNCIA

Sumário: **19.1.** Aceitar o que já é seu? – **19.2.** Natureza jurídica – **19.3.** Notificação – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.784, 1.792, 1.804 a 1.813 e 1.997.

19.1. ACEITAR O QUE JÁ É SEU?

Quando uma pessoa morre, passa a ser chamada pela estranha expressão: **de cujus**. A partir do falecimento, abre-se a sucessão, ocorrendo a transferência do patrimônio do *de cujus* para os seus herdeiros. A transmissão é instantânea, *ipso jure*, isto é, por força da lei (CC 1.784): *aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*. Claro que se trata de uma transferência **fictícia**, mas é isso que consagra o princípio de *saísine*. Por uma espécie de artifício, os momentos da morte, da aceitação e da atribuição dos bens aos herdeiros se confundem.¹

Não é necessário que o herdeiro **manifeste** sua aceitação. O simples **silêncio** é suficiente para ser reconhecido que aceitou a herança. Não exige a lei a prática de qualquer ato para que aconteça a transferência do acervo hereditário a ele. Ainda assim, a lei fala em aceitação da herança (CC 1.804): *aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão*.

Boa parte da doutrina considera que, no momento da abertura da sucessão, os bens ficam à disposição dos herdeiros, e chamam a este fenômeno de **delação hereditária**. Esse aparente vácuo, verdadeiro hiato na titularidade do patrimônio do *de cujus*, não existe, não tem assento legal

1. Arnoldo Wald, O novo Direito das Sucessões, 25.

e afronta o princípio de *saisine*. Além disso, acabaria por criar inexistente distinção entre **aquisição e aceitação** da herança, como se fossem momentos diferentes. Flávio Tartuce, na tentativa de explicar o inexplicável, afirma existir um período entre a abertura sucessória, pela morte, e a aceitação ou renúncia da herança.²

Todo mundo discorre longamente sobre este verdadeiro limbo em que permaneceria a herança depois da transmissão e antes da aceitação. Dita distinção, no entanto, não dispõe de respaldo na lei, que, de modo claro, determina a **transmissão imediata e automática** da herança ao herdeiro quando da morte do titular dos bens. Pelo jeito haveria um lapso de tempo, período durante o qual, ainda que transferida ao herdeiro, a herança ficaria vagando até a aceitação de quem já é seu titular. Caso fosse necessária qualquer manifestação para configurar a aquisição dos bens pelos herdeiros, até este momento o espólio ficaria sem dono? Ora, é exatamente isso o que o princípio de *saisine* procura evitar. Talvez a dificuldade doutrinária decorra do fato de ser assegurado ao herdeiro o direito de **renunciar** à herança, manifestação que tem efeito retroativo e o exclui da ordem de vocação hereditária.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald consignam estranheza sobre a exigência de aceitação da herança, que se apresenta como algo paradoxal: como se exigir que o herdeiro aceite um patrimônio que já lhe pertence? Mais lógico e coerente seria permitir a ele simplesmente renunciar ao patrimônio transmitido automaticamente, sem a necessidade de aceitação.³

O que ocorre é um erro na leitura do no art. 1.804 do CC, quanto à expressão “aceita a herança”. Tal dispositivo limita-se a afirmar um **fato**. Não cobra a prática de nenhum **ato**. O herdeiro não precisa manifestar-se para que ocorra a transmissão. A aquisição da herança é **tácita** e se dá no momento da morte. A lei simplesmente assinala que a transmissão ao herdeiro é **definitiva** desde a abertura da sucessão. Apenas tem ele a faculdade de renunciar, manifestação que dispõe de **eficácia retroativa** à data da abertura da sucessão. Ou seja, a transmissão ocorre, mas está sujeita a **condição resolutiva**: a renúncia.

Paulo Lôbo diz que a aceitação detém **efeito declaratório** de confirmação da transmissão que já se operou desde a abertura da sucessão. A transmissão não é provisória, pendente ou suspensa. Somente tem o condão

2. Flávio Tartuce, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, 85.

3. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Curso de Direito Civil*, v. 7, 158.

de confirmá-lo como herdeiro, em homenagem aos princípios da liberdade e da autodeterminação.⁴

A referência legal não reclama um **agir** do herdeiro. Identifica a **definitividade da transmissão**, o que, no entanto, não impede a renúncia. Ao contrário do que dizem todos, a aceitação não está sujeita a condição suspensiva. Tanto isso é verdade que a própria lei refere que a aceitação se manifesta pela só prática de atos próprios da qualidade de herdeiro. O herdeiro nada precisa dizer ou fazer para tornar-se titular da herança. Basta quedar-se em silêncio. Não é necessário manifestar a aceitação, nem expressa, nem tacitamente.

Porém, se o herdeiro passa a agir como herdeiro, não pode renunciar. O exercício do direito impede que, posteriormente, o herdeiro venha a renunciar. A lei simplesmente consagra o princípio que proíbe a prática de **comportamento contraditório**, conhecido pelo adágio latino *nemo potest venire contra factum proprio*. Ou seja, depois de agir como herdeiro não pode mais abrir mão da herança. É só isso!

Bem esclarece San Tiago Dantas: a renúncia é uma faculdade do herdeiro. Ele pode renunciar, e aquilo que chamamos de aceitação nada mais é do que o não exercício da faculdade de renunciar. A aceitação é a negativa da renúncia: é a não renúncia.⁵ Assim, é redundante a ideia de que alguém tenha de manifestar se aceita algo que por direito já lhe pertence, sendo dispensável a lei disciplinar a aceitação. Melhor seria se o legislador tratasse apenas da renúncia, até porque só se renuncia ao que se **tem** ou ao que **não se quer**.⁶

Todas as referências legais à aceitação da herança simplesmente visam descobrir se o herdeiro assumiu a condição de herdeiro, o que se presume quando passa a agir como seu titular. A partir desse momento, não dá mais para renunciar à herança. De modo definitivo e irreversível ocorreu o ingresso da herança no seu patrimônio. O herdeiro, depois de ter agido como herdeiro, não pode renunciar. No máximo pode ceder a herança, mas este é um negócio jurídico *inter vivos* entre cedente e cessionário.

A renúncia pode ser levada a efeito nos autos do inventário, quando é tomada a termo. Pode ser firmada pelo próprio herdeiro ou por **procura-**

4. Paulo Lôbo, *Direito Civil: Sucessões*, 56.

5. Arnoldo Wald, *O novo Direito das Sucessões*, 27.

6. Rui Ribeiro de Magalhães, *Direito das Sucessões no novo Código Civil brasileiro*, 42.

dor com poderes especiais para renunciar. Também pode ser realizada por **escritura pública**, principalmente quando o inventário for extrajudicial.

19.2. NATUREZA JURÍDICA

Alguns qualificam a aceitação como um **ato jurídico em sentido estrito**,⁷ enquanto outros a consideram um **negócio jurídico**.⁸ Essa controvérsia, por si só, já evidencia que a aceitação, ao fim e ao cabo, é um nada jurídico, porque a aceitação **tácita** não existe e a aceitação expressa é totalmente **desnecessária**. Equivocada a assertiva de que a aceitação é um ato necessário, e que o herdeiro tem de manifestar se aceita ou repudia a herança.⁹

A doutrina amplamente majoritária sustenta que a aceitação é um ato unilateral, gratuito, personalíssimo, irretratável, irrevogável, não solene, incondicionado, indivisível, sem prazo e não receptício, porquanto produz efeitos, independente do conhecimento dos demais interessados. Trata-se de direito **potestativo**.¹⁰ Não depende de confirmação e não comporta modalidade, termo ou condição. Também não pode haver aceitação da herança em parte. Aqui, mais uma vez, é flagrante o equívoco, pois todas essas características são da renúncia e não da aceitação.

A afirmativa – inclusive presente na lei – de que a aceitação é irretratável nada mais quer dizer do que o herdeiro, ao passar a agir na condição de herdeiro, não pode mais renunciar. Uma vez herdeiro, sempre herdeiro. Não é a aceitação, é a renúncia um ato jurídico unilateral, simples, gratuito, irrevogável e irretratável. Não necessita da concordância dos herdeiros, não pode ser parcial nem ser sujeita a termo ou condição (CC 1.808).

Diante dos termos do art. 1.804 do CC, Paulo Lôbo diz: não se entenda que a transmissão da herança por força de lei é provisória, que apenas se convalidaria em definitiva com a aceitação do herdeiro. A transmissão não é provisória, pendente ou suspensa. Já existiu plenamente desde a abertura da sucessão. Emanam da lei os efeitos e a definitividade da transmissão a

7. Neste sentido: Cristiano Chaves de Farias, *Incidentes à transmissão da herança*, 47.

8. Neste sentido: Orlando Gomes, *Sucessões*, 22; e Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. 6, 53.

9. Cristiano Chaves de Farias, *Incidentes à transmissão da herança*, 39.

10. Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito Civil*, 385.

causa de morte. A aceitação do herdeiro tem o condão de confirmá-los, em homenagem aos princípios da liberdade e da autodeterminação.¹¹

Diz a lei que a aceitação é **irrevogável** (CC 1.812) – mais uma vez – irrevogável é a renúncia e não a aceitação. Como a transmissão é instantânea quando da abertura da sucessão, não há motivo para se atribuir ao herdeiro a faculdade de aceitar ou renunciar à herança. Como bem sustenta Orlando Gomes, não é necessário ato confirmatório do herdeiro.¹²

De qualquer modo, depois de o herdeiro agir como tal, não mais pode renunciar, o que se poderia chamar de **irretratabilidade da aceitação**, ou seja, não mais pode abrir mão da condição de herdeiro.

Chega a doutrina a afirmar que a aceitação é passível de **anulação**.¹³ O exemplo trazido evidencia o quanto é desarrazoada esta assertiva. Admite-se anular a aceitação quando o aceitante não é herdeiro. Ora, a quem não é herdeiro não é transmitida a herança. Não há como alguém aceitar algo que não lhe pertence. Assim, não se pode dizer sequer, como o faz Caio Mário, que a aceitação é ineficaz.¹⁴ Ela é simplesmente **inexistente**. Ninguém pode aceitar o que não é seu. Ainda que ultimado o **inventário** e transmitida a herança a quem não é herdeiro, cabe anular a **partilha** e não anular a aceitação. A hipótese configura o que se chama de **herdeiro aparente**, que de herdeiro nada tem.

Também costuma a doutrina estabelecer distinções sobre o modo de ocorrer a aceitação da herança. Quando manifestada por escrito é chamada (a) **expressa**. É (b) **tácita** quando o herdeiro pratica atos de administração, alienação ou oneração dos bens da herança (CC 1.805). Não se manifestando o herdeiro quando intimado, considera-se (c) **presumida** a aceitação (CC 111 e 1.807).

A **cessão gratuita**, pura e simples da herança aos demais herdeiros, não configura aceitação (CC 1.805 § 2.º). Apesar da surpresa da doutrina frente a este dispositivo, sob a justificativa de que ninguém pode transmitir o que não tem,¹⁵ a hipótese não é de rejeição da herança, mas de renúncia.

11. Paulo Lôbo, *Direito Civil, Sucessões*, 56.

12. Orlando Gomes, *Sucessões*, 21.

13. Neste sentido: Orlando Gomes, *Sucessões*, 23; Caio Mário, *Instituições de Direito Civil*, v. 6, 55; e Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro*, 72.

14. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. 6, 55.

15. Neste sentido: Flávio Tartuce e José Simão, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, 88; Zeno Veloso, *Novo Código Civil*, 1.503; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao novo Código Civil*, 129.

A mera **declaração verbal** não é considerada aceitação. Nem mesmo o pagamento de dívida da herança pode ser identificado como ato de aceitação, pois é lícito a qualquer um pagar dívida alheia. Somente o pagamento feito com recursos do monte hereditário configura aceitação.¹⁶

Outras diferenciações feitas igualmente não se referem à aceitação de herança, mas às possibilidades de renúncia. Chama-se de **direta** a aceitação levada a efeito pelo próprio herdeiro e **indireta** quando alguém o faz por ele. Há três hipóteses em que se costuma falar em aceitação indireta: pelos **sucessores**; por **mandatário** ou **gestor de negócio** e pelos **credores**.

Se antes de morrer o herdeiro não agiu como tal nem demonstrou interesse pela herança, os seus **sucessores** podem renunciar ao quinhão hereditário percebido pelo seu antecessor, o que não pode ser chamado de aceitação indireta. O fato é que ele recebeu a herança, tanto que foi transmitida aos seus herdeiros. Ao fim, o que consagra a lei não é a possibilidade de os sucessores aceitarem a herança. Transfere-se aos herdeiros a faculdade de renunciarem a ela, bastando que não tenha o antecessor agido como seu titular (CC 1.809). Assim, o que se transmite aos sucessores é a herança e o **direito de renunciar**. Portanto, não há como falar em transferência do direito de aceitar, mas em transmissão da herança e do direito de recusa.

A outra modalidade de aceitação indireta seria levada a efeito por **mandatário** (CC 653 a 692) ou por **gestor de negócio** (CC 861 a 875). Nesse caso, quando o agir como herdeiro é praticado por quem tem poderes para isso, por ser seu representante de direito ou de fato, é evidente que não se está diante de forma indireta de aceitação.

A chamada **aceitação pelos credores** (CC 1.813) nada mais é do que a possibilidade assegurada aos credores de **contestarem a renúncia** levada a efeito pelo herdeiro devedor. Mais uma vez não se trata de aceitação da herança, mas do direito de quem dispõe de crédito junto ao herdeiro renunciante, de impugnar a renúncia levada a efeito por ele. Assim, o herdeiro que tem dívidas anteriores à abertura da sucessão pode ver o ato de repúdio à herança ser declarado **ineficaz** frente aos seus credores, até o limite de seu débito. A norma é para lá de salutar. Como a sucessão ocorre geralmente entre parentes, e a renúncia beneficia os outros herdeiros, tal modalidade poderia ser usada para mascarar fraude contra credores. O devedor não pode abrir mão de patrimônio seu lesando a quem deve. Como a herança pertence ao herdeiro desde a abertura da sucessão, descabido que se desfaça dos bens que recebeu, deixando de atender a suas obrigações.

16. Idem, 51.

Por isso não é necessária a prova da **má-fé** do renunciante para tornar a renúncia ineficaz.¹⁷

A insurgência dos credores não implica aceitação da herança em nome do herdeiro. Simplesmente a renúncia não dispõe de **eficácia** com relação a eles. Tanto é assim que, satisfeita a dívida, quanto ao restante do quinhão hereditário a renúncia vale. O saldo da herança não retorna ao herdeiro renunciante, mas é dividido entre os demais herdeiros (CC 1.813 § 2.º). Ou seja, a renúncia existiu e foi válida. Só não foi eficaz até o montante das dívidas do herdeiro.

A contar do momento em que tiveram ciência da renúncia, os credores dispõem do **prazo de 30 dias** para se oporem ao ato de liberalidade (CC 1.813 § 1.º).¹⁸

Os credores não podem buscar a declaração de ineficácia da renúncia nos autos do inventário. Precisam propor demanda autônoma, no juízo do **inventário**.

19.3. NOTIFICAÇÃO

A lei não cobra qualquer **ato de aceitação** para o recebimento da herança. No entanto, como tem o herdeiro a possibilidade de renunciar, pode haver interesse em saber se ele deseja ou não a herança que recebeu. Por esse motivo é que concede a lei aos demais herdeiros o direito de questionar aquele que recebeu a herança e se quedou inerte. Também dispõe de legitimidade para a interpelação, aquele que poderá se tornar herdeiro, na hipótese de haver renúncia.

Aberta a sucessão, depois de decorridos 20 dias, qualquer interessado pode requerer ao juiz que notifique o herdeiro para que diga, no prazo de

17. Neste sentido: Caio Mário, Instituições de Direito Civil, v. 6, 53; e Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Direito Civil, v. 7, 65.

18. Recurso em *habeas corpus*. Alimentos. Aceitação de herança pelos credores. Renúncia translativa operada pelo executado. Art. 1.813 do CC. Iliquidez da dívida. Inexistência. Necessidade de simples cálculos matemáticos. Inadimplência de débito alimentar atual. Inadimplemento dos três últimos meses e dos vencidos após o ajuizamento da execução. Súmula 309/STJ. 1. Os credores de prestações alimentícias podem aceitar a herança deixada ao devedor de alimentos e a qual ele renunciou (art. 1.813 do CC). 2. A aceitação de herança pelos credores não importa em alteração de rito da ação de execução, sendo cabível apenas que o valor recebido seja subtraído do valor cobrado. 3. Não carece de liquidez a dívida de alimentos quantificável por simples cálculos matemáticos. [...] (STJ, RHC 31.942/SP (2012/0008871-4), 3.ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 28/05/2013).

até 30 dias, sua eventual intenção de renunciar a herança (CC 111 e 1.807). Este prazo é chamado de **direito de deliberar**, que só existe se o herdeiro for provocado a se manifestar. Seu silêncio significa que não abre mão do seu quinhão. Depois de decorrido este prazo, o herdeiro não mais pode renunciar à herança. A **vedação de comportamento contraditório** leva à preclusão lógica. Assim, quando o herdeiro foi notificado e ficou em silêncio, se quiser, em momento posterior, abrir mão da herança, terá de fazê-lo através de cessão, não se podendo falar em renúncia.

Caso o herdeiro não seja interpelado, o direito à herança permanece hígido. Ele só perde a condição de herdeiro se eventualmente vier a ocorrer a **prescrição aquisitiva** em favor de quem está na posse de seu quinhão. Eis mais um fundamento a evidenciar que não é necessário ato de aceitação.

Como o direito de renunciar à herança se transmite aos herdeiros do titular do quinhão hereditário, podem eles ser notificados para dizer se renunciam à herança, já que o antecessor nada manifestou sobre se a desejava ou não. Como em vida ele não repudiou a herança, tal pode ser feito por seus sucessores (CC 1.809).

LEITURA COMPLEMENTAR

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6.

20

RENÚNCIA

Sumário: **20.1.** Distinções e equívocos: **20.1.1.** Renúncia abdicativa e translativa; **20.1.2.** Características – **20.2.** Notificação do herdeiro – **20.3.** Renúncia prévia – **20.4.** Meação e direito de concorrência – **20.5.** Anuência do cônjuge ou companheiro – **20.6.** Direito dos credores – **20.7.** Direito de acrescer – **20.8.** Sucessão testamentária – **20.9.** Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CR 156 II; CC 426, 447 a 457, 504, 1.649, 1.793 a 1.795, 1.804 a 1.813, 1.823, 1.844, 1.856, 1.913, 1.941 a 1.946, 1.947 a 1.960, 1.971, 2.008; CPC 616 V, 617 III e VIII e 640.

20.1. DISTINÇÕES E EQUÍVOCOS

Quando da abertura da sucessão, o herdeiro torna-se titular da herança. Mas não é obrigado a permanecer com ela. Pode **renunciar**. Assim, por **vontade própria**, fica excluído da sucessão. Seu quinhão hereditário se transmite diretamente a favor dos demais herdeiros. Por pura ficção legal, é como se ele nunca tivesse sido herdeiro. Logo, não tem como escolher quem ficará com o seu quinhão. A renúncia tem efeito retroativo à data da abertura da sucessão.

No entanto, se o herdeiro quiser abrir mão de seu quinhão a favor de **determinada pessoa**, significa que recebeu a herança e a cedeu a quem quis. Trata-se de **cessão** dos direitos hereditários. Há duas transferências patrimoniais. Uma **causa mortis**: do falecido para o herdeiro, e outra **inter vivos**: do herdeiro para quem ele transfere a herança.

Renúncia e cessão são modalidades distintas de transmissão dos direitos sucessórios. Não se confundem, apesar de o legislador, às vezes,

usar indevidamente uma expressão por outra. A falta de uma linguagem uniforme acaba gerando muita confusão. Como afirma Cristiano Chaves, independentemente do nome que se lhe empreste, a renúncia é sempre um ato abdicativo, repúdio gratuito, puro e simples da herança. Havendo manifestação em favor de terceiro, caracteriza-se cessão de direitos hereditários, mesmo quando chamada, indevidamente, de renúncia.¹

A renúncia é o repúdio manifestado pelo sucessor antes de assumir a postura de herdeiro e enquanto não agir como seu titular. Já a cessão é a transferência da herança ou de parte dela a determinada pessoa. A **renúncia** é sempre **gratuita**, retornando o patrimônio ao espólio, enquanto a **cessão** pode ser **gratuita ou onerosa** e é feita em favor de determinada pessoa. A renúncia beneficia sempre os herdeiros. Na cessão o favorecido não precisa ser herdeiro. Na renúncia o herdeiro não pode escolher quem irá ficar com o seu quinhão hereditário. Abdica de todos os direitos, se afasta do círculo do inventário, sem nada receber e sem dirigir seu quinhão para uma ou mais pessoas.²

A renúncia transfere a herança aos demais herdeiros, enquanto o cessionário é qualquer pessoa, que não adquire a qualidade de herdeiro. A renúncia pode ser levada a efeito no inventário, mediante **termo nos autos** (CC 1.806), enquanto a cessão deve ser feita por **escritura pública** (CC 1.793). A renúncia tem eficácia *ex tunc*, ou seja, retroage à data da abertura da sucessão. A cessão dispõe de efeito *ex nunc*: a transferência ocorre quando do ato translativo.

De modo frequente, surgem situações em que o desejo dos herdeiros não é atendido. Exemplo por demais frequente é quando os filhos decidem “renunciar” a herança em favor do genitor sobrevivente. No entanto, se algum dos herdeiros tiver filhos, eles é que irão herdar a totalidade da herança, e não o viúvo (CC 1.811). A renúncia de todos os herdeiros de uma mesma classe implica no chamamento dos filhos dos renunciantes.

Os **efeitos tributários** imputados à renúncia e à cessão também são diversos. Na renúncia, o renunciante não paga o imposto *causa mortis*, pois não participou da sucessão. A cessão implica em aceitação e posterior transferência do quinhão hereditário. Para alguém transferir algo para outrem, é necessário que o bem lhe pertença. Existem duas transferências patrimoniais, o que faz incidir dupla tributação: (1) a **transmissão causa mortis** do falecido ao herdeiro e (2) um **negócio jurídico inter vivos** entre

1. Cristiano Chaves de Farias, Incidentes à transmissão da herança, 55.

2. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 99.

herdeiro e cessionário. A identificação do imposto devido vai depender da natureza da cessão. Se onerosa, configura compra e venda (ITBI), se gratuita, é uma doação (ITCD).

Quem convive com o titular do patrimônio, quando de sua morte, a depender do regime de bens, tem direito à **meação**: metade dos bens adquiridos durante o período da vida em comum. Como o meeiro não é herdeiro, não incide tributação sobre o que recebe a esse título. O mesmo se diga com relação ao **direito de concorrência**. Caso o cônjuge ou o companheiro renuncie de sua meação ou da cota concorrencial, não há incidência de imposto de transmissão. No entanto, se resolver cedê-los, há somente transferência patrimonial para o cessionário.

20.1.1. Renúncia abdicativa e translativa

Em face dos equívocos terminológicos cometidos pelo legislador, há enorme confusão em identificar o que é renúncia e o que é cessão. Como ambas são possibilidades de transmissão da herança, diversas expressões são utilizadas para distingui-las. A doutrina fala em renúncia abdicativa e em renúncia translativa; renúncia própria e imprópria.

Renúncia abdicativa é a não aceitação da herança (CC 1.806). O herdeiro abdica do seu direito. Essa é renúncia mesmo. Por isso, também é chamada de **renúncia própria**. O seu quinhão resta para os demais herdeiros. Ele não escolhe o beneficiário.

A chamada **renúncia translativa**, renúncia não é. Daí, **renúncia imprópria**. Quando o herdeiro elege alguém para receber o seu quinhão, trata-se de cessão.

Conforme Zeno Veloso, a renúncia, no melhor sentido técnico-jurídico, é negócio unilateral, tratando-se de uma **demissão do direito**: é sempre abdicativa. A chamada renúncia translativa ou *in favore* (feita em favor de alguém) verdadeira renúncia não é, mas cessão de direito hereditário (CC 1.793), em que há, inclusive, incidência de imposto de transmissão *inter vivos*. Na renúncia propriamente dita, não incide tal imposto, pela simples razão de não existir uma transmissão a determinada pessoa; não requer anuência, nem, muito menos, aceitação de quem quer que seja; o renunciante é tido como se nunca tivesse sido herdeiro, e não como se tivesse sido herdeiro e transferido seu direito a outrem.³ A renúncia não está sujeita ao pagamento de **tributos**, eis que o imposto *causa mortis* (ITCD) deve ser

3. Zeno Veloso, Lei 11.441/2007: aspectos práticos..., 30.

pago por quem vai receber a herança. Como o herdeiro renunciante nada recebeu, nada pagará.

O legislador usa a expressão “cessão gratuita, pura e simples” como sinônimo de renúncia (CC 1.805 § 2.º). Melhor que tivesse usado o termo “renúncia”, que indica abstenção, recusa da herança, do que “cessão”, que traz a ideia de transferência de um direito que já se acha no seu patrimônio.⁴ A renúncia é sempre **pura e simples**, como se não tivesse ocorrido a transmissão, quando da abertura da sucessão. Tal equívoco faz a cessão ser chamada de **renúncia translativa** e, redundantemente, se costuma qualificar a **renúncia** como **abdicativa**.

20.1.2. Características

Quando da abertura da sucessão, a herança transmite-se aos sucessores. Esta ficção legal decorre do princípio de *saisine*. A transferência ocorre ainda que os beneficiários não tenham conhecimento da morte; mesmo assim, tornam-se titulares do acervo hereditário. Nem precisam confirmar a aceitação. O silêncio significa que aceitaram.

Em respeito ao **princípio da autonomia da vontade**, o herdeiro não é obrigado a permanecer com a herança. Pode renunciar a ela. A renúncia tem **eficácia ex tunc**, opera efeito retroativo à data da abertura da sucessão (CC 1.804 parágrafo único). O herdeiro fica fora da sucessão. É como se dela nunca tivesse participado (CC 1.816). A renúncia da herança apaga a ligação do renunciante com a herança. Ele, para os efeitos sucessórios, “não foi”.⁵

Quando um herdeiro renuncia à herança, os bens retornam ao acervo hereditário. São recebidos pelos demais herdeiros, como se não tivesse ocorrido a transferência ao renunciante. Esta construção atende a dois propósitos: (a) não deixar o acervo sucessório sem titular; (b) não impor ao herdeiro que aceite os bens que lhe foram transmitidos. Tem ele a faculdade de abrir mão da herança. Com isso desconstitui-se o ato translativo ocorrido no momento da morte. A renúncia gera a ficção de o renunciante jamais ter sido herdeiro. Daí o **efeito retroativo** da renúncia, é como se não tivesse havido a transmissão.

Em face da eficácia *ex tunc* do ato de renúncia, a transmissão da herança está sujeita a **condição resolutiva**, ou seja, é passível de **resolução**.

4. Clóvis Beviláqua, Código Civil comentado, v. 6, 27.

5. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 56, 37.

No momento da morte, a herança se transmite a todos os herdeiros. Caso um deles renuncie, a transmissão a ele é tida como não realizada. O direito sucessório, que até então era da titularidade do renunciante, é devolvido aos demais herdeiros que pertencerem à mesma classe sucessória.⁶ Como a renúncia é como se não tivesse ocorrido a transferência do patrimônio, o herdeiro não pode ter agido de modo a evidenciar que **aceitou** a herança. No máximo, pode ter praticado atos meramente conservatórios ou de gestão interna (CC 1.805 § 1.º).⁷ Caso a postura do herdeiro revele que não repudiou a herança, se tem a transmissão como consolidada desde a morte do antecessor. Implementa-se a condição a que a herança estava sujeita.

Diverge a doutrina sobre a **natureza jurídica** da renúncia. Para uns, é um **ato jurídico em sentido estrito**, pelo qual o herdeiro se despoja, com eficácia negativa *ex tunc*, do seu direito hereditário, como se nunca tivesse sido chamado a suceder.⁸ Já outra corrente sustenta que a renúncia é um **negócio jurídico unilateral, abdicativo, irrevogável e gratuito**.⁹

A renúncia não é uma **doação**. No dizer de Caio Mário da Silva Pereira, a renúncia não traduz mutação patrimonial, mas obstáculo à aquisição, não se podendo confundir com a doação, que pressupõe a saída de bens do patrimônio do doador e sua entrada no patrimônio do donatário.¹⁰

A renúncia não se presume, é um **negócio formal** e não pode estar sujeita à **condição ou a termo** (CC 1.808). Não existe **renúncia tácita**. Para repudiar a herança, é necessário que o herdeiro o faça por escrito, sendo exigida **forma especial**. Pode ser levada a efeito por **termo nos autos ou escritura pública** (CC 1.806). Escrito particular não serve. Como é possível a realização do **inventário extrajudicial** (CPC 610 § 1.º), a renúncia pode ser formalizada na própria escritura pública do inventário.¹¹

A lei não admite **renúncia parcial** (CC 1.808).¹² Afinal, o herdeiro é o continuador das relações patrimoniais do *de cujus*, não podendo a

6. Giselda Hironaka, Direito das Sucessões, 10.

7. Clóvis Beviláqua, Código Civil comentado, v. 6, 35.

8. Neste sentido: Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Direito civil, 345; e Claudia Nogueira, Direito das Sucessões, 27.

9. Neste sentido: Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 55, 73; Salomão de Araújo Cateb, Direito das Sucessões, 58.

10. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 58.

11. CNJ – Resolução 35/2007.

12. Reconhecimento de renúncia parcial da herança. Descabimento. 1. Aceitação é o ato pelo qual o herdeiro demonstra seu interesse em receber os bens deixados pelo de

transmissão sofrer solução de continuidade.¹³ Por exemplo, o herdeiro não pode renunciar às dívidas e aceitar os créditos ou renunciar aos bens móveis e aceitar os bens imóveis. Mas é possível renunciar à **nua-propriedade**, reservando-se o usufruto vitalício. No entanto, se pretender eleger o beneficiário, não pode renunciar. Precisa fazer cessão da nua-propriedade. O meeiro pode abrir mão da nua-propriedade através da cessão, pois, afinal, herdeiro não é.

A renúncia exige **agente capaz**. **Capacidade civil** não é o mesmo que **capacidade sucessória**. O herdeiro **com deficiência** ou **menor de idade** pode receber a herança (CC 1.798 e 1.799 I), mas não pode renunciar a ela, pois lhe falta capacidade para dispor de seu patrimônio. Não pode renunciar nem através de seus genitores, nem de seus representantes legais. É indispensável **autorização judicial**, comprovada a conveniência do ato de liberalidade e a evidente utilidade de livrar-se do quinhão hereditário (CC 1.691).

Tanto o herdeiro **legítimo**, como o **testamentário** e o **legatário** podem renunciar à herança ou ao legado. O direito sucessório de quem repudia a herança deixa de existir. O herdeiro renunciante não tem como eleger o **beneficiário**, pois se considera que não houve a transmissão. Caso o herdeiro pretenda transferir seu quinhão a favor de alguém, significa que o aceitou e, em seguida, o está retransmitindo. Se quiser contemplar determinada pessoa – ou outro herdeiro, ou alguém estranho à sucessão –, não se trata de renúncia, mas de **cessão** (CC 1.793).

Equivocadas referências legais levam a desastrosas conclusões. Sempre que a lei fala em “renúncia ou aceitação”, é necessário ler somente a palavra “renúncia”. Assim, não se pode renunciar à herança em parte, sob condição ou a termo (CC 1.808). Igualmente irrevogável é o ato de renúncia (CC 1.812). E o que dispõe de efeito retroativo é a renúncia e não a aceitação, como equivocadamente sustenta a doutrina.¹⁴

cujus e consolida a transferência da referida herança que decorre do princípio da *saisine*. 2. A renúncia é o ato jurídico unilateral através do qual o herdeiro declara não aceitar a herança, despojando-se da sua titularidade, não entregando para ninguém a sua parte, isto é, ele simplesmente deixa de ser herdeiro, como se jamais tivesse sido chamado à sucessão. 3. Não é possível juridicamente aceitar ou renunciar parcialmente a herança ou quinhão hereditário, pois é expressamente vedada pelo art. 1.808 do CC. Recurso desprovido. (TJRS, AC 70069735892, 7.^a C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 28/09/2016).

13. Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito Civil*, 332.

14. Sílvio Venosa, *Direito Civil*, v. 7, 15.

Para que ocorra a transferência da herança não é necessária qualquer manifestação do herdeiro. Mas ele pode renunciar à herança. No entanto, depois de ter, de algum modo, revelado que assumiu os bens que lhe foram transmitidos – por escrito ou agindo como herdeiro –, não pode mais renunciar. Isso porque a lei não admite comportamentos contraditórios. Trata-se da aplicação do **princípio *nemo potest venire contra factum proprio***, que tutela a **confiança** e não tolera condutas incoerentes. Assim, se o herdeiro age como tal, não pode depois renunciar à herança. Incorporada ao seu patrimônio, só pode se desfazer dela através da cessão.

Para um herdeiro renunciar, não é necessária a concordância dos demais herdeiros. Nem dos descendentes do renunciante, pois não existe sequer **direito de representação**, só presente nas hipóteses de premoriência, ausência, deserção ou indignidade. O renunciante não se encaixa em nenhuma dessas hipóteses e seus herdeiros não têm direito de representá-lo. Eles não podem recolher o quinhão do renunciante, que acresceu ao acervo sucessório e foi atribuído aos outros herdeiros. Herdam todos da mesma classe e do mesmo grau, herdam por cabeça, por direito próprio (CC 1.810).

Quando o herdeiro, além de receber o seu quinhão hereditário, é contemplado por testamento com determinado bem, pode renunciar ao legado e ficar com a herança ou vice-versa: abrir mão da herança e permanecer com o legado (CC 1.808 § 1.º). Também aquele que recebe mais de um quinhão a títulos diversos tem a liberdade de renunciar a qualquer deles (CC 1.808 § 2.º). Nenhuma dessas hipóteses significa renúncia parcial e muito menos aceitação parcial.

Imposta **cláusula de inalienabilidade** à herança do herdeiro necessário, ainda assim ele não está inibido de renunciar, pois a renúncia não é ato translativo da propriedade. Pode renunciar, mas não pode ceder a herança. É que na cessão há a aceitação e a transferência do quinhão hereditário, exatamente o que o gravame não autoriza.

As doações feitas a herdeiros necessários configuram o que se chama de **adiantamento de legítima** (CC 544). O fato de o herdeiro ter recebido em vida parte de sua herança não impede que, quando da abertura da sucessão, renuncie. Mas precisa trazer à **colação** os bens recebidos, ou seja, devolvê-los ao monte sucessório. Ainda que de modo pouco claro, a previsão está na lei, ao ser imposto ao inventariante o dever de trazer à colação os bens recebidos pelo renunciante (CPC 618 VI).

20.2. NOTIFICAÇÃO DO HERDEIRO

Decorridos 20 dias da abertura da sucessão, sem que o sucessor manifeste sua vontade, ou aja de modo a demonstrar se quer ou não a herança, pode ser notificado para, em 30 dias, renunciar à herança. A expressão legal induz a erro. Descabe o herdeiro ser notificado judicialmente para que declare “se aceita, ou não, a herança” (CC 111 e 1.807). A mera resposta repudiando a herança já configura renúncia, que nem precisa ser tomada a termo. No entanto, se ficar em silêncio, permanece na condição de herdeiro. Presume-se que aceitou a herança. Depois disso, não pode mais renunciar. É a velha expressão: quem cala consente!

Têm legitimidade para promover a notificação tanto os demais herdeiros, como o legatário, o credor do herdeiro ou ainda aquele que será chamado à sucessão se ele vier a renunciar.¹⁵

Não sendo notificado o herdeiro para se manifestar, sua condição de titular da herança permanece indefinidamente. Nada restringe o seu direito. Continua na condição de herdeiro, mas a qualquer tempo pode renunciar a ela. A inércia do herdeiro não afeta o seu direito de propriedade sobre a herança, que é **imprescritível**. É de todo injustificável tentar impor prazo prescricional ao direito de propriedade. A ausência do exercício dos direitos inerentes à propriedade não afeta sua titularidade. O que pode ocorrer é a aquisição do bem por outrem, por **usucapião**. Só nesta hipótese é possível a perda dos bens herdados.

20.3. RENÚNCIA PRÉVIA

É expressa vedação legal de a herança de pessoa viva ser objeto de contrato (CC 426), por configurar pacto sucessório, ou o chamado pelo horrível nome de pacto de corvina. Por afrontar expressa disposição de lei (CC 1.655), doutrina e jurisprudência são unâimes em reconhecer como nula tal possibilidade. Pelo mesmo motivo, não existe promessa de renúncia.¹⁶ Ou seja, o repúdio prematuro ou a promessa de repúdio, ainda que formal, promovido antes do falecimento, não teria validade jurídica.¹⁷ A reforçar este entendimento, cabe ser invocado dispositivo que cabe ser aplicado a todos os regimes de bens, e que se encontra perdido no

15. Clóvis Beviláqua, Código Civil..., v. 6, 29.

16. Luciano de Camargo Pentead, Manual de Direito Civil: Sucessões, 61.

17. Neste sentido: Francisco Cahali e Giselda Hironaka, Curso avançado de Direito Civil, v. 6, 97.

regime de comunhão de participação final nos aquestos (CC 1.682): O direito à meação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial.

No entanto, muitas inquietações surgiram a partir da consagração do direito de concorrência sucessória. Apesar de atrelar a concessão do direito ao regime de bens, há absoluto desrespeito ao desejo dos cônjuges e companheiros, manifestado via pacto antenupcial ou contrato de convivência.

Maior é a insegurança após a equiparação feita pelo STF¹⁸ no que diz com o direito concorrencial na união estável, alterando sua base de cálculo. Agora, no regime da comunhão parcial, em que há a comunicabilidade somente dos bens adquiridos depois do casamento ou da constituição da união estável, em sede de direito sucessório, o sobrevivente adquire percentual dos bens exclusivos do falecido, e que foram adquiridos sem qualquer participação do outro do par.

Às claras que a opção legal gera enriquecimento sem causa ao atribuir ao sobrevivente parcela de bens que não auxiliou a adquirir, em total afronta ao que o par acordou: o que era meu e o que era teu, antes da união, assim vai continuar sedo. Somente o que for adquirido depois é que passa a pertencer a ambos, em partes iguais. Ou seja, o regime de bens eleito pelo par para reger as questões patrimoniais só tem eficácia durante o casamento, ou quando a união se rompe pela separação de fato ou pelo divórcio. No caso de morte, por absoluta falta de senso do legislador, a divisão dos bens ocorre de modo inverso ao desejado pelo casal.

Na tentativa de contornar esta verdadeira aberração jurídica, cônjuges e companheiros passaram a aderir ao regime de separação de bens, com o único intuito de salvaguardar os bens particulares para os herdeiros. Quer via pacto antenupcial, quer buscando a alteração do regime de bens. Na união estável, por meio de contrato de convivência, que pode ser firmado ou alterado a qualquer tempo. Esta solução, no entanto, acaba gerando injustiça de outra ordem. Priva dos bens quem não consta do título do título de propriedade, apesar de ter contribuído para sua aquisição.

Diante deste dilema, doutrinadores de vanguarda sustentam que a mera renúncia ao exercício futuro do direito concorrencial não esbarra da

18. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

vedação de dispor de herança de pessoa viva. É o que afirma Mário Delgado. A restrição à pactuação sucessória não é absoluta e a interpretação do art. 426 do CC deve ser necessariamente restritiva, de modo a abranger apenas a proibição expressa na dicção da lei, qual seja, a de se contratar a herança de pessoa viva. Vale dizer, o que está vedado de forma expressa é a cláusula contratual que tenha por objeto a “herança” de pessoa diversa das partes contratantes.¹⁹

Não há como confundir os dois institutos. A proibição é de ser feito “contrato”, que é um ato bilateral. Já a renúncia é ato unilateral de vontade. Manifestação livre e espontânea de dispor de um direito que é seu. Deste modo, não existe qualquer restrição à renúncia de direitos futuros. Até porque são expressas as vedações de renúncias antecipadas (CC 556, 424 e 1.793).

Afirma o autor a relevância de distinguir, conceitualmente, herança e sucessão. Sucessão constitui o direito por força do qual a herança é devolvida a alguém, enquanto herança refere-se ao acervo de bens transmitidos por ocasião da morte; de tal maneira que a vedação do ordenamento jurídico alcança a herança, ou seja, o acervo de bens, mas não o direito sucessório em si.

Rolf Madaleno segue na mesma toada. Não se pode extrair do indigitado artigo qualquer argumento, minimamente defensável, apto a obstar, ao menos, a renúncia dos direitos sucessórios concorrenciais dos cônjuges ou companheiros, em pacto antenupcial ou convivencial, até por se tratar de um benefício sucessório viual de conteúdo assistencial.²⁰

20.4. MEAÇÃO E DIREITO DE CONCORRÊNCIA

Como exclusivamente a herança pode ser objeto de renúncia, só o herdeiro pode abrir mão do seu quinhão hereditário.

A **meação** a que fazem jus o cônjuge e o companheiro não integra a sucessão. Recebem direito próprio decorrente da **mancomunhão** dos bens durante a união. Não se tratando de herança, o meeiro não pode renunciar. No entanto, pode ceder sua meação. Euclides de Oliveira sustenta que cabe interpretação extensiva, pois a **cessão** nada mais é do que um negócio jurídico *inter vivos*.²¹

19. Mário Luiz Delgado, Da renúncia prévia ao direito concorrenciais...

20. Rolf Madaleno, Renúncia de herança no pacto antenupcial, 57.

21. Euclides de Oliveira, Sucessão legítima à luz do novo Código Civil.

Somente quando o cônjuge e o companheiro sobrevivente são **herdeiros** é que podem renunciar à herança. Também podem renunciar ao direito de **concorrência sucessória**. Em ambas as hipóteses desfrutam da condição de herdeiro e a renúncia dispõe do mesmo efeito: devolve o quinhão sucessório aos demais herdeiros.

Quando o **cônjuge** ou o **companheiro** são convocado à sucessão na condição de **herdeiro**, por ausência de descendentes e ascendentes, caso eles venham a renunciar, são chamados os parentes colaterais. Na renúncia do direito de concorrência, o quinhão acresce à herança dos herdeiros antecedentes: descendentes ou ascendentes.

A renúncia do direito concorrente não afasta o viúvo da condição de herdeiro. Cabe um exemplo: renunciando o cônjuge ao direito de concorrência e vindo os demais herdeiros a renunciar ou a serem excluídos da sucessão, permanece hígido o direito do cônjuge de receber a herança na qualidade de herdeiro.

Cônjuge e companheiro sobrevivente podem renunciar ao **direito real de habitação** (CC 1.831), o que não compromete nem o direito de concorrência nem a condição de herdeiro de que desfrutam. Não se trata de renúncia parcial.

Caso todos os descendentes e ascendentes renunciem, a herança é recebida pelo cônjuge ou companheiro que vivia com o falecido por ocasião da morte. Recebem a totalidade da herança e não só os bens adquiridos durante a vida em comum.

Renunciando todos os herdeiros colaterais, a herança é considerada jacente e a declaração de **vacância** pode ocorrer desde logo (CC 1.823), devolvendo-se ao ente público herança ao município em que se situa (CC 1.844).

20.5. ANUÊNCIA DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO

Quando o herdeiro é **casado** ou vive em **união estável**, muito se questiona sobre a necessidade de haver a anuência do par para a renúncia. A justificativa para exigir a concordância é o fato de a herança ser considerada **bem imóvel** (CC 80 II). Ou seja, nenhum dos cônjuges pode, sem a autorização do outro, alienar *bens imóveis* (CC 1.647 I). Esta é a posição doutrinária amplamente majoritária.

No entanto, renunciar não é alienar. A não ser no regime da comunhão universal, a herança recebida por qualquer dos cônjuges é **bem particular**, não se comunicando com o outro. É assim no regime da comunhão parcial

(CC 1.659 I). No regime da participação final nos aquestos, os cônjuges podem convencionar, no pacto antenupcial, a dispensa da concordância (CC 1.656). Na separação convencional, não é necessária a concordância de ambos nem para a alienação de bens imóveis (CC 1.687).

Como a renúncia tem **eficácia retroativa** à data da abertura da sucessão, a herança não chega a ingressar no patrimônio do herdeiro. É como se o direito nunca tivesse existido. Assim, não há **aquisição patrimonial**, nem pelo herdeiro, nem por seu cônjuge ou companheiro. Portanto, eles não têm legitimidade para impedir o ato de repúdio. Nada justifica buscar a concordância de quem não é titular do bem para o exercício de um **direito personalíssimo**. A jurisprudência distingue renúncia abdicativa e translativa para identificar quando é necessária a vênua conjugal.

No entanto, quando o herdeiro é casado pelo **regime da comunhão universal** de bens ocorre a transmissão da herança também a favor do cônjuge, que se torna cotitular do direito sucessório. Esta é a única hipótese em que o herdeiro necessita da anuência do cônjuge para renunciar à herança. Levada a efeito a renúncia sem autorização marital, o ato é **anulável**. Dispõe o cônjuge de legitimidade para buscar a desconstituição do ato até dois anos após o término da sociedade conjugal (CC 1.649).

Como inventário e partilha podem ser levados a efeito **extrajudicialmente** (CPC 610 § 1.º), nada impede que a renúncia seja manifestada na **escritura pública**. O Conselho Nacional de Justiça²² foi além de suas atribuições regulamentadoras e acabou exigindo o comparecimento de ambos os cônjuges, quando houver renúncia, exceto se o casamento se der pelo regime da separação absoluta.

De qualquer modo, se a herança foi recebida com **cláusula de incommunicabilidade** (CC 1.911), é dispensável a concordância do cônjuge para o herdeiro renunciar à herança.

20.6. DIREITO DOS CREDITORES

Ainda que os bens do herdeiro sejam insuficientes para saldar suas dívidas, ele pode renunciar à herança ou a legado que recebeu por testamento. No entanto, o seu credor, comprovando o prejuízo que sofreu, por ele ter aberto mão da herança recebida, pode buscar o reconhecimento da

22. CNJ – Resolução 35/2007.

ineficácia da renúncia até o montante do seu crédito. Porém, se o herdeiro for solvente, a renúncia subsiste.²³

Não se trata de **desconstituição** do ato de liberalidade. A renúncia existe e é válida, só não **produz efeitos** até o valor do débito do herdeiro. A renúncia perfectibilizou-se e não pode ser desconstituída. Apenas não tem **eficácia** em relação ao credor do renunciante até o limite do débito.

Ao contrário do que diz a lei (CC 1.813), o credor não **aceita** a herança em nome do renunciante. Ele não substitui o renunciante nem assume a condição de herdeiro. A intenção do credor é apenas obter a **suspensão temporária** e episódica dos seus **efeitos**, para que tenha atendido o seu crédito, e não anular o ato jurídico de renúncia.²⁴ Tanto não ocorre a aceitação da herança pelos credores que o valor excedente ao crédito não retorna ao herdeiro que renunciou, o qual já nem mais herdeiro é. O patrimônio remanescente é devolvido aos demais sucessores.

Mesmo antes de formalizada a renúncia, pode o credor obstaculizar que o ato ocorra. Basta comprovar que o herdeiro manifestou o desejo de renunciar.

Não é necessária prova de má-fé ou de fraude do herdeiro. Ele renuncia, com o intuito de suas dívidas não serem pagas com o quinhão que recebeu. É suficiente que o credor comprove o prejuízo que sofreu, pelo motivo de o devedor ter aberto mão do patrimônio que recebeu de herança.

Não é necessário que o credor intente a **ação de fraude contra credores**, chamada de **ação pauliana**. Pode simplesmente habilitar-se no inventário. Surgindo eventual controvérsia, esta será solvida em ação própria. É o que ordena o juiz ao remeter as partes às vias ordinárias.

Na ação **declaratória de ineficácia da renúncia**, os demais herdeiros não são **litisconsortes necessários**, ainda que possam ser atingidos pela sentença, eis sujeitos a perder o quinhão do renunciante ou parte dele. Apesar de o interesse ser econômico e não jurídico, é admitido que participem na condição de **assistentes simples** (CPC 119).²⁵

20.7. DIREITO DE ACRESCEER

Com a renúncia, opera-se o que se chama direito de acrescer: o quinhão do renunciante volta automaticamente aos outros herdeiros. Existindo

23. Claudia de Almeida Nogueira, *Direito das Sucessões*, 29.

24. Cristiano Chaves de Farias, *Incidentes à transmissão da herança*, 61.

25. Maria Berenice Dias, *O terceiro no processo*, 98.

mais de um herdeiro da mesma classe, é a estes que se transmite a herança. Porém, se o renunciante é o único de sua classe, são convocados os herdeiros da classe seguinte (CC 1.810). Os próprios filhos do renunciante podem ser beneficiados, mas herdam por **direito próprio**. Com a renúncia, é como se o herdeiro não existisse, não se pode falar em **direito de representação**. O renunciante não foi excluído da sucessão (CC 1.816). Abriu mão do direito sucessório por vontade própria.

Os descendentes do renunciante não podem representá-lo porque ele nada recebeu. Isso é bem diferente do que acontece quando o herdeiro é declarado **indigno** ou é **deserdado**. Como a perda da herança é uma pena imposta ao herdeiro, a punição não se transmite aos seus herdeiros. Daí a existência do direito de representação. Os descendentes recebem o quinhão de quem foi excluído da sucessão e não de quem renunciou.

Sendo **menores ou incapazes** os herdeiros chamados à sucessão podem ser representados pelo renunciante (CC 1.811). Ele não fica privado da administração e do usufruto dos bens que, por ter renunciado, passaram a seus filhos menores. Esta é mais uma diferença entre renúncia e as formas coactas de exclusão do sucessor. Na indignidade e na deserdação, o representante do herdeiro perde o direito de representá-lo, bem como o direito de usufruir do patrimônio herdado pelo filho.

O fato de o herdeiro ter renunciado à herança não o impede de representar o *de cujus* em outra sucessão (CC 1.856). Assim, se o filho renuncia à herança do pai, pode representá-lo na sucessão do avô. Comparece à sucessão do avô representando o pai, filho pré-morto do autor da herança. Só o exemplo ajuda a entender: o pai (A) falece deixando dois filhos (B e C) e três netos (D, E e F), dois netos de um dos filhos e um neto do outro. Se um dos filhos (B) renuncia, a herança passa para o seu irmão (C), e não para os seus filhos (D e E). **Não existe direito de representação na renúncia**. No entanto, se os dois filhos (B e C) renunciarem, são chamados a suceder os três netos (D, E e F). Herdam por direito próprio, **por cabeça**: a herança é dividida por três.

Mais uma hipótese com o mesmo exemplo: falecendo o pai (A), depois da morte de um dos filhos (B), são chamados a suceder, por representação, os netos (D e F), filhos do herdeiro pré-morto. A herança é assim dividida: metade para o filho sobrevivente (C) e a outra metade é dividida entre (D, E, e F), por representação do pai. E, se o herdeiro (D) renunciar, seu quinhão vai para os seus irmãos (E, e F), não retorna à sucessão. Não se transmite para o tio (C).

Seguidamente ocorrem enganos. Muitas vezes, quando morre o pai, os filhos renunciam à herança, visando deixá-la em favor da mãe. Porém, se algum dos filhos tiver descendentes, a herança é transmitida a eles, netos do autor da herança, e não à viúva sobrevivente. O mesmo ocorre se o falecido tem ascendentes. Renunciando todos os descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes e não o cônjuge. Isto porque o viúvo ocupa a terceira posição na ordem de vocação hereditária. Assim, para que o desejo dos filhos se concretize, ou seja, que a mãe fique com a herança, é necessário que nenhum deles tenha filhos e inexistam avós. Caso contrário, para prevalecer a vontade dos herdeiros, em vez de renunciarem é necessário que façam **cessão** a favor da mãe. A diferença mais saliente é o fato de haver dupla tributação.

20.8. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Quando se trata de sucessão testamentária, os efeitos da renúncia são diversos. A renúncia torna **ineficaz** a nomeação. Para usar a expressão da lei: *faz caducar a deixa testamentária*. Ou seja, a herança ou o legado retornam ao acervo sucessório e são recebidos pelos herdeiros legítimos.

Tal só não acontece quando o testador, prevendo a possibilidade de o herdeiro instituído renunciar, indica outro herdeiro em **substituição**.²⁶ Diz o testador: deixo minha fortuna em favor de (A). Caso ele renuncie, nomeio em substituição (B). Caso o herdeiro instituído (A) abra mão da herança, esta se transmite ao substituto indicado (B). É o que se conclui da complicada redação do art. 1.947 do CC.

Sendo beneficiada uma única pessoa, a renúncia faz a herança ou o legado retornar ao acervo sucessório para ser distribuído entre os herdeiros legítimos. Já quando é instituído mais de um herdeiro testamentário ou mais de um legatário, a renúncia do beneficiário produz efeito diverso.

Na hipótese de o testador instituir mais de um beneficiário de forma **conjunta**, renunciando um deles, ocorre o **direito de acrescer** dos demais herdeiros testamentários (CC 1.941). Diz o testador: deixo minha fortuna para (A, B e C). Nesta hipótese, se o herdeiro (A) renunciar, a herança divide-se em partes iguais entre (B e C). Somente na hipótese de esses também renunciarem é que surge o direito de acrescer dos herdeiros legítimos.

Quando a instituição foi a favor de mais uma pessoa, mas houve a **individualização** do quinhão de cada um, ou seja, a nomeação foi indivi-

26. Arnoldo Wald, O novo Direito das Sucessões, 32.

dual e não conjunta, a renúncia de qualquer dos herdeiros testamentários beneficia os herdeiros legítimos. É quando diz o testador: deixo para (A) 10% de minha fortuna, 30% em favor de (B) e 40% para (C). Renunciando qualquer dos herdeiros, a sua parte não passa aos demais herdeiros testamentários. Não há direito de acrescer entre eles. A fração do renunciante transfere-se aos herdeiros legítimos. Na ausência de sucessores, a parte do renunciante é recolhida como herança jacente e transferida à municipalidade ou ao Distrito Federal, a depender do lugar onde situe.

Outra hipótese de renúncia existe no **fideicomisso** (quando o testador institui herdeiros sucessivos). Caso o fiduciário (o que primeiro recebeu a herança) renuncie, a titularidade do bem fica para o fideicomissário (que receberá a herança em segundo lugar). O quinhão não retorna ao acervo sucessório. Quando for o fideicomissário quem renuncia, a propriedade consolida-se em favor do fiduciário. Diz a lei que o fideicomisso caduca (CC 1.955).

Chama a doutrina de **renúncia presumida** o fato de que, imposto encargo ao herdeiro ou ao legatário, ele não cumprir o encargo.²⁷ É o que ocorre, por exemplo, quando o testador determina que o legatário entregue coisa de sua propriedade a outrem – se ele não entregar, presume-se que não quis o legado (CC 1.913).

Quando o **legado** for composto de partes autônomas e separáveis, é possível **renúncia parcial**. Nesta hipótese, chama-se o substituto, se houver. Não havendo, o legado transfere-se ao herdeiro legítimo ou testamentário, ou acresce ao direito do coerdeiro.²⁸

20.9. ASPECTOS PROCESSUAIS

A renúncia pode ser manifestada **nos autos** do inventário, tomando-se a termo a manifestação do renunciante. Também pode ser feita por **escritura pública**. A escritura pode ser lavrada em qualquer tabelionato, não precisa ser nem no local da abertura da sucessão, nem no juízo do inventário.

O **termo de renúncia** não necessita ser homologado pelo juiz. Pode ser manifestada em qualquer ação em que se litigue sobre a herança, e não somente nos autos do inventário.²⁹

27. Flávio Augusto Monteiro de Barros, Manual de Direito Civil, 188.

28. Orlando Gomes, Sucessões, 193.

29. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 58.

O herdeiro que renunciou à herança precisa trazer à **colação** as doações recebidas em vida, a título de adiantamento de legítima (CC 2.008 e CPC 640). Devolve os bens, os quais passam a integrar o acervo sucessório.

No inventário **extrajudicial** (CPC 610 § 1.º), a renúncia pode ser manifestada na própria escritura pública de inventário e partilha.³⁰

A renúncia pode ser levada a efeito por **procurador com poderes especiais** (CPC 105). Ainda que seja **irrevogável e irretratável** (CC 1.812), como se trata de declaração de vontade, a renúncia pode ser anulada como os demais negócios jurídicos, quando flagrada a ocorrência de vício nulificante (CC 138 e ss.).

Feita por **termo nos autos**, a busca de anulação da renúncia pode ser veiculada nos autos do inventário. Porém, nada impede que o magistrado remeta as partes às vias ordinárias, se a controvérsia envolver questões de fato. Se a renúncia ocorreu por **escritura pública**, a demanda anulatória deve ser promovida no juízo do inventário.

Para se opor à renúncia, o **credor** não precisa fazer uso da ação declaratória por fraude contra credores. Pode simplesmente habilitar-se no inventário. Na hipótese de surgir controvérsia é que cabe o uso de demanda autônoma.

LEITURA COMPLEMENTAR

DELGADO, Mário Luiz. *Da renúncia prévia ao direito concorrencial por cônjuges e companheiros*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-07/processo-familiar-renuncia-previa-direito-concorrencial-conjuge-companheiro?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter>. Acesso em 11 abr. 2019.

DONOSO, Denis. Da (des)necessidade da outorga uxória na renúncia da herança face ao regime de bens adotados entre os cônjuges. *Revista IOB de Direito de Família*, n. 58, fev.-mar. 2010, p. 49-57.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MADALENO, Rolf. *Renúncia de Herança no Pacto Antenupcial*. *Revista IBDFAM*, v. 27, maio/jun. 2018, p. 09-58.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. A cessão de direitos hereditários no novo Código Civil. *Revista de Direito do TJRJ*, Rio de Janeiro, n. 66, p. 83-91.

30. CNJ – Resolução 35/2007.

21

CESSÃO

Sumário: **21.1.** Distinções e equívocos – **21.2.** Características – **21.3.** Direito de preferência – **21.4.** Concordância do cônjuge ou companheiro – **21.5.** Meação – **21.6.** Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CR 156 II; CC 221, 426, 447 a 457, 504, 1.649, 1.793 a 1.795, 1.804 a 1.813, 1.823, 1.844, 1.856, 1.913, 1.941 a 1.946, 1.947 a 1.960, 1.971, 2.008; CPC 616 V, 617 III e VIII e 640; Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos – LRP) 129, n. 9, e 130.

21.1. DISTINÇÕES E EQUÍVOCOS

Mesmo adotado o princípio de *saisine* (CC 1.784), o legislador ainda fala em **aceitação** da herança. Por isso, confunde as duas modalidades de que dispõe o herdeiro de abrir mão do seu direito sucessório: renúncia e cessão. Em face da falta de precisão legal, também a doutrina baralha os dois institutos.

A **distinção**, no entanto, é significativa.

Quem **renuncia**, simplesmente abre mão da herança, que retorna ao acervo sucessório e se transfere aos demais herdeiros. É como se o herdeiro não tivesse recebido a herança. Ele não transfere seu quinhão a ninguém, simplesmente abdica dele. Daí dizer-se que a renúncia é **abdicativa**.

Se o herdeiro quiser transferir seu direito sucessório a alguém (qualquer pessoa, herdeiro ou não), significa que aceitou a herança e a cedeu a alguém. Ou seja, precisa fazer uma **cessão**, transferindo o patrimônio a quem indicar. Daí, equivocadamente, chamar-se a cessão de **renúncia translativa**, a ponto de aceitar-se que seja feita no processo de inventário.

Mas é errado dizer que a renúncia é feita a favor de alguém. Mesmo que o beneficiado seja coerdeiro.¹

Só a renúncia pode ser levada a efeito **por termo nos autos** do inventário (CC 1.806). Nada impede, porém, que seja feita por escritura pública. Já a cessão, necessariamente, precisa ser feita por meio de **escritura pública** (CC 1.793). A renúncia a favor de alguém renúncia não é. É cessão, que precisa ser formalizada por **escritura pública**. Mas vem a jurisprudência flexibilizando essa exigência e admitindo a cessão **por termo nos autos**.²

A renúncia é, sempre, gratuita, mas a cessão pode ser gratuita ou onerosa. Quando é **gratuita**, pura e simples, a favor dos coerdeiros, não se trata de cessão, mas de **renúncia** (CC 1.805 § 2.º). Mas, eleito o beneficiário, ainda que gratuita a transferência, renúncia não é, é cessão.

O que diferencia a renúncia da cessão é a circunstância de o herdeiro indicar ou não um beneficiário. Na renúncia, não há a possibilidade de escolha, o herdeiro simplesmente abre mão de sua herança. Quando o herdeiro contempla determinada pessoa, ocorre cessão. Para que possa transferir a herança a pessoa certa, a herança precisa ter se incorporado ao seu patrimônio. Só quem recebeu a herança pode cedê-la. Alguém só ceder o que lhe pertence.

Essa não é a única diferença. É possível renunciar nos autos do inventário, enquanto a cessão precisa ser levada a efeito por **escritura pública**. Entre renúncia e cessão, há distinção, inclusive, quanto aos seus **efeitos**. A renúncia dispõe de efeito *ex tunc*, retroagindo à data da abertura da sucessão. O efeito da cessão é *ex nunc*, pois só vale a partir do ato translativo.

Com referência aos **encargos tributários**, a diferença também é enorme. Quando da abertura da sucessão, incide o imposto de transmissão *causa mortis* (ITCD), a ser pago pelos herdeiros. A renúncia não gera

1. Agravo interno. Direito processual civil. Sucessão. Inventário. Arrolamento. Cessão de direitos hereditários. Formalidade. Havendo a aceitação da herança, a renúncia não é em favor do monte, a vontade do herdeiro refere-se à renúncia translativa, que caracteriza verdadeira cessão de direitos hereditários aos demais herdeiros, o que é perfeitamente possível, desde que atendida a forma prevista em lei, ou seja, lavratu- ra mediante escritura pública. Recurso desprovido. (TJRS, Agravo 70076033257/RS, 2ª C. Civ., Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 14/12/2017).
2. Agravo de instrumento. Doação com reserva de usufruto em favor do viúvo. Possibi- lidade. Renúncia translativa. Formalização por meio de escritura pública. Ato trans- lativo que pode ser tomado por termo nos autos. Inteligência do artigo 1.806 do Código Civil. Agravo provido. (TJSP, AI 2198482-64.2017.8.26.0000, 4ª Câ. Dir. Priv., Rel. Natan Zelinschi de Arruda, j. 08/02/2018).

obrigação do pagamento de imposto pelo renunciante, pois é como se a transferência da herança não tivesse ocorrido a favor dele. Só os herdeiros que receberem o acervo sucessório é que pagarão o imposto *causa mortis*. Na cessão, como houve a aceitação da herança, sua transferência autoriza dupla tributação: o imposto *causa mortis* e o imposto *inter vivos*. Duas são as transferências: do *de cujus* para o herdeiro e deste para o cessionário. Se a cessão é **gratuita**, incide duas vezes o ITCD: uma pela transferência *causa mortis* ao herdeiro; e outra, pela transmissão *inter vivos*, ao cessionário. Quando a cessão é **onerosa**, incidem tanto o ITCD quanto o ITBI: este pela transferência *causa mortis*; e aquele pela *inter vivos*, a título oneroso, do herdeiro ao cessionário.

21.2. CARACTERÍSTICAS

O herdeiro tem a faculdade de ceder, total ou parcialmente, a herança que recebeu a quem lhe aprouver. É o exercício do **direito de liberdade** de que desfruta todo e qualquer titular de um bem.

A cessão pode ocorrer a partir da **abertura** da sucessão, até o momento da **partilha**. Depois, não mais se pode falar em cessão, mas em **venda** ou em **doação**, eis que os bens já estão individualizados.

A **cessão gratuita** em tudo se assemelha à **doação**, mas não é. Doam-se bens certos e determinados e o direito hereditário é uma **universalidade** (CC 91). Na cessão gratuita, é necessária a **aceitação** do donatário (CC 538 e ss.).

Quando **onerosa**, a cessão não se confunde com a **compra e venda**. Cede-se direito e vende-se coisa materializada.³ Na compra e venda, há a **transferência do domínio** de coisa certa, mediante o pagamento do preço em dinheiro (CC 481). Já na cessão, ocorre transferência dos **direitos** sobre o quinhão hereditário, composto de bens não individualizados.

Como a cessão tem efeito **ex nunc** – a partir do ato de transferência – a condição de **herdeiro** não se transmite ao cessionário. Trata-se de negócio de conteúdo exclusivamente patrimonial. O cessionário sub-roga-se na posição do cedente, mas não vira herdeiro.⁴

3. Antônio Elias de Queiroga, Curso de Direito Civil, 20.

4. Nesse sentido: Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 30; Antônio Elias de Queiroga, Curso de Direito Civil, 20; e Cláudia de Almeida Nogueira, Direito das Sucessões, 40.

Tanto isso é verdade que não pode exercer o direito de preferência, caso algum herdeiro ceda seu quinhão hereditário em favor de terceiro. Só o herdeiro tem o direito de preferência, não o cessionário.

O cessionário adquire o quinhão por ato *inter vivos*. Trata-se de um **contrato aleatório**, pois nem sempre são conhecidos a quantidade ou a extensão do patrimônio, ou os encargos objeto da cessão.⁵ O cedente só garante sua condição de herdeiro, ou seja, que existe a sucessão aberta. Por isso, o cedente não responde pelos riscos da **evicção** (CC 447 a 457). Frustrado o negócio, o cessionário não pode buscar a execução específica, solvendo-se a questão em perdas e danos.⁶

Como a cessão é um negócio jurídico, é necessário **agente capaz**. Assim, o herdeiro **menor de idade** não pode ceder seu quinhão hereditário, ainda que representado ou assistido por seus pais. Para que isso ocorra, é necessária autorização judicial, devendo ser comprovada a necessidade, utilidade ou conveniência do ato translativo.

Antes da abertura da sucessão, ou seja, antes da morte do titular dos bens, não há herança. Assim, não pode o herdeiro, ou melhor, aquele que vai herdar, dispor de bens que não são seus. A lei veda o que se chama de **pacto sucessório** (CC 426): *Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva*.

Na hipótese de o testador ter imposto **cláusula de inalienabilidade** à herança, o herdeiro pode renunciar, mas não pode ceder a herança. É que a cessão implica em transferência do quinhão hereditário, e dessa liberdade não dispõe o herdeiro.

Como o acervo hereditário responde pelas **dívidas** da herança, é o cessionário que assume os encargos da herança, dentro das forças do quinhão que adquiriu. Tem ele **legitimidade concorrente** para requerer a abertura do inventário (CPC 616 V). Pode participar do processo de inventário e, inclusive, ocupar a posição de **inventariante**. Tem preferência a pessoa estranha à sucessão, pois é responsável pelos encargos da herança (CPC 617 VIII).

Apesar de a lei usar a expressão “pode”, tal não diz com relação à forma do ato dispositivo. Somente afirma a possibilidade de ocorrer o ato dispositivo. O instrumento particular, ainda que tenha **validade** entre as partes, não tem **eficácia** perante terceiros antes de levado a **registro público** (CC 221). A necessidade de instrumento público também se justifica, porque a

5. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 100.

6. Sílvio Venosa, *Direito Civil*, v. 7, 30.

lei considera a herança um **bem imóvel** (CC 80 II). Mesmo que se constitua somente de bens móveis, por pura ficção, a lei empresta a condição de bem imóvel ao que chama de “herança aberta”. Esta expressão quer dizer que ainda não houve a partilha. Portanto, no momento em que ocorre a cessão, os bens não se encontram individualizados e a herança é tida como bem imóvel.

Euclides de Oliveira questiona as razões da impossibilidade de o herdeiro ceder à herança na **ação de inventário**, uma vez que a renúncia pode ser feita por termo nos autos (CC 1.806).⁷ Arnaldo Rizzardo sustenta que a cessão pode ser levada a efeito por instrumento particular homologado pelo juiz do inventário.⁸ Porém, essas sugestões não podem vingar. Não dá mesmo para a cessão ser feita por termos nos autos, pois se trata de negócio jurídico absolutamente estranho à sucessão. Ao depois, de forma expressa, a lei diz que a **escritura pública** é da essência do ato (CC 1.793).⁹

Em face da possibilidade de o inventário ser levado a efeito **extrajudicialmente** (CPC 610 § 1.º), na mesma escritura pública pode o herdeiro fazer cessão dos direitos sucessórios. Mas, para isso, é necessário que todos os herdeiros sejam capazes, haja consenso na partilha e não exista testamento. A exigência é, também, do CNJ.¹⁰

Levada a efeito a cessão por **escritura pública**, o oficial do registro imobiliário não pode alegar falta de requisito da especialidade: o objeto da cessão é transferência de direitos e não da propriedade.¹¹

Para valer perante terceiros, é necessária a averbação no **cartório de títulos e documentos**.¹² Em se tratando de bem de pequeno valor, não são

7. Euclides de Oliveira, Da herança e de sua administração, 36.

8. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 104.

9. Inventário. Decisão determinando a reformulação do plano de partilha. Cessão de direitos da meação. Ato equiparado à doação. Necessidade de escritura pública. Decisão mantida. Recurso desprovido. Segundo o STJ, “[...] 5. O ato de disposição patrimonial representado pela cessão gratuita da meação em favor dos herdeiros configura uma verdadeira doação, a qual, nos termos do art. 541 do Código Civil, far-se-á por Escritura Pública ou instrumento particular, sendo que, na hipótese, deve ser adotado o instrumento público, por conta do disposto no art. 108 do Código Civil” (REsp 1.196.992, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 22-8-2013). (TJSC, AI 4006060-82.2017.8.24.0000, 2ª Câmara, Dir. Civ., Rel. João Batista Góes Ulysséa, j. 03/05/2018).

10. Resolução CNJ 35/2007, art. 17.

11. Claudia de Almeida Nogueira, Direito das Sucessões, 41.

12. Penhora no rosto dos autos. Inventário. Embargos de terceiro. Herdeiro. Cessão de direitos hereditários. Ausência de registro. Inoponibilidade a terceiros. 1. Os arts. 129, n. 9, e 130 da Lei de Registros Públicos exige o registro de qualquer ato de cessão de direitos em Cartório de Títulos e Documentos da residência de todas

necessários nem escritura pública nem contrato particular. Há a possibilidade de a transmissão ocorrer por meio de **alvará judicial**.¹³

A cessão de direitos hereditários abrange todo o quinhão hereditário ou parte ideal dele. Daí chamar-se a cessão de **universal** ou **parcial**. O herdeiro pode ceder a totalidade de seu quinhão ou parte ideal do que recebeu, mas não bens determinados (CC 1.793 § 2.º). Não é possível individualizar os bens a serem transmitidos.¹⁴ A restrição de o herdeiro ceder **coisa certa** visa a proteger o direito dos coerdeiros, já que todos são proprietários de todo o acervo em **condomínio**. A explicação é lógica: uma vez que todos os herdeiros são donos de tudo, o monte se constitui de uma **universalidade indivisível**.¹⁵ Como o herdeiro recebe uma universalidade, o cessionário o sucede, também, na universalidade.¹⁶

A cessão de bem determinado não é **nula** – apenas é **ineficaz** perante o herdeiro que buscar sua desconstituição (CC 1.793 § 2.º). Somente passa a produzir efeito se o bem for efetivamente atribuído ao cedente.¹⁷ No entanto, mediante autorização judicial, é possível a cessão da herança enquanto indivisa (CC 1.793 § 3.º). De qualquer modo, havendo apenas um herdeiro ou se todos cederem um determinado bem, nada afeta a higidez da transferência, pois não há ineficácia que não se oponha a interesses de terceiros, não havendo razão moral, econômica ou jurídica para impedir tal cessão.¹⁸ Essa situação não se confunde com a venda de bem determinado, realizada pelo próprio espólio, em hasta pública ou mediante alvará judicial para o pagamento das dívidas, impostos ou custas, ou para dividir o preço entre os herdeiros.¹⁹

O **herdeiro testamentário** dispõe da mesma prerrogativa de ceder o quinhão recebido ou parte dele. Já o **legatário**, como recebe bens deter-

as partes envolvidas no negócio jurídico, para sua validade perante terceiros. 2. A mera lavratura de escritura de cessão de direitos hereditários, em comarca diversa da do domicílio das partes ou do processamento do inventário, não supre o requisito de publicidade do ato. 3. Recurso especial improvido (STJ, REsp 1.102.437/MS (2008/0264863-6), 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07/10/2010).

13. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 105.
14. Euclides de Oliveira, *Da herança e de sua administração*, 37.
15. Salomão de Araújo Cateb, *Direito das Sucessões*, 44.
16. Sílvio Venosa, *Direito Civil*, v. 7, 29.
17. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento Filho, *A cessão de direitos hereditários...*, 90.
18. Zeno Veloso, *Cessão de direitos hereditários de bens singulares: possibilidade*.
19. Antônio Elias de Queiroga, *Curso de Direito Civil*, 21.

minados, não está impedido de transferi-los por meio de cessão, tudo o que recebeu ou certos bens.

Sílvio Venosa admite **promessa de cessão** por instrumento particular, a se tornar definitiva quando da partilha, bem como promessa **de venda** de bem individualizado. É como se o herdeiro cedesse bem que vai tocar a ele quando da partilha.²⁰ Arnaldo Rizzardo chama essa possibilidade de compra e venda do bem que tocará ao herdeiro, sendo o respectivo registro levado a efeito depois da partilha, obviamente se o cedente for contemplado com o bem objeto da cessão.²¹

O direito sucessório pode ser cedido a **mais de uma pessoa**. Contemplados mais de um cessionário, o falecimento de um deles transfere ao outro a titularidade do direito cedido. Afinal, desfrutam da condição de condôminos, por serem cotitulares do bem.

O objeto da cessão é o acervo sucessório já recebido pelo herdeiro quando concretizou o negócio. Não são abrangidos eventuais direitos ou bens que o cedente vier, em momento posterior, a receber. O exemplo: o herdeiro cede seu quinhão hereditário. Depois, em face da renúncia de um coerdeiro, por direito de acrescer, recebe parte da herança do renunciante. Dita fração não faz parte da cessão levada a efeito. Isso, é claro, se a cessão ocorreu antes de o herdeiro ter ciência da renúncia. Tal ocorre, tanto na hipótese de **substituição** (CC 1.947 a 1.960), como quando houver **direito de acrescer** (CC 1.941 a 1.946). O cessionário não é beneficiado, a não ser que conste, expressamente, do contrato de cessão (CC 1.793 § 1.º).

Cabe trazer as hipóteses elencadas por Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho, em que reconhece como **válida** a cessão:

- desde que respeitado o direito de preferência dos demais herdeiros;
- válida, mas ineficaz, perante os coerdeiros, a cessão sobre bem singularizado;
- independe de autorização judicial a feita em conjunto por todos os herdeiros e o cônjuge sobrevivente sobre bem individualizado;
- de bem individualizado, feita por herdeiro único;
- válida e de eficácia imediata a venda de bem singularizado feita pelo coerdeiro com a concordância dos demais;

20. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 29.

21. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 107.

- válida e de eficácia imediata a venda de bem do espólio feita pelo inventariante. Não é necessária a concordância dos demais, basta haver autorização judicial.²²

21.3. DIREITO DE PREFERÊNCIA

A regra já existe na compra e venda entre condôminos (CC 504). É repetida no direito sucessório. O herdeiro que quiser se desfazer **onerosamente** da sua herança, ou de parte dela, primeiro precisa oferecê-la aos demais herdeiros (CC 1.794): *O coerdeiro não poderá ceder a sua quota hereditária a pessoa estranha à sucessão, se outro coerdeiro a quiser, tanto por tanto*. É o que se chama de direito de preferência..

A cessão que assegura o direito de preferência é somente a onerosa, pois a lei fala em “tanto por tanto”, antiga expressão que significa mesmo preço e iguais condições de pagamento. Ou seja, o herdeiro não pode oferecer seu quinhão por um determinado valor à vista para os coerdeiros e, para o cessionário, parceladamente, ainda que pelo mesmo valor.²³ Somente se nenhum coerdeiro aceitar as condições propostas pelo cedente este pode comercializar o seu quinhão com estranhos à sucessão. Justifica-se a prioridade concedida aos demais herdeiros, pois são eles cotitulares da herança indivisa. Desrespeitado o direito de preferência, isto é, se o herdeiro não oferecer o seu quinhão aos demais, qualquer deles pode, no prazo de 180 dias, **adjudicar** a herança que foi cedida, bastando depositar o preço (CC 1.795).²⁴ Diz a lei que, se vários coerdeiros se mostrarem interessados, entre eles se distribuirá o quinhão na proporção das suas respectivas cotas hereditárias (CC 1.795 parágrafo único). Porém, essa divisão proporcional ao quinhão de cada herdeiro só cabe quando todos os pretendentes depositarem o preço, simultaneamente. Isso porque, ao primeiro herdeiro que depositar o preço, ocorre a **adjudicação** do quinhão que havia sido cedido a terceira pessoa.

22. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento Filho, A cessão de direitos hereditários..., 90.

23. Claudia de Almeida Nogueira, Direito das Sucessões, 44.

24. Direitos hereditários. Direito de preferência. Coerdeiro. Preterição. Cessão de direitos hereditários a terceiro. Anulação. 1. “O coerdeiro, a quem não se der conhecimento da cessão, poderá, depositado o preço, haver para si a quota cedida a estranho, se o requerer até 180 (cento e oitenta) dias após a transmissão” (artigo 1.795 do Código Civil). 2. Deve ser anulada a cessão de direito hereditário a terceiro, quando preterido o direito de preferência dos herdeiros. (TJMG, AC 10540070129866001/MG, Rel. Maurílio Gabriel, j. 21/09/2017, p. 29/09/2017).

Quando a cessão é **gratuita**, o que equivale a uma doação, descabida a prévia ouvida dos demais herdeiros.²⁵ O cedente não é obrigado a oferecer seu quinhão a todos os coerdeiros. Feita a cessão a um herdeiro, os demais não podem reclamar **direito de preferência**, pois esse direito é assegurado para evitar a inconveniência de um estranho tornar-se condômino.

Somente herdeiros podem se opor à cessão. O **credor do espólio** não, até porque sua garantia são os bens inventariados, independentemente de quem seja o seu titular. No entanto, o **credor do herdeiro** tem legitimidade para se opor à cessão se o cedente não tiver outros meios de garantir o pagamento do débito.²⁶ Pelo simples fato de não ter participado do negócio, Sílvia Venosa admite que o credor do espólio acione o cedente, mesmo que o cessionário assuma a dívida. Diz ser evidente que a figura do devedor não pode ser substituída sem a anuência do credor.²⁷ A assertiva é equivocada, eis que o responsável pela dívida é o espólio, e não o herdeiro.

21.4. CONCORDÂNCIA DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO

Questionamento que entretém a doutrina diz respeito à necessidade de haver a **concordância do cônjuge ou do companheiro** do herdeiro para ceder seu quinhão. A resposta afirmativa se impõe. É indispensável a concordância do cônjuge ou do convivente. Isso porque, na cessão, há o recebimento da herança e sua posterior transferência. Ou seja, o quinhão hereditário ingressou no patrimônio do herdeiro. E, como a herança é considerada **bem imóvel**, nenhum dos cônjuges pode, sem a autorização do outro, aliená-la ou gravá-la com qualquer ônus (CC 1.647 I). Há duas exceções: no regime da separação de bens (CC 1.687); e no da participação final nos aquestos, se assim for convencionado no pacto antenupcial (CC 1.656).

Estando o casal **separado de fato**, a concordância é dispensável. O fim da vida em comum marca o rompimento da sociedade conjugal. Assim, recebendo um dos cônjuges direitos sucessórios, estes não se comunicam ao outro, nada justificando que se exija sua concordância para o herdeiro ceder seus bens.

Já na **união estável**, quando o regime é o da comunhão parcial (CC 1.725), a concordância do companheiro é essencial.

25. Euclides de Oliveira, Da herança e de sua administração, 38.

26. Euclides de Oliveira, Da herança e de sua administração, 38.

27. Sílvia Venosa, Direito Civil, v. 7, 30.

21.5. MEAÇÃO

Meação não é herança e meeiro não é herdeiro, mas o cônjuge ou o companheiro do falecido podem ceder sua meação. Nada impede que o meeiro abra mão do patrimônio que lhe pertence, até porque a cessão não é instituto restrito ao âmbito sucessório. Não há qualquer óbice à cessão da meação. Na verdade, se gratuita, corresponde a uma doação. Mas também pode ser onerosa. Em qualquer caso, deve haver a indicação dos beneficiários.

Ainda que de herança não se trate, diverge a jurisprudência sobre a necessidade de a cessão da meação ser levada a efeito por **escritura pública**,²⁸ ou se pode ser formalizada por **instrumento particular**.²⁹ Mas o STJ é claro.³⁰

28. Agravo de instrumento. Sucessões. Inventário. Cessão gratuita da meação pertencente à viúva em favor dos herdeiros. Doação de propriedade imobiliária. Formalização mediante escritura pública. Imprescindibilidade da observância da forma prescrita em lei. O cônjuge sobrevivente que era casado com o autor da herança sob o regime da comunhão universal de bens não possui direitos hereditários em relação ao patrimônio objeto do inventário, mas, sim, direito de meação sobre esse patrimônio, decorrente do regime de bens que regia o casamento. Desse modo, pretendendo o cônjuge sobrevivente ceder, gratuitamente, a sua meação aos herdeiros, não há falar em cessão de direitos hereditários, mas, sim, em doação da parte dos bens imóveis que compõem a meação. Conforme o art. 108 do Código Civil, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País, razão pela qual é imprescindível a formalização da doação por instrumento público. negaram provimento. unânime. (TJ-RS – AI: 70075182956/RS, 8ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 08/02/2018, p. 14/02/2018).
29. Oficial do registro de imóveis. Inventário. Renúncia de bem pela viúva meeira. Cessão gratuita da meação em favor de terceiro. Ato *inter vivos*. Artigo 541 do código civil. Necessidade de escritura pública ou instrumento particular, conforme dispõe a lei. Procedência da dúvida. Manutenção. O ato para dispor da meação não se equipara à cessão de direitos hereditários, prevista no art. 1.793 do Código Civil, porque esta pressupõe a condição de herdeiro para que possa ser efetivada, já a disposição da meação do cônjuge supérstite é ato de iniciativa *inter vivos*, não se confundindo com a sucessão causa mortis, de modo que, naquela (cessão gratuita da meação em favor de herdeiro ou de terceiro), o patrimônio cedido é de propriedade da própria meeira, e decorre do regime de bens do casamento, não da abertura da sucessão, e, por se tratar de ato de disposição de bens *inter vivos*, deve, nos termos do art. 541 do Código Civil, ser procedida por escritura pública ou instrumento particular. Não provido. (TJMG, AC: 10000180740011001/MG, Rel. Judimar Biber, j. 29/01/2019, p. 05/02/2019).
30. Recurso especial. Meação. Ato de disposição em favor dos herdeiros. Doação. Ato *inter vivos*. Forma. Escritura pública. 1. Discussão relativa à necessidade de lavratura de escritura pública para prática de ato de disposição da meação da viúva em favor dos herdeiros. 2. O ato para dispor da meação não se equipara à cessão de direitos hereditários, prevista no art. 1.793 do CC, porque esta pressupõe a condição de

Há uma diferença da cessão da herança com a cessão da meação. Quando os **herdeiros** cedem seu quinhão hereditário, significa que receberam a herança e a transferiram a outrem, o que leva à incidência de dupla tributação: transmissão do *de cujus* ao herdeiro e deste, na condição de cedente, ao cessionário. Já quando a cessão é levada a efeito pelo **meeiro**, o único tributo que incide é sobre a transmissão ao cessionário. Como não há transferência do falecido ao cônjuge ou companheiro, não há ônus fiscal.

Ainda que se admita a cessão, não há a possibilidade de o cônjuge ou o companheiro **renunciarem à meação**, instituto restrito ao direito sucessório e que só pode ser levado a efeito por herdeiros. Mas o que receberam a título de **direito concorrente** pode ser alvo tanto de renúncia como de cessão.

21.6. ASPECTOS PROCESSUAIS

A cessão feita pelo **herdeiro** não pode ser levada a efeito por termo nos autos do inventário. É indispensável **escritura pública**. Caso a **meeira** faça cessão de sua meação, tal precisa ser feita por escritura pública ou instrumento particular. Estes documentos precisam ser trazidos aos autos do inventário antes da partilha (CPC 651 II).

Como se trata de um negócio jurídico, o cedente precisa ser **capaz**. Quando o herdeiro for menor ou incapaz, são indispensáveis a autorização judicial e a ouvida do Ministério Público. É necessário justificar a transação e comprovar que a cessão do direito sucessório é vantajosa ao herdeiro.

Formalizada a cessão, ocorre a **sub-rogação** do cessionário na mesma condição jurídica do cedente. O cessionário subroga-se nos direitos do herdeiro, mas não vira herdeiro. Pode habilitar-se no **inventário** e dispõe de **legitimidade concorrente** para requerer sua abertura (CPC 616 V). Nada impede que seja nomeado **inventariante**. Tem preferência a pessoa estranha à sucessão, pois é responsável pelos encargos da herança (CPC 617 VIII).

herdeiro para que possa ser efetivada. 3. Embora o art. 1.806 do CC admita que a renúncia à herança possa ser efetivada por instrumento público ou termo judicial, a meação não se confunde com a herança. 4. A renúncia da herança pressupõe a abertura da sucessão e só pode ser realizada por aqueles que ostentam a condição de herdeiro. 5. O ato de disposição patrimonial representado pela cessão gratuita da meação em favor dos herdeiros configura uma verdadeira doação, a qual, nos termos do art. 541 do CC, far-se-á por Escritura Pública ou instrumento particular, sendo que, na hipótese, deve ser adotado o instrumento público, por conta do disposto no art. 108 do CC. 6. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 1.196.992/MS, 3.^a T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06/08/2013).

Nenhuma controvérsia sobre a cessão cabe ser solvida **nos autos** do inventário. Deve o juiz remeter as partes às vias ordinárias. No entanto, a ação precisa ser proposta perante o **juízo** do inventário (CPC 61).

Havendo resistência do cônjuge em anuir à cessão, é possível buscar o **suprimento judicial do consentimento**. O mesmo ocorre na **união estável**, diante da negativa do companheiro em anuir à cessão. Levada a efeito sem a concordância do cônjuge ou companheiro, a transferência é **anulável**. O prazo para a propositura da ação é de **dois anos**, a contar do término do período de convívio (CC 1.649).

LEITURA COMPLEMENTAR

BRITO, Rodrigo Toscano de. Cessão de direitos hereditários e a discussão sobre os novos requisitos presentes no Código Civil de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Método, 2005. v. 3.

DONOSO, Denis. Da (des)necessidade da outorga uxória na renúncia da herança face ao regime de bens adotados entre os cônjuges. *Revista IOB de Direito de Família*, n. 58, p. 49-57. fev.-mar. 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Incidentes à transmissão da herança: aceitação, renúncia, cessão de direitos hereditários e petição de herança. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. A cessão de direitos hereditários no novo Código Civil. *Revista de Direito do TJRJ*. Rio de Janeiro, n. 66, p. 83-91.

VELOSO, Zeno. *Cessão de direitos hereditários de bens singulares*: possibilidade. Disponível em: <www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/cessao-de-direitos-hereditarios-de-bens-singulares-possibilidade/5649>. Acesso em: 22 abr. 2019.

22

DIREITO DE REPRESENTAÇÃO

Sumário: 22.1. Regras e exceções – 22.2. Conceito – 22.3. Direito de representação e renúncia da herança – 22.4. Direito de representação e direito de concorrência – 22.5. Sucessão colateral – 22.6. Sucessão testamentária – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.809, 1.811, 1.816, 1.833, 1.835, 1.840, 1.843 §§ 1.º e 2.º, 1.851 a 1.856 e 2.009.

22.1. REGRAS E EXCEÇÕES

O direito sucessório tem muitas regras e algumas exceções.

- 1ª regra: o chamamento dos herdeiros é feito por **classes**, segundo a ordem de vocação hereditária (CC 1.829): descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro sobrevivente e parentes colaterais.
- 2ª regra: os herdeiros de uma classe mais próxima **excluem** os mais remotos (CC 1.833, 1.836 § 1.º e 1.840).
- 3ª regra: a herança é dividida em **partes iguais** entre os herdeiros da mesma classe, pois todos têm o mesmo vínculo de parentesco com o falecido (CC 1.834).
- 4ª regra: entre os parentes do mesmo grau, preferem os **descendentes** aos ascendentes. Entre pais e filhos do falecido (parentes de primeiro grau), herdam os filhos (CC 1.835 e 1.836); entre tios e sobrinhos (parentes de terceiro grau), preferem os sobrinhos (CC 1.834 e 1.843).

Como se vê, conforme a posição sucessória do herdeiro, a herança passa aos demais da mesma classe e grau. Cada um herda por **direito próprio**, recebe o quinhão que lhe pertence. A divisão é feita pelo número de herdeiros, daí dizer-se que herdam **por cabeça**.

A exceção a esse punhado de regras é o direito de representação.

22.2. CONCEITO

O direito de representação é uma **ficção legal**. Sílvio Venosa chama a atenção de que o termo “representação” não dá a ideia exata do instituto. O dito representante herda, por si mesmo, em seu nome, porque a lei o traz à vocação hereditária. Não se trata de sucessão indireta: tanto quem herda por **cabeça**, como os que herdaram por **estirpe** o fazem diretamente do falecido.¹ Como o representante é colocado no lugar do representado, recebe por **direito próprio** e em seu próprio nome. Para isso, é necessário que, além de sobreviver ao defunto, possa ele próprio recolher a herança, isto é, tenha a capacidade (legitimação) sucessória.²

Quando ocorre a morte de um herdeiro (filho) antes da abertura da sucessão de seu antecessor (pai), a lei chama os descendentes do herdeiro falecido (netos) a quem são atribuídos os direitos sucessórios do falecido. Na sucessão do avô, os netos recebem a herança no lugar do pai. Daí dizer-se que eles não herdaram por direito próprio, mas na qualidade de **representantes** do herdeiro pré-morto.³

Pelo direito de representação corrige-se a injustiça da rigorosa aplicação do princípio (2ª regra) que exclui os mais remotos em favor dos mais próximos.⁴ A finalidade do instituto é **preservar a igualdade entre os herdeiros descendentes**. A lei coroa a igualdade de filiação ao estipular que os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.⁵ Falecido um deles não se justifica que os seus sucessores fiquem fora da sucessão. Caso contrário, se estaria excluindo o direito de herança pelo simples fato de o herdeiro ter morrido, deixando de se atentar ao fato de ele ter prole. Assim, se o filho morre antes de seu pai, quando este vier a falecer a herança a que o filho falecido faria jus é recebida pelos netos.

O patrimônio a ser partilhado é o existente à data da morte do pai, e não à data da morte do filho. Dividem-se os bens existentes à data da abertura da sucessão.

1. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 118.

2. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, v. 6, 93.

3. Idem, 91.

4. Idem, 93.

5. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 118.

Há direito de representação quando são convocados à sucessão herdeiros de **classes diferentes**.

Para que tal ocorra, é necessária a presença de alguns pressupostos:

- que existam outros herdeiros da mesma classe;
- que o herdeiro morto, indigno ou deserddado tenha descendentes.
- que o descendente tenha **nascido** ou já tenha sido **concebido** no momento da abertura da sucessão (CC 1.798). Ou seja, é necessário que tenha **capacidade sucessória**.

Quando um dos herdeiros falece antes do autor da herança, seus descendentes são convocados a receber o seu quinhão. Os descendentes sucedem por direito de representação e recebem o que herdaria o representado se vivo fosse (CC 1.854). O quinhão que caberia ao pré-morto é dividido entre os que o representam. Nem mais, nem menos.⁶

Na classe dos **ascendentes**, não há direito de representação. Falecendo alguém sem filhos, a herança se transmite aos seus pais. Pelo fato de a mãe ser falecida, o avô materno não herda por representação da filha pré-morta. Nem mesmo o **cônjuge** ou o companheiro sobrevivente dispõem do direito de representação. A viúva do filho não representa o marido na herança do sogro. Mesmo que o falecimento do cônjuge tenha ocorrido durante a vigência do casamento regido pelo regime da comunhão universal de bens, a nora não participa da sucessão do sogro. Não é herdeira, nem pode representar o marido, herdeiro pré-morto. O descendente herda não por ser herdeiro direto e sim porque é sucessor desse herdeiro, recebendo como seu representante.⁷ Comparece em nome do ascendente por ser descendente do herdeiro falecido: herda **por estirpe**. O quinhão do representado é dividido em partes iguais entre seus representantes (CC 1.855). Como diz Caio Mario, a ideia básica da representação é partilhar os bens em tantas porções quantas são os herdeiros, e dentro de cada estirpe subdividir o quinhão do pré-morto pelo número de seus sucessores.⁸

Ainda que, na representação, haja sucessiva convocação de herdeiros, ocorre uma **única transmissão** da herança: do *de cujus* diretamente aos descendentes do herdeiro pré-morto. Como há uma só transferência patrimonial, incide somente um imposto *causa mortis*.

6. Idem, 120.

7. Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, Inventários e partilhas, 82.

8. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 98.

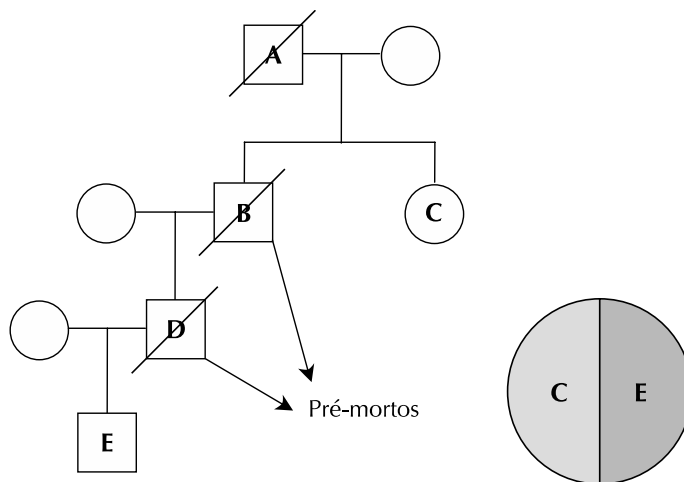
Surge o direito de representação, não só quando o herdeiro **morre** antes que seu antecessor. Ocorre, também, quando o herdeiro é excluído da sucessão, por **indignidade** ou **deserdação**. O herdeiro é tido por pré-morto, ainda que não se possa falar em **morte civil**, instituto que há muito foi banido do sistema jurídico. Como tais penas são **personalíssimas**, não podem passar além da pessoa do herdeiro, e seus descendentes recebem a herança em seu lugar. Na indignidade, a lei diz isso expressamente (CC 1.816): “*São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão*”. O capítulo da deserdação não repete essa norma. Porém, não dá para emprestar efeito diferenciado, quando ambos os institutos têm natureza punitiva.⁹ É descabido contemplar os filhos do indigno, e não os descendentes do deserdado, até porque seria levar a pena além da pessoa que perdeu a herança por erro de conduta.¹⁰

A representação ocorre no **parentesco de linha reta descendente**, sem limite de grau. Basta haver herdeiros de graus diferentes. Não adianta o herdeiro ter nascido depois da abertura da sucessão, ainda que antes da sentença que declarou a indignidade de seu genitor. O filho não tem o direito de representar o pai indigno. Isso porque a sentença de indignidade tem **efeito retroativo** à abertura da sucessão, data em que o filho não estava sequer concebido. Portanto, não tinha **capacidade sucessória**.

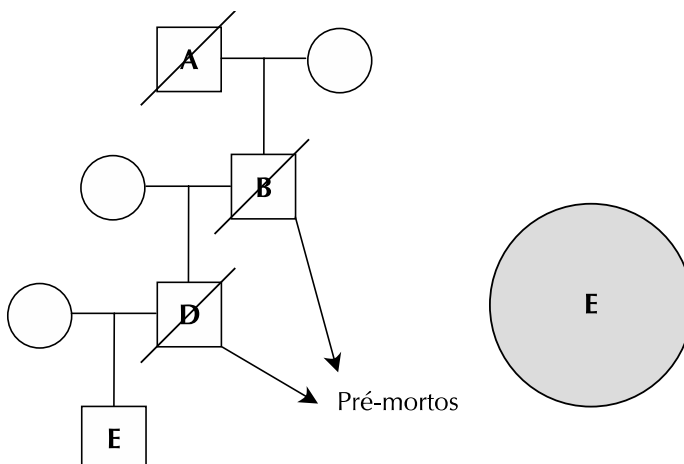
Só o exemplo, com representação gráfica, permite entender as várias hipóteses: (A) tinha quatro filhos (B, C, D e E), e quando do seu falecimento um deles (B) já havia morrido. Se (B) não tinha descendentes, a herança é dividida entre os filhos sobreviventes (C, D e E). No entanto, se (B) tinha descendentes (F e G), eles representam o pai na sucessão do avô. A divisão da herança é feita entre todos os filhos, em partes iguais (B, C, D e E). Para efeito de cálculo inclui-se o pré-morto (B). O seu quinhão é recebido por seus filhos (F e G) por direito de representação. A eles cabe uma cota igual à dos seus tios (C, D e E). O quinhão recebido é dividido entre eles (F e G) em partes iguais.

9. Nesse sentido: Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. 6, 96.

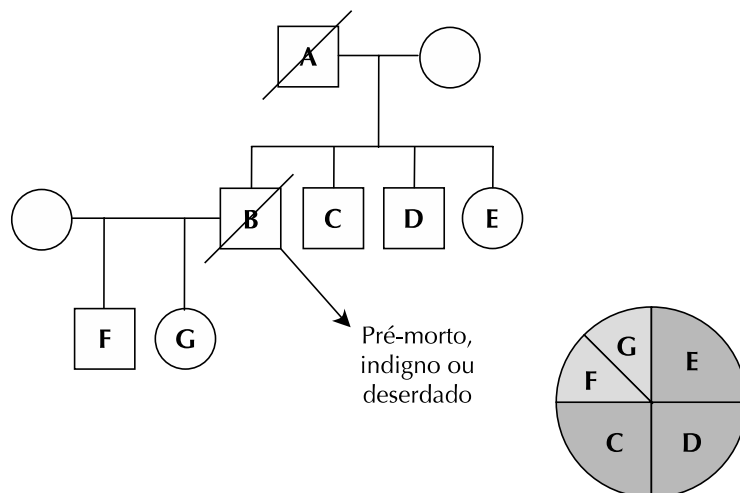
10. *Idem*, *Ibidem*.



Outro exemplo: (A) tinha dois filhos (B e C). (B) tinha um filho (D) e um neto (E). Quando do falecimento de (A), já haviam morrido tanto o seu filho (B) como o seu neto (D). Sobreviveram a ele o filho (C) e o bisneto (E). Assim, falecido o bisavô (A), o bisneto (E) herda em representação tanto do pai (D) como do avô (B), que morreram antes da abertura da sucessão. Ele vai dividir a herança com o tio-avô (C), irmão do seu avô (B).



Caso (A) tivesse um único filho (B) e este somente o filho (D), falecendo ambos antes de (A), o bisneto (E) receberia a totalidade da herança por direito próprio. Não se fala em direito de representação.



O herdeiro que recebe por representação responde exclusivamente pelos **encargos e obrigações do autor da herança**. Pelas **dívidas** do representado, não. Ou seja, se o neto recebe a herança do avô, em representação do pai falecido, os eventuais credores do seu genitor não podem cobrar dele a dívida. É que o pai não chegou a receber a herança. O representante não sucede o representado, **herda diretamente** do *de cuius* por direito de representação. Este preceito está consagrado em dispositivo de desastrosa redação, tanto que precisa ser decifrado (CC 1.835): *Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau*. A primeira parte do artigo repete a regra geral: os filhos recebem por cabeça, ou seja, em partes iguais. Depois a lei fala dos outros descendentes. Esta referência só pode ser aos netos do falecido. O que quis dizer o legislador – mas disse mal – é que os descendentes do mesmo grau (filhos) recebem por cabeça, ou seja, em partes iguais. Os outros descendentes (netos) herdam: (a) por cabeça, se não existirem filhos do *de cuius*; ou (b) por estirpe, em representação ao pai (morto, indigno ou deserddado), quando há outros filhos.

Não se pode confundir direito de representação com direito de transmissão, e nem com direito de representação por transmissão.

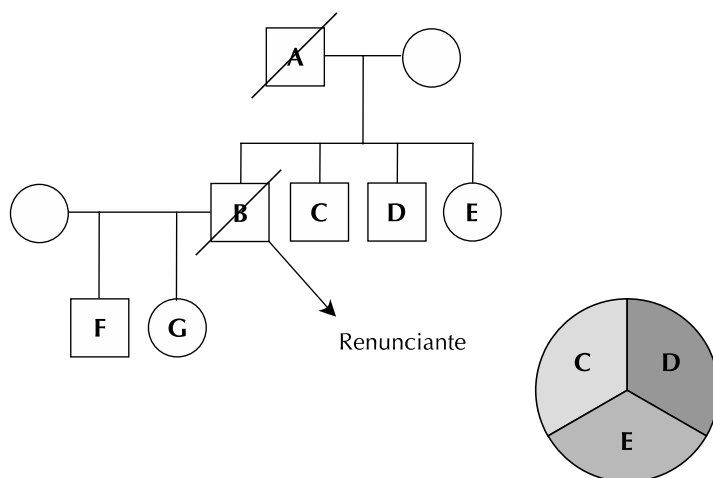
Direito de transmissão ocorre quando o herdeiro falece depois da abertura da sucessão. Como explica Caio Mário, na sucessão por direito

de transmissão, a herança passa ao herdeiro do sucedendo, e por morte deste aos respectivos sucessores.¹¹

Todos os herdeiros têm direito de renunciar à herança. Falecido o herdeiro antes de ter agido como tal e sem ter se manifestado a intenção de repudiar a herança, transmite-se aos seus sucessores o direito de renunciar. É o que se chama de **direito de representação por transmissão**, ou seja, a faculdade assegurada aos sucessores de renunciar à herança recebida por seu antecessor (CC 1.809).

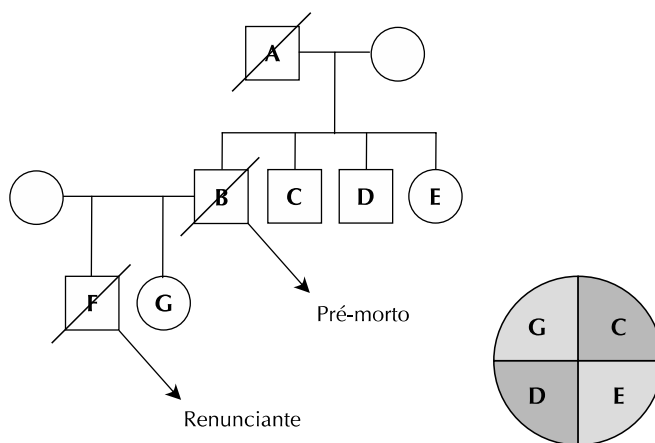
22.3. DIREITO DE REPRESENTAÇÃO E RENÚNCIA DA HERANÇA

Na renúncia não há direito de representação (CC 1.811): *ninguém pode suceder, representando herdeiro renunciante*. Quem renuncia é como se não fosse herdeiro. O renunciante fica fora da sucessão por vontade própria. Como abriu mão da herança, não há como seus descendentes representá-lo. A parte que receberia transmite-se aos outros herdeiros da mesma classe e grau. Assim, falecido (A), se um de seus filhos (B) renunciar, a herança transmite-se aos outros filhos (C, D e E), mesmo que (B) tenha prole (F e G). Eles não representam o pai que renunciou à herança. A parte do herdeiro renunciante (B) é partilhada entre os irmãos dele (C, D e E) por **direito de acrescer**.



11. Idem, 92.

Mais um exemplo: são convocados à sucessão de (A) os filhos (C, D e E) e os netos (F e G), por representação ao pai (B), herdeiro pré-morto. Se um dos netos (F) renuncia, seu quinhão não volta para a herança do avô (A). Fica para o irmão (G), que não renunciou. Recebem todos (C, D, E e G) em partes iguais.



Falando em renúncia e em representação, a lei traz mais um esclarecimento (CC 1.856): o fato de alguém renunciar à herança não significa que não pode representar o falecido se ele for herdeiro de outra pessoa. Ou seja, o filho que renuncia à herança do pai pode representar o seu filho na sucessão do avô.

Quando o neto representa o pai na sucessão do avô, é obrigado a trazer à **colação** o que o pai recebeu a título de **adiantamento de legítima**. Mesmo que não tenha recebido este bem na sucessão do genitor, o montante é descontado do quinhão que recebe em representação (CC 2.009). Cabe figurar a hipótese de o filho ter recebido, por doação, um imóvel do pai. Antes de morrer, o filho vende o bem. Ainda assim o seu filho, ao representar o pai na herança do avô, tem de trazer o imóvel à colação, ainda que nada tenha recebido quando da morte do seu pai.

22.4. DIREITO DE REPRESENTAÇÃO E DIREITO DE CONCORRÊNCIA

O direito de concorrência do cônjuge e do companheiro sobrevivente se mantém íntegro mesmo que algum herdeiro compareça à sucessão por direito de representação. O direito concorrente é calculado **antes da divisão**

da herança entre os herdeiros. Mas não há falar em direito de representação do cônjuge ou do companheiro quanto ao direito de concorrência. Trata-se de direito **personalíssimo**, a que faz jus cônjuge ou companheiro sobrevivente à época da abertura da sucessão. Assim, caso a esposa (B) tenha falecido antes do seu marido (A), quando da abertura da sucessão de (A), os descendentes da viúva (B) não a representam no inventário do ex-marido (A).

22.5. SUCESSÃO COLATERAL

O direito de representação existe também na sucessão colateral. Só não tem a mesma amplitude (CC 1.840): *Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos*. Ou seja, entre os colaterais o direito de representação vai até o **terceiro grau** (CC 1.853): *somente se dá o direito de representação em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrerem*. Este dispositivo, de difícil compreensão, encerra um absurdo.

Chamados à sucessão os **irmãos** do falecido (parentes colaterais de segundo grau), sendo um deles pré-morto, os seus filhos (sobrinhos do falecido) representam o pai na sucessão do tio.¹² No entanto, chamados à sucessão os **tios** do falecido (parentes em terceiro grau), se um deles for pré-morto, não há direito de representação. Os parentes em quarto grau do falecido (sobrinhos-netos) não têm direito de representação. Neste caso a herança é dividida somente entre os tios do falecido e, se um é pré-morto, azar. Seus filhos não o representam. Portanto, se sobreviver somente um irmão do falecido, os filhos dos irmãos pré-mortos, mesmo sendo sobrinhos do falecido, nada recebem. Os sobrinhos-netos herdam exclusivamente se sucederem por direito próprio. Isto é, se não sobreviver nenhum dos irmãos do falecido. Neste caso, recebem **por cabeça**, e a divisão da herança é feita entre todos.¹³ Não se consegue entender a lógica de limitar o direito

12. Agravo de instrumento. Direito civil. Direito processual civil. Ação de inventário. Sucessão. Art. 1840. Direito à representação. Colaterais. Sobrinhos netos. Não extensão. Recurso conhecido. Não provido. Decisão mantida. 1. O art. 1.840 do Código Civil estabelece que, na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos." 2. No caso em análise, os sobrinhos excluem os sobrinhos-netos; portanto, correta a decisão. [...] 4. Recurso conhecido e não provido. Decisão mantida. (TJDF, AGI: 20150020156570, Rel. Romulo de Araujo Mendes, j. 21/10/2015).
13. Inventário. Exclusão de colateral. Sobrinha-neta. Existência de outros herdeiros colaterais de grau mais próximo. Herança por representação de sobrinho pré-morto. Im-

da representação até o terceiro grau, quando o direito sucessório na linha colateral vai até o quarto grau (CC 1.839). Mas é o que a lei diz!

Persiste na lei civil regra de absoluta **inconstitucionalidade**: concede tratamento diferenciado aos irmãos, pelo fato de o vínculo entre eles ser **bilateral** ou **unilateral**, olvidando que a Constituição da República proíbe toda e qualquer forma de tratamento discriminatório quanto à filiação (CR 227 § 6.º). Deste modo, concorrendo à herança os colaterais, cabe questionar se são irmãos unilaterais ou bilaterais do falecido. Na sucessão dos sobrinhos é feito o mesmo questionamento. Isso porque a lei concede o dobro da herança a quem tem o chamado “privilégio do duplo sangue”.

Estas desigualdades soam mais absurdas frente a **parentalidade socioafetiva**, reconhecida pelo STF como prevalente frente ao vínculo biológico.¹⁴ Esta realidade, inclusive, desaguou na multiparentalidade: a inserção de um maior número de pais no registro civil, quando esta for a realidade da vida.

O direito de representação pode ser exercido no caso de **ausência**. Mas a sentença que declara a ausência tem de ser anterior à morte do representado.¹⁵ Como o desaparecimento faz pressupor o óbito para efeitos sucessórios, os descendentes do ausente o representam na herança em que ele sucederia se fosse vivo.¹⁶

22.6. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Tema que divide a doutrina diz com o direito de representação na sucessão testamentária. A indagação é: se o beneficiado por testamento falece antes do testador, o seu filho pode representá-lo e receber o legado?

possibilidade. 1. No direito das sucessões brasileiro, vigora a regra segundo a qual o herdeiro mais próximo exclui o mais remoto. 2. Admitem-se, contudo, duas exceções relativas aos parentes colaterais: a) o direito de representação dos filhos do irmão pré-morto do *de cujus*; e b) na ausência de colaterais de segundo grau, os sobrinhos preferem aos tios, mas ambos herdam por cabeça. 3. O direito de representação, na sucessão colateral, por expressa disposição legal, está limitado aos filhos dos irmãos. 4. Recurso especial não provido (STJ, REsp 1.064.363/SP (2008/0121983-3), 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11/10/2011).

14. STF – Tema 622: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais. Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica.
15. Antônio Elias de Queiroga, Curso de Direito Civil, 75.
16. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 95.

A tendência é negar, sob o fundamento de que o direito de representação está inserido no título que trata da sucessão legítima, não havendo qualquer previsão na sucessão testamentária.¹⁷ Mas nem é preciso fazer este exercício interpretativo. A lei de modo expresse afasta o direito de representação ao apontar como causa de **caducidade** a morte do **legatário** (CC 1.939 V). Ora, se não subsiste o legado pela pré-morte do legatário, quanto ao **herdeiro testamentário** não se pode chegar a conclusão diversa. Não há como convocar os herdeiros quer do legatário, quer do herdeiro testamentário para representar o beneficiário falecido. O mesmo ocorre na hipótese de o legatário ser **excluído da sucessão por indignidade**. Como não há direito de representação, o legado caduca (CC 1.939 IV).

Direito de representação não se confunde com **substituição** (CC 1.947): a possibilidade de o testador nomear outros herdeiros ou legatários, para o caso de o herdeiro instituído em primeiro lugar não poder ou não querer aceitar a herança. Ainda que se trate de convocação de herdeiro por morte ou indignidade do herdeiro instituído, a substituição é prevista em testamento e só cabe no direito testamentário.

O direito de representação existe exclusivamente na sucessão legítima. De qualquer forma, apesar de não haver direito de representação na sucessão testamentária, este direito pode ser instituído por meio da substituição.¹⁸ Nada impede que o testador nomeie os filhos do herdeiro testamentário ou do legatário por substituição (CC 1.947). Basta indicar o herdeiro e inserir a expressão “ou seus filhos”.

LEITURA COMPLEMENTAR

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Herdeiros necessários e direito de representação. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 113-124.

17. Neste sentido: Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, v. 1, 158; e Sílvio Venosa, *Direito Civil*, v. 7, 118.

18. Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, *Inventários e partilhas*, 84.

23

DIREITO DE ACRESCEER

Sumário: **23.1.** Conceito – **23.2.** Sucessão legítima – **23.3.** Sucessão testamentária – **23.4.** Princípios: **23.4.1.** Conjunção real (*re tantum*); **23.4.2.** Conjunção mista (*re et verbis*); **23.4.3.** Conjunção verbal (*verbis tantum*) – **23.5.** Modalidades: **23.5.1.** Quinhões não determinados; **23.5.2.** Quinhões determinados; **23.5.3.** Casal; **23.5.4.** Bem indivisível; **23.5.5.** Exclusão; **23.5.6.** Nulidade; **23.5.7.** Dinheiro; **23.5.8.** Alienação – **23.6.** Causas – **23.7.** Encargos – **23.8.** Usufruto – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.793 § 1.º, 1.810, 1.811, 1.941 a 1.946, 1.956.

23.1. CONCEITO

Mais uma expressão que não tem significado inteligível: direito de acrescer, ou seja, direito de acrescentar, adicionar, incorporar. No entanto, nada mais é do que **solidariedade sucessória**. Quando um herdeiro se afasta ou é afastado da sucessão, o seu quinhão não pode ficar sem titular. Precisa ser transferido a alguém. Sua quota **acresce** à herança dos demais. Daí, direito de acrescer. Ainda que a lei tenha alocado o instituto no direito testamentário (CC 1.941 a 1.946), é fenômeno que ocorre também na sucessão legítima (CC 1.810 e 1.811).

As regras do direito de acrescer na sucessão legítima são **cogentes**, incidem independentemente da vontade do autor da herança, bem ao contrário do que acontece na sucessão testamentária, onde prevalece a vontade do testador.

Na **sucessão legítima**, a depender do motivo do afastamento do herdeiro, surge ou **direito de acrescer** ou **direito de representação**. Assim, quando o herdeiro morre antes da abertura da sucessão, é deserdado ou

é declarado indigno, seus descendentes herdam por **direito de representação**. Caso o herdeiro falecido não tenha descendentes ou venham eles a renunciar à herança, surge o **direito de acrescer** dos herdeiros da mesma classe ou das classes subsequentes (CC 1.810).

Na **sucessão testamentária** não existe direito de representação. Nem quando o herdeiro morre antes do testador, nem quando é declarado indigno. Nunca seus descendentes são chamados a receber a herança em seu lugar. Independentemente do motivo que ensejou o afastamento do herdeiro instituído por testamento, o seu quinhão retorna ao acervo hereditário para ser dividido entre os **herdeiros legítimos**. Também a renúncia ou o reconhecimento da incapacidade do herdeiro instituído aproveita aos herdeiros legítimos, segundo a ordem de vocação sucessória. Do mesmo modo, se o testamento ou a cláusula testamentária que instituiu o herdeiro **caducar** (perder eficácia), o resultado é sempre o mesmo: o seu quinhão retorna ao acervo hereditário.

Essa regra comporta duas exceções:

- a **substituição**, em que o testador escolhe um herdeiro para ocupar o lugar do nomeado em primeiro lugar (CC 1.947 a 1.960);
- a de **herdeiros simultâneos** sobre o mesmo bem. Neste caso, quer o herdeiro instituído morra antes do testador, quer renuncie à herança, ocorre o direito de acrescer em favor dos demais herdeiros eleitos via testamento. Também é o que acontece caso venha um dos coerdeiros a ser declarado indigno.

Excluído o herdeiro legítimo ou o testamentário por vontade própria (renúncia), por morte, indignidade ou deserção, o seu quinhão é reconhecido como “vago”, feia expressão utilizada pela lei (CC 1.944 e 1.950) para identificar a quota de quem deixa de ter a condição de herdeiro ou legatário. Tal fato faz surgir o direito dos demais herdeiros de receber a quota vaga, o que está condicionado à **natureza** da sucessão e às **causas** da exclusão.

A **renúncia** exclui o herdeiro da sucessão. É como se ele não existisse. Neste caso ocorre sempre **direito de acrescer**. Na **sucessão legítima** o quinhão do renunciante acresce em favor dos outros herdeiros legítimos. Na **sucessão testamentária**, a renúncia beneficia os eventuais coerdeiros ou colegatários instituídos pelo testador. Somente quando todos os coerdeiros instituídos não quiserem ou não puderem aceitar é que o bem retorna ao monte sucessório e favorece os herdeiros legítimos (CC 1.944).

Na sucessão legítima a **premoriência** (CC 1.851) e a **indignidade** (CC 1.816) ensejam o **direito de representação** dos seus descendentes. Apesar

do silêncio da lei, na **deserdação**, há que se admitir a mesma solução. Os descendentes do indigno e do deserdado recebem a herança por direito de representação. Na sucessão testamentária, como não há direito de representação, os descendentes do herdeiro premorto, indigno ou deserdado, nada recebem (CC 1.939 IV e V). O quinhão testamentário retorna aos herdeiros legítimos.

O **direito de acrescer do herdeiro testamentário e do legatário** obedece a normas próprias, sem vinculação com o direito de acrescer na sucessão legítima. São minuciosas as regras estabelecendo os vários critérios que buscam assegurar respeito ao desejo do autor da herança. Por isso são **normas supletivas**: só incidem quando não há previsão ou clareza no testamento, bem ao contrário do direito de acrescer na sucessão legítima, em que todas são normas **cogentes**: independem da vontade do autor da herança.

Didática a sistematização dos requisitos para que se dê o direito de acrescer trazida por Paulo Lôbo:

- a) pluralidade de herdeiros testamentários ou de legatários;
- b) indeterminação da parte de cada um na herança ou no legado;
- c) a instituição conjunta da herança ou de legado deve ser feita no mesmo testamento.

As hipóteses legais para o direito de acrescer são:

- a) morte do herdeiro testamentário ou do legatário antes do testador;
- b) renúncia, após a abertura da sucessão, à herança ou ao legado de um ou alguns, desde que remanesça um deles;
- c) exclusão do herdeiro testamentário ou do legatário por indignidade;
- d) impossibilidade de realização da condição sob a qual foi instituído o herdeiro testamentário ou o legatário.¹

23.2. SUCESSÃO LEGÍTIMA

Na sucessão legítima existe ou direito de representação ou direito de acrescer. Ambos decorrem da lei. Não há espaço para o autor da herança impor a transferência ou escolher a forma de um herdeiro legítimo receber o quinhão do outro.

1. Paulo Lôbo, Direito Civil: Sucessões, 208.

Quando o herdeiro **renuncia**, se autoexclui voluntariamente da herança (CC 1.810). É como se nunca tivesse participado da sucessão. Por ato de vontade afasta-se da sucessão, o que faz surgir direito de acrescer. Seu quinhão retorna ao acervo hereditário e é dividido entre os demais herdeiros, segundo a ordem de vocação hereditária. Não há direito de representação (CC 1.811).

A **premoriência** confere aos descendentes o direito de representar o herdeiro falecido. Se o herdeiro morre antes da abertura da sucessão, seus descendentes são chamados para representá-lo. O mesmo ocorre na declaração de **indignidade** e na **deserdação**. A pena da exclusão é personalíssima e não pode atingir o direito dos seus descendentes. O herdeiro indigno e o deserdado são considerados premortos. Seus descendentes são convocados a suceder e comparecem à sucessão por **direito de representação**. Recebem a herança em nome do herdeiro excluído. Herdam por estirpe.

Quando o herdeiro premorto, indigno ou deserdado **não tem descendentes**, o seu quinhão passa aos demais herdeiros da mesma classe. Surge o direito de acrescer e eles recebem por direito próprio. Do mesmo modo, se a morte ou a exclusão do herdeiro esvazia a classe a que pertence, são convocados os herdeiros da classe subsequente, em que, mais uma vez, se configura direito de acrescer.

23.3. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

No testamento, prevendo a hipótese de o herdeiro instituído renunciar ou ser excluído, pode o testador indicar **substitutos** (CC 1.947 a 1.960). Ou seja, pode nomear um “herdeiro eventual.” Escolhe alguém para receber o quinhão do herdeiro que elegeu em primeiro lugar. Somente quando não houver a nomeação de substituto é que se pode cogitar do direito de acrescer.² A substituição prefere ao direito de acrescer. A lei determina

2. Recurso Especial. Direito Civil. Sucessões. Direito de acrescer. Herdeiros testamentários. Quota predeterminada. Impossibilidade. Divisão. Herdeiros colaterais. Arts. 1.829, IV, 1.840, 1.906, 1.941 e 1.944 do Código Civil de 2002. Sobrinhos. Direito de representação. Exceção legal. Concorrência. Possibilidade. Quinhão hereditário. Títulos sucessórios distintos. Compatibilidade. Art. 1.808, § 2º, do Código Civil de 2002. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. O direito de acrescer previsto no art. 1.941 do Código Civil de 2002 representa uma forma de vocação sucessória indireta e pressupõe (i) a nomeação dos herdeiros na mesma cláusula testamentária; (ii) que o patrimônio compreenda os mesmos bens ou a mesma porção de bens e (iii) a inexistência de quotas hereditárias predeterminadas.

observar se não há substituto (CC 1.943). Só em caso negativo haverá direito de acrescer.³ Prevista a substituição, o direito de acrescer desaparece. Como ensina Carlos Maximiliano, o direito de acrescer se dá no silêncio do testador. Na dúvida, opta-se pela substituição.⁴

Quando o testador atribui o mesmo bem ou uma universalidade de bens a mais de um beneficiário, elegendo mais de um herdeiro ou legatário, tal significa que quis contemplar mais de uma pessoa. A nomeação de vários beneficiários significa reciprocidade, ensejando o direito de acrescer. Há a imposição de uma **cotitularidade condominial**. Cada um tem direito ao todo e recebe apenas uma parte porque seu direito coexiste com o direito dos demais beneficiários. Daí a necessidade de se proceder à divisão. Diz Silvio Rodrigues que, como o direito originário abrangia o todo, o direito é de “não decrescer”. No direito de acrescer há apenas o direito do beneficiado de não ver diminuído o seu quinhão. Assim, define o direito de acrescer como *o direito do colegatário de receber a totalidade de uma coisa da qual ele não teria senão parte, se os colegatários tivessem, como ele, aceitado*.⁵

Para ocorrer o direito de acrescer é necessário: (a) a nomeação conjunta de coerdeiros ou colegatários; (b) disposição testamentária sobre o mesmo bem ou fração ideal da herança; (c) ausência de individualização das quotas pelo testador a cada um dos beneficiados; e (d) inexistência de designação de um substituto.

O testador pode discriminar os quinhões e determinar a parte de cada um dos herdeiros nomeados. A **predeterminação dos quinhões** afasta a

3. Na hipótese de quinhões determinados, não há falar no direito de acrescer. Se o herdeiro testamentário pleiteado com quota fixa falecer antes da abertura da sucessão, sem previsão de substituto, aquela parcela deve retornar ao monte e ser objeto de partilha com todos os herdeiros legítimos. 4. No caso, o valor da quota-parte remanescente deve ser redistribuído consoante a ordem legal de preferência estabelecida na sucessão hereditária entre os colaterais (art. 1.829 do CC/2002), não havendo impedimento legal para que herdeiros testamentários participem também como legítimos na mesma sucessão hereditária (art. 1.808, § 2º, do CC/2002). 5. Na hipótese, os sobrinhos da falecida herdaram por estirpe, a título de representação, concorrendo no percentual destinado ao herdeiro pré-morto ao lado dos colaterais, na espécie, o único irmão sobrevivente da autora, que herda por direito próprio. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (STJ – REsp: 1674162/MG, 2017/0121651-1, 3.ª T, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 16/10/2018, DJe 26/10/2018).

3. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 253.

4. Carlos Maximiliano, Direito das Sucessões, v. 3, 71.

5. Sílvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7, 223.

solidariedade da vocação dos coerdeiros.⁶ Igualmente, o testador tem o direito de estipular o **modo** de ser operada a transferência entre os herdeiros que elegeu, pela nomeação de substitutos. Em qualquer dessas hipóteses não há direito de acrescer, pois o autor da herança definiu expressamente o destino dos seus bens.

23.4. PRINCÍPIOS

O direito de acrescer traz a ideia de **agregação** e não de fragmentação, conferindo sentido ao propósito do legislador: manter a integridade patrimonial.⁷ A lei busca interpretar a vontade do testador quando falta clareza às disposições testamentárias ou quando existe omissão: deixou o testamento de prever situações que podem ocorrer após a sua lavratura. Caso o testador não tenha sido claro, tenta-se adivinhar seu desejo. Quando é nomeado mais de um herdeiro ou legatário, a lei se limita a suprir omissões ou a falta de clareza do testamento. O direito de acrescer na sucessão testamentária tem por fundamento básico a vontade presumida do testador.⁸ Pressupõe-se que sua intenção era somar os quinhões a favor dos herdeiros que instituiu. Caso não seja possível adicionar o quinhão aos herdeiros testamentários, o acréscimo favorece os herdeiros legítimos. Portanto, sempre que não existir ou falhar a sucessão testamentária, prevalece a vocação hereditária legal, devolvendo-se a herança ao herdeiro legítimo.⁹

É incontestável o **cunho supletivo** das regras relativas ao direito de acrescer.¹⁰ Até hoje são invocados princípios tradicionais, que vêm desde a época do direito romano, para identificar se há ou não direito de acrescer.

23.4.1. Conjunção real (*re tantum*)

Ocorre quando são instituídos dois ou mais herdeiros em cláusulas distintas. Todos são beneficiados com o mesmo bem (*re*), sem a identificação da parte que cabe a cada um deles. É quando diz o testador: deixo minha fazenda para (B). E em outra cláusula: deixo a mesma fazenda também para

6. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 288.

7. Clayton Reis, Do direito de acrescer..., 232.

8. Orlando Gomes, Sucessões, 164.

9. Eduardo de Oliveira Leite, Comentários ao novo Código Civil, v. 21, 581.

10. Orlando Gomes, Sucessões, 166.

(C). Ocorre o direito de acrescer caso um não queira ou não possa receber o bem. A fazenda fica para o outro herdeiro instituído.

23.4.2. **Conjunção mista (*re et verbis*)**

É na hipótese de, na mesma disposição testamentária, ser nomeado mais de um herdeiro com relação a um bem ou a uma universalidade de coisas, sem ser mencionada a fração de cada um. É chamada de conjunção mista porque o objeto (*re*) foi distribuído na mesma cláusula (*verbis*). É quando diz o testador: deixo minha fazenda para (B) e para (C). Esta modalidade de nomeação também enseja direito de acrescer com a saída de um dos beneficiários.

23.4.3. **Conjunção verbal (*verbis tantum*)**

Verifica-se quando o testador nomeia vários herdeiros especificando a parte que cabe a cada um. Diz ele: deixo 70% de minha fazenda para (B) e 30% para (C). Neste caso não há direito de acrescer. Com o afastamento de um, sua parte retorna ao acervo sucessório para ser atribuída aos herdeiros legítimos.

O direito de acrescer na **sucessão testamentária** faz referência à **conjunção mista** (CC 1.941): quando pela mesma disposição testamentária (*verbis*) forem conjuntamente chamados à herança mais de um herdeiro em quinhões (*re*) não determinados.

Em se tratando de **legatários**, é invocada a **conjunção real** (CC 1.942): quando nomeados conjuntamente com relação a uma só coisa determinada e certa. Também se verifica o direito de acrescer se o objeto do legado é **indivisível**, ou seja, não pode ser dividido sem risco de se desvalorizar.

23.5. MODALIDADES

Ao atribuir direito sucessório a mais de uma pessoa, pode o testador determinar o quinhão de cada qual, o que gera diferentes consequências.

23.5.1. **Quinhões não determinados**

Atribuídos quinhões não determinados, em conjunto, a mais de uma pessoa, é assegurado o direito de acrescer: se o herdeiro morrer antes do testador; renunciar; for excluído por indignidade ou por incapacidade

testamentária; e no caso de não se verificar a condição sob a qual foi instituído o legado. Em todas essas hipóteses o seu quinhão acresce ao dos outros. Porém, existe uma exceção (CC 1.941 e 1.943): salvo o direito do substituto. Ou seja, não há direito de acrescer se o testador já indicou alguém para substituir o herdeiro que se afastou ou foi excluído. Nesse caso, a herança vai para quem o testador nomeou em **substituição** (CC 1.947 a 1.960). Se o substituto não puder ou não quiser aceitar, a herança retorna ao acervo sucessório para ser atribuído aos herdeiros legítimos. Não passa aos coerdeiros instituídos.

23.5.2. Quinhões determinados

Se os quinhões são determinados, isto é, quando é atribuída parte certa, ainda que do mesmo bem, a cada um dos herdeiros, ocorrendo o falecimento, o impedimento ou a renúncia de um, sua parte não acresce à dos outros herdeiros testamentários. Volta para a sucessão, beneficiando os herdeiros legítimos (CC 1.944). O dispositivo é para lá de redundante, pois, no fundo, nada diz além do que repetir a regra geral: na omissão ou falha na disposição testamentária, os bens são acrescidos na quota legal dos herdeiros legítimos.¹¹

23.5.3. Casal

Quando são instituídos herdeiros testamentários ou legatários ao marido e a mulher, surge direito de acrescer (CC 551 parágrafo único). Ou seja, ocorrendo a morte de um cônjuge, o quinhão sucessório subsiste em favor do outro. Essa regra, prevista para as doações, se aplica no direito testamentário. Afinal, são institutos com as mesmas e iguais características. Apesar de a lei falar em **marido e mulher**, às claras que também a regra é aplicável quando os beneficiários vivem em **união estável**, quer heterossexual, quer homoafetiva. Declarada a **inconstitucionalidade** do art. 1.790 do CPC, o Supremo Tribunal Federal negou a possibilidade de tratamento discriminatório entre casamento e união estável.¹² Em razão do fundamento da decisão, não mais se pode admitir qualquer distinção

11. Clayton Reis, Do direito de acrescer..., 242.

12. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

entre cônjuges e companheiros. Assim, onde está escrito cônjuge, leia-se: cônjuge ou companheiro.

No entanto, há que atentar se o testador beneficiou a ambos ou um deles. Se afirmar: deixo tal bem para Paulo e sua mulher Ana, fez o legado a favor de ambos. Por outro lado, se afirmar: deixo tal bem para Paulo, que é casado com Ana, somente o varão é o beneficiado e sua mulher não. O fato de ter feito referência ao nome da mulher não significa que a tenha contemplado.

23.5.4. Bem indivisível

Mesmo se indicadas frações certas, se o objeto legado for indivisível, isto é, não puder ser dividido sem risco de se desvalorizar, ocorre o direito de acrescer (CC 1.942). Se o testador deixa um bem para (A) e (B), qualquer motivo que impeça um deles de receber o quinhão autoriza o direito de acrescer. Sua parte transmite-se ao outro. No entanto, se, de modo expresso, foram deixados 50% do bem a cada um, o afastamento de um não gera o direito de acrescer a favor do outro. Devolve-se o legado aos sucessores legítimos. Mas se o bem deixado foi, por exemplo, um quadro, mesmo que identificadas as frações, se um não quiser ou não puder aceitar, a obra fica para o outro, sem qualquer obrigação de pagamento da metade do valor do bem aos herdeiros legítimos.

23.5.5. Exclusão

Pode o testador simplesmente afastar o direito de acrescer sem nomear substituto, mesmo que tenha instituído mais de um herdeiro testamentário ou legatário. Basta manifestar tal expressamente. Desse modo, pode deixar um bem para (A) e para (B), dizendo que nenhum receberá o quinhão se um deles recusar ou for afastado. Nesse caso, se (A) renunciar, o legado não vai para (B), mas retorna ao acervo sucessório para ser partilhado entre os herdeiros legítimos.

23.5.6. Nulidade

Há hipóteses outras em que, mesmo nomeado mais de um herdeiro ou mais de um legatário, não há direito de acrescer. Nula ou anulada a disposição, ocorrendo a caducidade da instituição ou revogado o testamento, ocorre a devolução aos herdeiros legítimos.¹³

13. Orlando Gomes, Sucessões, 166.

23.5.7. Dinheiro

Tema que entretém a doutrina diz com o legado de dinheiro. Prevalece o entendimento de que o direito de acrescer se refere somente a legado de coisa certa e determinada (CC 1.942). Ora, o dinheiro é coisa genérica, cuja fungibilidade impede o direito de acrescer.¹⁴ Assim, se o colegatário não puder ou não quiser o legado, o dinheiro é devolvido à herança para ser dividido entre os herdeiros legítimos.

23.5.8. Alienação

Na eventualidade de um dos coerdeiros ou colegatários alienar seu quinhão, tal não elimina o direito de acrescer, que se transfere ao adquirente. Assume o comprador a posição do alienante e pode se beneficiar do direito de acrescer caso algum dos cotitulares do direito testamentário venha a renunciar ao seu quinhão ou ser excluído por indignidade.

23.6. CAUSAS

O direito de acrescer é uma **substituição presumida** na lei, em virtude da qual o coerdeiro ou o colegatário recolhe a porção atribuída, em disposição conjunta, a outro herdeiro ou legatário.¹⁵ A pré-morte, a indignidade ou a renúncia determinam o direito de acrescer. Nas duas primeiras hipóteses porque o coerdeiro ou colegatário não pode herdar; na última, porque não quer. Também ocorre quando não se verificar a **condição** sob a qual foi instituída a herança ou o legado. A enumeração legal é taxativa.¹⁶

Usa a lei as expressões “não puder ou não quiser” (CC 1.941). Mas é necessário distinguir: “não querer” significa **renunciar**. Quando há mais de um herdeiro instituído, a fração do renunciante beneficia os coerdeiros e colegatários. Só retorna ao monte sucessório quando o único herdeiro ou todos eles renunciam (CC 1.944).

Já a expressão “não puder” tem outro sentido. Diz com o herdeiro que morreu antes da abertura da sucessão ou foi excluído por indignidade. Ele “não pode receber” a herança. Nem a indignidade nem a premoriência permitem que os descendentes do herdeiro testamentário herdem, pois não

14. Silvío Rodrigues, *Direito Civil*, v. 7, 226.

15. Orlando Gomes, *Sucessões*, 162.

16. *Idem*, 165.

há direito de representação na sucessão testamentária. Para usar a expressão da lei, o legado caduca (CC 1.939 IV e V). Instituído mais de um herdeiro testamentário sobre o mesmo bem, não “podendo” o beneficiário receber a herança, esta acresce aos coerdeiros (CC 1.941 e 1.943).

23.7. ENCARGOS

Ocorrendo acréscimo, com o bem vão os **encargos** e as **obrigações** que o oneram (CC 1.943 parágrafo único). Nem poderia ser diferente. Trata-se de mera substituição da titularidade patrimonial. Quem se beneficia com o recebimento de quota vaga fica sujeito aos encargos a ela inerentes.¹⁷

O coerdeiro ou colegatário beneficiado pelo direito de acrescer não pode simplesmente ficar com o seu quinhão e repudiar a parte da herança ou do legado que lhe cabe em face do afastamento do cotitular. Ou fica com tudo, ou não fica com nada. Se rejeitar o acréscimo, perde também o seu quinhão.

Como não existe renúncia parcial da herança, também o legado não pode ser recusado parcialmente. Há só uma exceção: quando sobre o quinhão do excluído incidem **encargos especiais** impostos pelo testador. Com isso, a parte da herança que ninguém quer vai para a pessoa que se beneficiaria com os encargos instituídos (CC 1.945). Pelo jeito, a lei cria uma **nova classe de herdeiro**: o beneficiado com algum encargo instituído em seu favor, quando nenhum herdeiro aceita cumpri-lo. Só o exemplo ajuda: (A) deixa em testamento uma fazenda para (B), (C) e (D), impondo a (B) o encargo de construir uma casa para (E). Na hipótese de (B) renunciar, o legado se transfere aos coerdeiros (C e D), por direito de acrescer. Caso nenhum deles aceite o acréscimo da parte de (B), em face do encargo excessivo, a recusa não implica em renúncia. Continuam (C e D) titulares de 2/3 da fazenda. Mas cabe entregar a (E) o quinhão de (B), ou seja, a terça parte.

Há uma única hipótese em que, mesmo não havendo direito de acrescer, o quinhão não retorna à herança. Tal fato acontece quando é deixado legado a mais de uma pessoa e imposto encargo a um deles. Se um dos beneficiários recusar o legado ou for excluído da sucessão, o bem fica para o legatário. Não acresce ao acervo sucessório. Quem sabe o exemplo auxilie: o testador deixa um imóvel para (A, B e C), excluindo expressamente o direito de acrescer. No entanto, impõe a um deles (B) o encargo de terminar

17. Eduardo de Oliveira Leite, Comentários ao novo Código Civil, v. 21, 577.

de construir a casa que existe sobre o imóvel. Caso qualquer dos demais herdeiros (A ou C) seja excluído da sucessão, o seu quinhão não retorna aos herdeiros legítimos. Fica para (B) em face do encargo que lhe impôs o testador (CC 1.944 parágrafo único). A parte final deste dispositivo nem se justifica, pois é uma repetição da regra geral. Assim, se a casa pertencia a (B), a recusa ou exclusão de um dos colegatários faz com que a parte legada retorne aos herdeiros legítimos.

23.8. USUFRUTO

Sobre o mesmo bem o testador pode conceder o usufruto a um herdeiro e a nua-propriedade a outro. Só existe direito de acrescer em favor do **nu-proprietário**. A morte, a recusa ou a exclusão do usufrutuário consolida a propriedade do nu-proprietário. O usufruto não se transmite aos sucessores do usufrutuário.

No caso de morte, renúncia ou exclusão do **nu-proprietário**, o domínio não se transfere para o usufrutuário. Transmite-se aos sucessores do nu-proprietário, o que, no entanto, não afeta o usufruto. Ele persiste, mesmo na hipótese de ocorrer a venda do bem pelo nu-proprietário.

O testador tem a faculdade de fixar tempo de vigência do usufruto. Caso nada diga, tem-se o usufruto por **vitalício**. Somente quando morrer o usufrutuário é que se consolida a propriedade do nu-proprietário. Havendo o estabelecimento de termo final, o usufruto chama-se **resolúvel** (CC 1.921). A titularidade se consolida na pessoa do nu-proprietário tão logo ocorra o evento previsto. Por exemplo, o testador instituiu em favor de (A) o usufruto sobre uma fazenda enquanto ele estiver estudando. No dia em que (A) se formar, extingue-se o usufruto. O nu-proprietário adquire a propriedade plena.

Instituído **usufruto conjunto**, isto é, quando são nomeados mais de um usufrutuário e vários nu-proprietários, as regras são as mesmas do direito de acrescer. Nada precisa ser previsto no testamento. Na falta de um nu-proprietário, o direito de acrescer aproveita aos condôminos da nua-propriedade e não aos usufrutuários. A saída de um usufrutuário reverte o usufruto aos demais usufrutuários (CC 1.946). Os nu-proprietários só terão direito à integralidade do domínio depois de excluídos todos os usufrutuários ou após a morte do último. Voltando ao exemplo da fazenda, dizendo o testador: deixo minha fazenda em usufruto para (A) e (B), a instituição é conjunta. Caso (A) seja excluído ou renuncie, (B) passa a usufruir sozinho da fazenda.

Bem diferente é o que ocorre no usufruto instituído por **ato inter vivos**, em que o direito de acrescer exige estipulação expressa (CC 1.411). Estabelecido o usufruto em favor de mais de uma pessoa, o falecimento de um dos beneficiários extingue em parte o usufruto. A propriedade se consolida a favor do nu-proprietário. Assim, concedido contratualmente o usufruto a favor de mais de uma pessoa, com a morte de uma delas, o seu direito não se transfere à outra. A extinção do usufruto quanto a um dos usufrutuários só acresce em favor dos demais se assim for estipulado.

Mesmo instituído mais de um usufrutuário, pode o testador definir o quinhão de cada qual. Trata-se de legado de usufruto de **parte certa**. Identificada a fração de cada um dos usufrutuários, não há direito de acrescer. A extinção com referência a cada usufrutuário beneficia o nu-proprietário. De novo ao exemplo da fazenda. Caso diga o testador: instituo a favor de (A) o usufruto sobre os campos de lavoura de minha fazenda e, a favor de (B), o usufruto das terras de pastagem. Se (A) renunciar ou for excluído, extingue-se o usufruto sobre o pedaço da fazenda dedicado ao plantio, consolidando-se, quanto a esta parte, a propriedade em favor do nu-proprietário (CC 1.946 parágrafo único).

Também no **fideicomisso** o testador pode nomear mais de um fiduciário (primeiro herdeiro instituído) e mais de um fideicomissário (herdeiro contemplado em segundo lugar). Instituído mais de um beneficiário em conjunto, ocorre direito de acrescer entre os fiduciários. Somente depois de cessado o direito do último fiduciário é que os bens se transferem aos fideicomissários, com os respectivos acréscimos (CC 1.956).

LEITURA COMPLEMENTAR

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito civil*. Questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

24

TRANSMISSÃO DA HERANÇA

Sumário: **24.1.** Benefício de inventário – **24.2.** Teoria da *disregard* – **24.3.** Morte, indignidade e deserdação: **24.3.1.** Morte; **24.3.2.** Indignidade e deserdação – Leitura complementar.

Referências legais: CR 155 I; CC 11, 50, 80 II, 426, 836, 943, 1.784, 1.791 a 1.797, 1.801, 1.805 § 2.º, 1.997; CPC 75 VII, 613, 614, 615, 616, V, 672 e 796.

Quando da morte, ocorre o que se chama de **abertura da sucessão**. Com o falecimento do titular do patrimônio, a universalidade de seus bens e direitos recebe o nome de **herança**: acervo patrimonial que é transmitido aos herdeiros, quer legítimos, quer instituídos por testamento. É o que diz a lei (CC 1.784): *Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*. A transmissão é uma transferência de direitos e obrigações da esfera jurídica de um titular para a de outro. A transmissão traz ínsita a ideia de uma perda e de uma aquisição derivada.¹ A transmissão não depende de ato formal nem da manifestação de vontade dos sucessores, que até podem desconhecer sua condição de herdeiro. A morte de alguém é o fato gerador ou determinante da aquisição de bens pelos sucessíveis.² A transferência imediata é da essência do **princípio de *saisine***. Nada mais do que uma **ficção** que visa assegurar a continuidade dominial de bens, direitos e obrigações sem que sobre espaço entre esses dois acontecimentos.

São pressupostos à transferência da herança: (a) a **morte**, provada pelo registro do óbito; (b) a **existência e sobrevivência** de herdeiro, que

1. Carlos Pamplona Corte-Real, *Direito da Família e das Sucessões*, v. 2, 19.

2. *Idem*, 18.

precisa existir ou já ter sido concebido ao tempo da abertura da sucessão (CC 1.798); (c) a **capacidade sucessória**, que diz com a aptidão do herdeiro para herdar, conforme a lei vigente à data da abertura da sucessão.

As exceções ficam a cargo da sucessão testamentária. Além de pessoas naturais, pode ser nomeada herdeira ou legatária a **filiação eventual**, pessoa nem concebida nem nascida quando da abertura da sucessão. Também dispõe de capacidade sucessória via testamento **pessoa jurídica** já constituída ou a que, por determinação do testador, assumir a forma de fundação (CC 1.799).

A herança, enquanto tal, tem existência **temporária**: do momento da abertura da sucessão até a ultimação da partilha. Durante esse período o patrimônio hereditário possui caráter **indiviso**. É uma massa patrimonial que permanece coesa até a atribuição dos quinhões hereditários aos herdeiros.³ A lei é clara (CC 1.791): *A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros*. Daí a afirmativa de o herdeiro ser **sucessor a título universal**, eis que recebe a integralidade da herança. Havendo dois ou mais herdeiros, todos adquirem **fração ideal** da totalidade do acervo hereditário. Forma-se um **condomínio** hereditário, regulado pelas regras do condomínio (CC 1.314 a 1.330), que só se dissolve quando da partilha (CC 1.791 parágrafo único).

Cada um dos herdeiros tem os mesmos direitos e deveres, não cabendo a nenhum deles direitos e deveres sobre um ou mais bens específicos da herança.⁴ Como os direitos são iguais, um não pode reclamar em relação ao outro sucessor, já que o direito dele é igual ao seu.⁵ No entanto, a utilização de um bem por um herdeiro gera, para os demais, o direito de perceber os **rendimentos** pelo uso exclusivo. Desse modo, a partir do momento em que houver oposição dos coerdeiros, aquele que está na posse de um imóvel, necessita pagar a título de indenização, o valor correspondente ao **aluguel**.⁶

3. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 6.

4. Débora Gozzo e Sílvio de Salvo Venosa, Comentários ao Código Civil brasileiro, v. 16, 57.

5. Antônio Carlos Mathias Coltro, Transmissão do acervo hereditário, 31.

6. Direito das sucessões. Bem a inventariar. Imóvel único. Vários herdeiros. Condomínio. Uso exclusivo. Aluguel. Termo inicial. Oposição manifestada. 1. Nos termos do art. 1.791, caput e parágrafo único do Código Civil, a herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros e, até a partilha, o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio. 2. Na hipótese em que um dos herdeiros permanece na posse exclusiva de bem do espólio, obstando o usufruto dos demais

Uma vez que todos os herdeiros são condôminos qualquer um pode reclamar de terceiros a herança, no todo ou em parte. Dispõem todos de **legitimidade concorrente** para o uso das ações possessórias: manutenção, reintegração de posse e interdito proibitório (CPC 554 a 568). Pelas **dívidas** do falecido é responsável o espólio. Mas, feita a partilha, cada herdeiro responde por elas na proporção da parte que na herança lhe coube (CPC 796).

Ao se transferir a herança aos herdeiros, com ela vão os bens e também as **dívidas** e as **obrigações** do falecido. Além dos ônus, acompanham a herança os bônus: benfeitorias, frutos e rendimentos. É a regra do acessório segue o principal e que recebe o nome de **princípio da gravitação jurídica** (CC 92). Os direitos de personalidade são intransmissíveis (CC 11), não podendo ser transferidos por herança. No entanto, os **créditos** decorrentes da violação de tais direitos transmitem-se com a herança (CC 943). Os **aspectos subjetivos** dos bens não os abandonam quando da transferência da herança. Assim, os **vícios e a má-fé** do titular contaminam os sucessores. Portanto, se a posse era clandestina, ou precária, assim se transmite ao herdeiro, que não pode alegar boa-fé, até porque não é terceiro.

No âmbito do **direito processual**, é a expressão **espólio** que identifica o acervo hereditário que não é constituído somente de bens, mas também dos direitos e encargos do falecido. A lei cria uma ficção: a **sucessão aberta** – assim chamada, até a ultimação da partilha – é considerada bem imóvel (CC 80 II). Trata-se de uma universalidade de bens que não tem personalidade jurídica. No entanto, tem **capacidade** de demandar e ser demandada. Após a abertura do inventário é o **inventariante** quem representa o espólio em juízo ativa e passivamente (CPC 75 VII). Antes de sua nomeação, a administração da herança cabe a quem está na posse dos bens: o **administrador provisório**, que representa o espólio até a instau-

coerdeiros, aplica-se as disposições legais sobre condomínio. 3. Conforme dispõe o art. 1.319 do Código Civil, cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa e pelo dano que lhe causou. 4. A indenização pelo uso exclusivo de bem comum pressupõe oposição manifestada pelos demais condôminos. Precedente do c. Superior Tribunal de Justiça – Embargos de divergência em Resp nº 622.472 – RJ (2004/0146482-5). 5. Manifestada oposição dos demais condôminos, firma-se o termo inicial a partir de quando se considera em mora aquele faz uso exclusivo do bem. 6. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ-DF 07025241520188070005/DF, 0702524-15.2018.8.07.0005, 7.^a T. Cív., Rel. Getúlio de Moraes Oliveira, j. 06/02/2019).

ração do inventário e mesmo depois, enquanto o inventariante não prestar compromisso (CC 1.797).⁷

Ao se falar em herança não dá para esquecer que a **meação** do cônjuge e do companheiro não faz parte da herança, não integra o acervo hereditário. Os bens adquiridos durante o período da vida em comum chamam-se **aquestos**. A depender do **regime de bens**, a cada um pertence a metade de tal acervo. Assim, não há transmissão da herança ao meeiro. A meação lhe pertence, ele nada adquire. Como a separação da meação só é feita quando da partilha (CPC 651 II), é indispensável a descrição de todos os bens no inventário, inclusive dos que integram a meação. Esta é a única forma de identificar os bens da herança. Daí a necessidade de o viúvo e o companheiro participarem do inventário, ainda que herdeiros não sejam.

Outro modo de suceder é por **transmissão**, que ocorre quando o herdeiro, o cônjuge ou o companheiro morrem antes de ultimado o inventário. Os herdeiros recebem duas heranças. Atendendo ao **princípio da economia processual**, se o herdeiro falecido não tinha outros bens além do quinhão hereditário, os inventários são **conjuntos**. Devem ser processados em apenso, mas a partilha é única (CPC 672).

Esta modalidade não se confunde com o **direito de representação**. O que diferencia a sucessão por representação da sucessão por transmissão é o **momento da morte** do herdeiro. Na representação o herdeiro é pré-morto, faleceu antes do autor da herança. O direito de transmissão ocorre quando o herdeiro morre depois do *de cujus*.⁸ Assim, a herança recebida passa a fazer parte da sua sucessão e, pelo princípio de *saísine*, se transmite aos seus herdeiros, o que justifica um só inventário.

24.1. BENEFÍCIO DE INVENTÁRIO

Os herdeiros – quer legais, quer testamentários – são continuadores das relações patrimoniais do falecido. A eles se transmitem não só os bens, mas também os ônus que incidem sobre o espólio. Assim, no momento da abertura da sucessão, os credores do morto tornam-se credores dos herdeiros.⁹ Eles assumem os encargos do espólio. Não pessoalmente, mas nos limites das forças da herança.¹⁰ Os herdeiros não respondem por

7. Euclides de Oliveira, Da herança e de sua administração, 40.

8. Cláudia de Almeida Nogueira, Direito das Sucessões, 68.

9. Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Direito Civil, 350.

10. Euclides de Oliveira, Da herança e sua administração, 33.

dívidas que superem o valor do acervo hereditário. É o que se chama de benefício de inventário: limitação da responsabilidade do herdeiro ao valor do seu quinhão hereditário.¹¹ Tal princípio está expresso em mais de um dispositivo legal: o **herdeiro** não responde por encargos superiores à força da herança (CC 1.792); a **herança** responde pelo pagamento das dívidas do falecido (CC 1.997); é assegurado aos credores o direito de pedir o pagamento das dívidas do falecido **no limite das forças da herança** (CC 1.821).

Cobrado do herdeiro mais do que o valor do seu quinhão, cabe a ele provar o excesso, ou seja, que o valor dos bens herdados é inferior ao encargo. Depois da partilha, são os novos titulares dos bens que respondem pelas dívidas do espólio, mas também na proporção da herança que receberam. A regra também está posta na lei processual (CPC 796): *O espólio responde pelas dívidas do falecido, mas, feita a partilha, cada herdeiro responde por elas dentro das forças da herança e na proporção da parte que lhe coube*. Este princípio é repetido na **fiança**, ao estabelecer regra para lá de desnecessária (CC 836): *A obrigação do fiador passa aos herdeiros; mas a responsabilidade da fiança se limita ao tempo decorrido até a morte do fiador, e não pode ultrapassar as forças da herança*. Assim, ao contrário do que está posto na lei, a **obrigação** do fiador não passa aos herdeiros. A fiança extingue-se com a morte do fiador. O que se transmite é a dívida do afiançado, que é garantida pelos bens da herança.

Para evitar o embaralhamento entre os bens particulares dos herdeiros e os que eles recebem a título de herança é que a lei autoriza os credores, tanto do espólio como dos herdeiros, que exijam a identificação da parte da herança que cabe a cada um. Instalando-se um **concurso entre credores** do espólio e do herdeiro, têm preferência os credores do espólio (CC 2.000). A justificativa é singela. Se existem dívidas da herança, estas repercutem no quinhão do herdeiro. Não há herança onde há dívidas. Somente depois de atendidas as dívidas do falecido é que se pode falar em herança. E sobre o quinhão do herdeiro é que seus credores podem buscar a satisfação de seus créditos.

A lei presume o benefício de inventário.¹² Ao herdeiro cabe somente provar o excesso, se tal não ficar evidenciado. O benefício de inventário é o remédio imaginado para evitar consequências desastrosas que poderiam

11. Antônio Carlos Mathias Coltro, Transmissão do acervo hereditário, 31.

12. Arnoldo Wald, O novo direito das Sucessões, 29.

sobrevir ao herdeiro pela confusão de seu patrimônio com o do hereditando.¹³

Esta distinção, que parece evidente, tem desdobramentos. Previne a confusão dos patrimônios do falecido e do herdeiro. Sendo o herdeiro devedor ou credor do *de cujus*, não se embaralham seus débitos e créditos com os ônus do espólio. Persistem separados os dois patrimônios. O herdeiro conserva os direitos e as obrigações que tinha para com o falecido, como qualquer credor ou devedor, não se extinguindo, pela confusão, créditos ou débitos.¹⁴ Pagas as dívidas e verificada a existência de saldo favorável ao espólio é que se procede à partilha.¹⁵

24.2. TEORIA DA *DISREGARD*

A lei garante aos herdeiros necessários metade dos bens do seu titular. Também assegura a igualdade de quinhões entre todos os herdeiros de uma mesma classe. Para evitar excessos e garantir o respeito a tais direitos existem mecanismos. Simplesmente a lei rotula de **ineficaz** tudo que exceder os limites do possível. Quando o testador deixa em testamento mais do que podia legar, invadindo a legítima dos herdeiros, o que exceder não vale. É obrigatória a **redução** das disposições testamentárias (CC 1.967).

Da mesma forma, tudo que for **doadado** a herdeiros necessários em vida precisa ser compensado quando da morte do doador. Os beneficiados precisam informar o que receberam. É o que se chama de **trazer à colação**. A omissão faz com que simplesmente o herdeiro perca o que recebeu, pois os bens recebidos e não informados no inventário são identificados como **sonegados** (CC 1.992).

Ainda assim, de forma cada vez mais recorrente são utilizados meios fraudulentos para contornar os parâmetros legais. Com preocupante frequência, pessoas jurídicas têm servido como instrumento de fraude. A forma societária está se prestando para desviar o preceito de ordem pública da absoluta intangibilidade da legítima. O uso abusivo da sociedade acaba desobedecendo ao limite de disposição da parte disponível. A máscara societária tem permitido substituir o herdeiro necessário pelo sócio empre-

13. Clovis Bevilacqua, *Direito das Sucessões*, 46.

14. Orlando Gomes, *Sucessões*, 25.

15. Arnaldo Wald, *O novo Direito das Sucessões*, 29.

sarial, que transforma as riquezas pessoais do autor da herança em riquezas de uma sociedade jurídica.¹⁶

O titular do patrimônio particular constitui pessoas jurídicas a quem transfere seus bens. Desse modo se descapitaliza e prejudica o direito dos seus herdeiros. Com isso beneficia ou exclui quem quer contemplar ou punir. Esta situação acaba por camuflar transferência patrimonial, autorizando odioso desequilíbrio entre as legítimas, o que a lei quis e quer evitar.¹⁷ Tal expediente é utilizado tanto para evitar a divisão de bens quando do divórcio como para favorecer determinados herdeiros em detrimento de outros. A busca em desvendar essas posturas acabou levando ao surgimento de uma doutrina chamada de *disregard*, que nada mais é do que a **despersonalização da pessoa jurídica** para detectar a ocorrência de fraude ou abuso de direito. Tal teoria está consagrada na lei (CC 50): em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, podem os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações ser estendidos aos bens particulares dos sócios e administradores.

De um modo geral, sócios e sociedade não se confundem. São titulares de personalidades e patrimônios diferentes. A despersonalização visa desconsiderar a pessoa jurídica quando seus integrantes se escondem atrás do ente societário causando prejuízos aos herdeiros necessários. Comprovada a burla, têm eles legitimidade para questionar a eficácia da doação indireta que foi feita, e que veio a prejudicá-los. Cabem os exemplos trazidos por Rolf Madaleno: concebido filho fora do casamento, o genitor deságua os seus bens em empreendimento empresarial e, quando de seu falecimento, nada receberá o filho como herança. Em outro exemplo, o pai constitui sociedade empresarial com dois de seus três filhos, efetivando, somente ele, aportes financeiros e ficando com menor participação social. Quando de seu falecimento, todos os filhos herdarão suas quotas sociais, inclusive o filho excluído da sociedade. No entanto, este será sócio minoritário, restando a maior parte da sociedade em mãos de seus irmãos. O problema reside no fato de o transcurso do tempo apagar a forma pela qual a sociedade majoritariamente pertencente ao ascendente passou depois ao controle dos sócios descendentes.¹⁸

O mau uso da estrutura social não configura vício de forma, mas o juiz pode descartar a personalidade jurídica utilizada abusivamente, de modo fraudulento. Desse modo, não é necessário – nem se mostra prático e céle-

16. Rolf Madaleno, A desconsideração da personalidade jurídica, 275.

17. Giselda Hironaka, in Francisco Cahali e Giselda Hironaka, Direito das Sucessões, 393.

18. Rolf Madaleno, A desconsideração da personalidade jurídica, 275.

re – que os atos sociais fraudulentos precisem ser diretamente nulificados em morosas e complexas demandas. Basta condenar os participantes do ato de desvio à reposição financeira ou à própria redução do capital social artificialmente inflado até o montante de sua efetiva legítima.¹⁹

Tanto o herdeiro como o meeiro e até o credor do espólio podem opor **incidente de desconconsideração da personalidade jurídica**, inclusive, a desconconsideração **inversa** da personalidade jurídica (CPC 133 § 2º). O procedimento é instaurado perante o **juízo** de inventário (CPC 48) a ensejar sua **suspensão** (CPC 134 § 3º). Pode prosseguir o inventário eventualmente, quanto aos bens incontroversos.

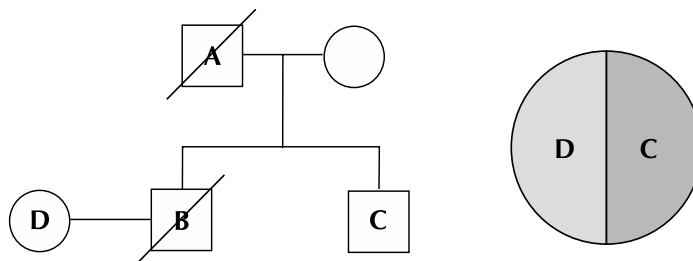
24.3. MORTE, INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

A transmissão da herança ocorre quando da morte. A indignidade, ainda que não configure morte civil, leva o herdeiro a ser considerado como se estivesse morto antes da abertura da sucessão (CC 1.816). O mesmo ocorre na deserdação, apesar de a lei nada dizer expressamente. Ou seja, o indigno e o deserdado são reconhecidos como herdeiros pré-mortos, aplicando-se as regras da **premoriência**. Porém, se ocorre o falecimento do herdeiro, as sequelas sucessórias não são iguais, havendo necessidade de estabelecer distinções de enormes consequências.

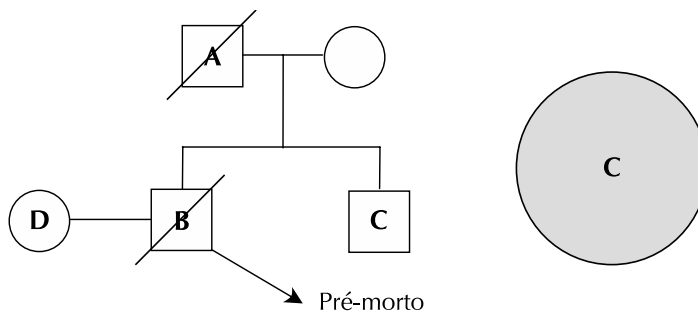
24.3.1. Morte

Falecido o autor da herança, seus herdeiros o sucedem. Tornam-se titulares do quinhão hereditário, independentemente do inventário. Vindo um dos herdeiros a morrer, a herança que recebeu passa aos seus sucessores. Cabe um exemplo: falecendo o pai (A), seus bens se transmitem aos seus descendentes (B e C). Quando do posterior falecimento do herdeiro (B), a herança que havia recebido passa aos seus sucessores. Se não tiver parentes em linha reta (descendentes ou ascendentes), a herança se transfere à viúva (D), independentemente do regime de bens do casamento. Assim, a herança de (A) fica metade com o filho (C) e a outra metade com (D), mulher do herdeiro (B) que faleceu. Neste caso, inclusive, é possível o inventário conjunto (CPC 672).

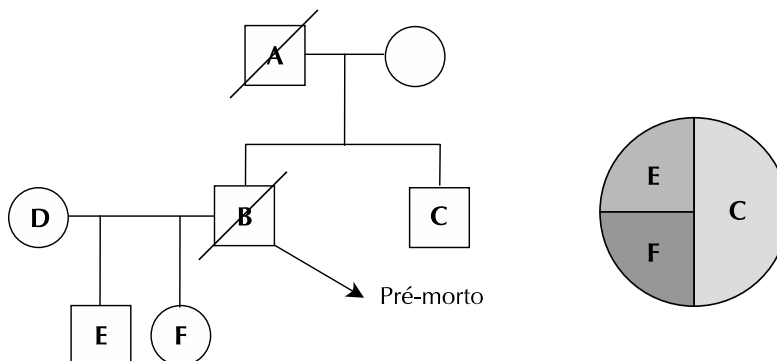
19. Idem, 284.



Ocorrendo **premoriência**, ou seja, se o filho (B) morre antes do seu genitor (A), quando do falecimento de (A) toda a herança passa para o filho (C). O cônjuge (D) do herdeiro pré-morto (B) nada recebe, ainda que fossem casados pelo regime da comunhão universal de bens. Isso porque não há direito de representação entre os cônjuges.



Somente na hipótese de (B) ter filhos (E e F) é que estes recebem a herança do avô (A) por representação do pai. A herança é dividida entre o tio (C) e seus sobrinhos (E e F), filhos de (B). Nesta hipótese, a depender do regime de bens (D), a mulher de (B) tem assegurado o direito de concorrência.



24.3.2. Indignidade e deserdação

Na indignidade e na deserdação a divisão da herança é feita da mesma forma, pois o herdeiro é considerado pré-morto. A herança é transferida aos seus descendentes por **direito de representação**. Seguindo no exemplo: declarado (B) indigno ou vindo ele a ser deserdado, seu quinhão é transferido a seus filhos (E e F). Na hipótese de o excluído (B) não ter descendentes, seu quinhão acresce aos demais herdeiros. A herança passa a seu irmão (C). Como (B) é tido como herdeiro **pré-morto**, sua mulher (D) não herda.

Em face do **efeito retroativo** da sentença, a exclusão ocorre a partir da abertura da sucessão. É como se ele herdeiro não fosse. Assim, se ocorrer a **morte do indigno ou do deserdado** antes da propositura da ação ou enquanto a demanda ainda estiver tramitando, a ação perde o objeto, o que leva à **extinção do processo** (CPC 485 IX). A doutrina é uníssona em reconhecer que são ações personalíssimas em face de seu caráter punitivo. Ou seja, a morte do herdeiro antes da **propositura da ação**, ou antes do **trânsito em julgado da sentença**, apaga as causas da exclusão, não mais se podendo falar em indignidade ou deserdação. A sucessão ocorre como se nada tivesse acontecido. O falecimento do herdeiro enseja a transmissão da herança a seus sucessores. Isso porque é a sentença que exclui o herdeiro declarado indigno ou deserdado. Até a sentença transitar em julgado, o herdeiro permanece com capacidade sucessória e mantém a titularidade do direito hereditário. Não havendo sentença, não há herdeiro indigno ou deserdado.

No entanto, há que se atentar que a morte do herdeiro somente subtrai o interesse para a propositura da ação ou o prosseguimento da ação de indignidade ou deserdação, quando ele **tem descendentes**. Caso não tenha descendentes, mesmo que ele venha a falecer, cabe a busca de sua exclusão. Isso porque a deserdação e a indignidade têm os mesmos efeitos da **premoriência**. Tanto faz se o herdeiro morrer antes ou depois da abertura da sucessão, se foi declarado indigno ou foi deserdado. Em qualquer dessas hipóteses a herança é transmitida a seus filhos. Falecido o filho (B) antes do pai (A), seu quinhão é recebido por seus filhos (E e F) por **direito de representação**. Se (B) for excluído da sucessão por indignidade ou deserdação, o seu quinhão fica para os seus filhos (E e F) também por direito de representação. Igualmente se falece (B) **depois da abertura da sucessão** de seu pai (A), seus filhos (E e F) herdam por **direito próprio**, mas herdam. Assim, não há qualquer interesse em ser declarada a indignidade ou a deserdação do herdeiro que tem descendentes. A transmissão sucessória ocorre da mesma forma.

Existe somente uma diferença. Quando o herdeiro é reconhecido como indigno ou é deserdado e seu quinhão se transmite aos filhos, ele não tem direito ao usufruto ou à administração dos bens (CC 1.816 parágrafo único).

Quando o herdeiro **não tem descendentes** e vem a falecer depois da abertura da sucessão, a herança se transmite ao **cônjuge sobrevivente**. No entanto, se ele vier a ser excluído da sucessão, por indignidade ou deserdação, é considerado herdeiro pré-morto e a herança não se transmite ao seu cônjuge ou companheiro. Seu quinhão retorna à sucessão e é recebido pelos demais herdeiros em face da **eficácia retroativa** da sentença à data da abertura da sucessão. Seguindo no exemplo: se (B) falecer depois da abertura da sucessão de seu pai (A), a herança se transmite a sua mulher (B). Proposta a ação de indignidade ou de deserdação, vindo a ser excluído da sucessão, o seu quinhão é recebido pelos **demais herdeiros**, no caso, o seu irmão (C). Não proposta a ação ou vindo ela a ser extinta, a herança será recebida por (D), mulher de (B).

Desse modo, não dá para singelamente dizer que a morte do herdeiro indigno ou deserdado impede a propositura da ação de exclusão ou leva à extinção da demanda por perda do objeto. Tal fato só ocorre se ele não tem descendentes. É que, em qualquer hipótese, os descendentes herdam: quer pelo falecimento do pai (B), quer tenha ele sido declarado indigno ou foi deserdado. Herdam por direito de representação.

Somente se **inexistirem filhos**, há interesse dos demais herdeiros para propor a ação ou prosseguir na demanda. Irão se beneficiar com a exclusão do herdeiro, ainda que depois de morto. Dispõem de legitimidade para a ação os demais herdeiros de (A): outros filhos ou ascendentes.

LEITURA COMPLEMENTAR

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Transmissão do acervo hereditário. In: HIRO-NAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 27-40.

MADALENO, Rolf. A desconsideração da personalidade jurídica na sucessão legítima do Código Civil de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2007. v. 6, p. 271-285.

NICOLAU, Gustavo Rene. Desconsideração da personalidade jurídica. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (coord.). *Arte jurídica: biblioteca científica de direito civil e processo civil*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 223-239.

25

TRANSMISSIBILIDADE DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES

Sumário: **25.1.** Direitos da personalidade: **25.1.1.** Legitimidade – **25.2.** Obrigações de dar e fazer – **25.3.** Obrigação alimentar – **25.4.** Conta conjunta – **25.5.** Seguro de vida – **25.6.** Previdência privada – **25.7.** Cotas de consórcio – **25.8.** Direito previdenciário – **25.9.** Vida digital – **25.10.** Direitos autorais – **25.11.** Direitos intransmissíveis – **25.12.** Reflexos fora do direito sucessório –
Leitura complementar.

Referências legais: CR 199 § 4.º, 226 § 3.º; CC 2º, 6º, 11, 12, parágrafo único, 20, 85, 247, 248, 249, 560, 792, 793, 794, 948 II, 950, 1.321, 1.410 I, 1.413, 1.416, 1.694, 1.700, 1.790, 1.792, 1.831, 1.926, 1.997, 1.920, 1.926, 1.927, 1.997; CPC 53 II, 110, 75 VII, 536 § 1.º, 784 VI; CP 211 e 212; Lei 6.858/1980; Lei 8.213/1991, 77; Lei 9.610/1998, 38, 39, 41, 43, 44, 45.

Quando do falecimento de alguém, transmitem-se aos herdeiros não só bens e direitos. Dívidas, encargos e obrigações não desaparecem. Por elas responde o acervo sucessório. Porém, há determinados direitos e algumas obrigações que, a depender de sua natureza, se extinguem quando da morte do seu titular.

25.1. DIREITOS DA PERSONALIDADE

Desde o nascimento o ser humano é dotado de **personalidade**, que, mais do que um direito, é um conceito sobre o qual se apoiam todos os demais direitos. É assegurada proteção ao **nascituro** desde a concepção (CC 2.º), mas o início da personalidade coincide com o nascimento. Somente com a morte – real ou presumida – cessa a personalidade da pessoa natural e, em regra, os direitos a ela inerentes.¹

1. Tatiana Antunes Valente Rodrigues, Os direitos da personalidade..., 668.

Os direitos de personalidade situam-se acima do direito consagrado em lei. Deve o Estado, através de normas positivas, apenas reconhecê-los e protegê-los. Mesmo que tal reconhecimento não ocorra, esses direitos continuam existindo em função de seu caráter transcendente da natureza humana.² Como um conjunto de atributos inerentes à condição humana, eles são inatos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis contra todos.

A morte marca o fim da existência da pessoa natural (CC 6.º), extinguindo-se a personalidade jurídica. De um modo geral, direitos e obrigações do falecido se transmitem aos seus herdeiros. Mas alguns direitos não. Entre eles os direitos de personalidade, também chamados **personalíssimos** (CC 11). São imanentes à pessoa humana e dela são indissociáveis. Por isso, intransmissíveis. A inseparabilidade dos direitos de personalidade da pessoa do seu titular decorre mesmo de leis naturais.³

Não há como desvincular os direitos da personalidade da proteção à **dignidade humana**, valor que foi edificado ao longo da evolução da história da humanidade.⁴ Na Constituição da República se encontra consagrada a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (CR 1.º III). Trata-se de **cláusula geral de tutela** da personalidade humana. A própria Constituição se encarrega de enumerar alguns dos direitos de personalidade no rol dos direitos fundamentais: à vida, à liberdade, à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, o direito moral de autor, ao sigilo, à identidade pessoal e à integridade física e psíquica. Mas os direitos de personalidade não se limitam a este rol. A enumeração é apenas **enunciativa**, não esgotando as situações de tutela jurídica à personalidade.⁵ A tutela legal da dignidade alcança também a **pessoa jurídica**⁶ e entes não personificados, como o espólio e a herança jacente.

Em face da natureza não patrimonial e essencial à realização da pessoa é que a lei considera os direitos de personalidade **intransmissíveis e irre-nunciáveis**. A lesão dos direitos de personalidade faz surgir a necessidade de reparação a título de **danos morais**, não sendo necessária a prova do

2. Pablo Stolze Galgiano e Rodolfo Pamplona Filho, Novo curso de Direito Civil, v. 1, 140.
3. Arruda Alvim e Thereza Alvim, Comentários ao Código Civil brasileiro, v. 1, 23.
4. Luiz Edson Fachin, Direitos da personalidade no Código Civil..., 630.
5. Paulo Lôbo, Danos morais e direitos da personalidade.
6. STJ – Súmula 227: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

prejuízo, bastando a existência de nexo de causalidade.⁷ A Constituição expressamente faz referência ao direito à indenização por dano material ou moral com relação a alguns direitos (CR 5.º X). Várias outras passagens cuidam da tutela específica de tais direitos, havendo sempre relação aos **danos morais** de forma explícita ou implícita.

25.1.1. Legitimidade

O homem se perpetua através dos seus herdeiros, que são sucessores e representantes dos seus direitos e obrigações.⁸ Em juízo, o **espólio** é representado pelo **inventariante** (CPC 75 VII).

Os direito de personalidade persistem tutelados mesmo depois da morte do seu titular.⁹ A busca de reparação por afronta de direito personalíssimo do falecido é garantida aos herdeiros, não ao espólio. Não só aos herdeiros necessários é assegurado o direito de agir. Para a propositura de ação indenizatória em razão de morte são legitimados de forma concorrente: o cônjuge ou o companheiro, os descendentes, ascendentes ou qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau (CC 12 parágrafo único). É o que se chama de dano ricochete. A ofensa ao *de cujus* pode causar reflexos na esfera da vida de uma gama de pessoas eventualmente envolvidas ou ligadas àquela vítima, as quais podem postular reparação em nome próprio.¹⁰

7. Paulo Lôbo, Danos morais e direitos da personalidade.

8. Itabaiana de Oliveira, Tratado de Direito das Sucessões, v. 3, 775.

9. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, Direito Civil, 221.

10. [...] Dano moral configurado. Provimento do recurso. [...] Segundo o art. 12 do Código Civil, preceitua que os sucessores da vítima podem ajuizar ação em causa própria em nome do falecido, portanto, são legitimados a pleitear indenização por dano moral em nome próprio e, também em concordância com o art. 20 do Código de Civil, entende-se que a parte autora possui legitimidade para propor a ação em nome de sua falecida genitora, visando reclamar perdas e danos por ofensa a direito da personalidade de morto, pleiteando por danos morais, cancelamento do débito e o cancelamento da negativação. Ademais, não se trata de legitimidade extraordinária, haja vista que a autora pleiteia em nome próprio indenização por danos morais alegadamente suportados em razão de negativação indevida perpetrada em nome de sua falecida mãe. [...] A parte autora comprovou que informou o óbito de sua genitora, uma vez que sequer impugnou o número de protocolo informado na inicial, diligenciando para evitar a mácula em nome de sua mãe. A empresa ré, por sua vez, ficou inerte em buscar comprovar qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito autoral, limitando-se a afirmar, contraditoriamente, a legitimidade da cobrança e a inexistência de débito. O dano moral é direito personalíssimo,

Em se tratando de ação indenizatória decorrente da morte, o **prazo prescricional** para a propositura da ação tem início quando da abertura da sucessão, e não da data em que ocorreu o fato que deu causa ao falecimento.¹¹

Ainda que intransmissíveis em essência, os **efeitos patrimoniais** dos direitos de personalidade são **transmissíveis**. O exemplo é de Luiz Edson Fachin: a autoria da obra literária é intransmissível, mas o recebimento de valores pela sua comercialização pode ser negociado e, portanto, é transmissível por herança.¹²

O **direito à integridade física** compreende o direito ao corpo, como projeção física da individualidade humana. Ainda que o corpo seja inalienável, é possível dele dispor, em vida ou para depois da morte. Admite a lei a **disposição gratuita** do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, com objetivo científico ou altruístico (CC 14). A Constituição admite a **remoção de órgãos**, tecidos e substâncias humanas para fins de

inserido na esfera individual de cada titular. Todavia, é possível que a ofensa ao *de cuius* cause reflexos na esfera da vida de uma gama de pessoas eventualmente envolvidas ou ligadas àquela vítima, as quais podem postular reparação em nome próprio. Dano Ricochete, estabelecido no citado parágrafo único, do art. 12 do Código Civil. O nome da pessoa não desaparece com a morte de seu titular, e nada mais justo que se reconheça aos seus herdeiros o direito de fazer respeitar a memória do ente falecido, defendendo seu interesse moral. É presumida a configuração do dano moral em casos de inscrição indevida, por inegável abalo ao nome, direito da personalidade. Com relação à negatificação por empresa diversa, não mencionada nos autos, mas constante do documento de fls. 25, verifico que esta foi realizada por débito gerado após a data do óbito. Portanto, além de posterior, não há como presumir sua legitimidade. Desta forma, entendo que o pleito indenizatório da parte autora merece acolhimento. Isso posto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para reformar a sentença e julgar parcialmente procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais, corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora desde o julgamento até o efetivo pagamento. (TJRJ, RI 00435929320178190002, 4ª T. Rec., Rel. Keyla Blank de Cnop, j. 27/03/2018).

11. [...] Indenização. Seguro Obrigatório. Vítima Fatal. Início da Contagem do Prazo Prescricional. Morte do Segurado. [...] Nos termos do art. 206, § 3º, IX, do CC, prescreve em três anos a pretensão para o beneficiário haver a indenização no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório. Em se tratando de acidente com vítima fatal, o início do prazo prescricional dá-se com o falecimento. O nexo de causalidade é evidenciado pelos documentos médicos e pela certidão de óbito que dizem do acidente e da causa mortis. O termo inicial para incidência da correção monetária é a da data do sinistro. [...] (TJMG, AC 10702130547137001/MG, Rel. Tiago Pinto, j. 13/12/2018, p. 25/01/2019).
12. Luiz Edson Fachin, Direitos da personalidade no Código Civil..., 639.

transplante (CR 199 § 4.º). É deferida legitimidade para autorizar a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica ao cônjuge ou parente maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive (L 9.434/97 4.º). Claro que neste rol está inserido o companheiro. A ordem é **excludente** e não obedece à vocação hereditária. Ou seja, havendo a concordância do cônjuge, não é necessário obter a manifestação de vontade dos filhos. Se a decisão cabe aos descendentes, basta a autorização de um deles. A discordância dos demais não impede a retirada dos órgãos. Como se trata de legitimidade concorrente, prevalece o interesse maior a favor da vida.

Apesar de a personalidade humana terminar com a morte, a proteção da dignidade humana impõe a preservação dos **restos mortais**. A destruição, subtração, ocultação de cadáver e vilipêndio a cadáver são crimes (CP 211 e 212), além de gerar obrigação indenizatória por danos morais. Somente é permitida, com autorização judicial, para fins probatórios, quando é indispensável o exame necroscópico (CPP 162).

O mesmo transbordamento de legitimidade ocorre quando a violação é ao **direito de imagem** e afronta ao **direito do autor** (CC 20). O número de legitimados é menor: cônjuge, ascendentes e descendentes. A legitimação é contrária à ordem da vocação hereditária. Conferida legitimidade ao cônjuge, o companheiro da união estável desfruta da mesma condição legitimante.

25.2. OBRIGAÇÕES DE DAR E FAZER

Direitos e obrigações não se extinguem com a morte nem do credor nem do devedor. O falecimento do credor não faz desaparecer seu crédito, que se transmite aos sucessores. Igualmente a morte do devedor não leva à extinção dos seus débitos. As obrigações do *de cujus* passam imediatamente aos herdeiros, limitadas à estrutura econômica da herança, em face do **benefício de inventário**. Também as ações do falecido se transmitem aos seus herdeiros, que assumem a titularidade. A transferência ocorre tanto nas ações em que o falecido era autor como nas que era réu. Opera-se a substituição pelo espólio ou pelos sucessores (CPC 110). Quem representa o espólio é o inventariante (CPC 75 VII).

Obrigação é basicamente um **vínculo jurídico** entre duas pessoas tendo por objeto uma conduta do devedor.¹³ Na relação obrigacional existem

13. Mário Delgado, Da intransmissibilidade *causa mortis* das obrigações de prestação de fato, 105.

dois objetos: um é a conduta exigível do devedor e o outro a coisa ou o fato que o credor tem direito de exigir do devedor. Modernamente fala-se em prestação de coisa e prestação de fato: a entrega ou devolução de coisas (obrigação de dar) ou meras ações ou omissões do devedor (obrigação de fazer e de não fazer).

A **prestação de dar** é prestação de objeto, supõe que o bem já exista. Assim é considerada a obrigação de transferir a posse ou o domínio de bem já existente. A **prestação de fazer** recai sobre atividades determinadas. Tudo que não se comporta na expressão dar compreende obrigação de fazer, que tem por objeto a realização de um ato ou prestação de um fato. Em regra, a obrigação de fazer deve ser cumprida pelo devedor, podendo ser cumprida por terceiro sob sua responsabilidade.

Há algumas situações em que não é fácil estabelecer a distinção entre entregar uma coisa e realizar um fato. Isso porque o ato de dar é um fato. Assim, quando alguém se obriga a dar algo está se obrigando também a fazer.¹⁴ A verdade é que, no fundo, toda obrigação é uma prestação de fazer. Mesmo a atividade de dar ou entregar pressupõe um agir. A distinção se estabelece pelo elemento espiritual, ou seja, se a **essência da obrigação** está na **atividade** a ser realizada ou na **coisa** a ser entregue. O exemplo do bolo trazido por Mário Delgado permite visualizar a diferença: encomendado um bolo de casamento a uma famosa confeitadeira, ainda que ela tenha de entregá-lo, a obrigação é de fazer. Já adquirir um bolo em uma padaria, a ser entregue no dia seguinte, é obrigação de dar, apesar de haver a necessidade de o bolo ser confeccionado.¹⁵

O devedor pode ser forçado a cumprir obrigação de entregar ou restituir coisas. Na obrigação de fazer, não. Se o devedor não cumpre a prestação a que se obrigou, não há como compeli-lo fisicamente a executar, ele mesmo, o que fora avençado. Nesse caso, tanto pode ser executada por outro, à custa do devedor, como pode a obrigação resolver-se em **perdas e danos** (CC 247). Também há a possibilidade de ser imposta multa periódica, a chamada **astreinte** (CPC 536 § 1.º), como forma de pressionar o devedor a cumprir o que se obrigou a fazer.

Tema que suscita questionamentos diz com a transmissibilidade do encargo obrigacional, principalmente com relação às **obrigações de fazer**: extingue-se sem que possa o credor reclamar perdas e danos ou a obrigação se transmite aos herdeiros? Somente as obrigações de dar podem ser

14. Idem, 97.

15. Idem, 106.

transmitidas por sucessão testamentária.¹⁶ Persistem mesmo após a **morte do devedor**, podendo o adimplemento ser exigido dos sucessores. Já o mesmo não ocorre com referência às obrigações de fazer. A morte constitui evento de **força maior**, e o principal efeito é a extinção da obrigação. A obrigação de prestação de fato, principalmente em se tratando de atuar físico ou intelectual do devedor, é sempre *intuitu personae*, não se operando a transmissão *causa mortis*.¹⁷

O tema tem outras peculiaridades. O conceito de fungibilidade dos bens móveis (CC 85) foi contrabandeado para as obrigações de fazer. **Fungível** quer dizer substituível, ou seja, há a possibilidade de a obrigação ser substituída por outra. A rigor, não é a obrigação que é fungível ou não, mas o objeto da obrigação. Nas obrigações **infungíveis** o negócio se estabelece *intuitu personae*.¹⁸ A prestação é condicionada às qualidades pessoais do devedor. A infungibilidade não é só natural, pode ser também convencional. Neste caso, desimporta a natureza da obrigação, não pode ser cumprida por outrem. Voltando ao bolo, é o renome da confeitaria que torna a obrigação infungível. Não pode ser confeccionado por outrem. Já o bolo da padaria pode ser feito por qualquer um.

Essas distinções são indispensáveis quando ocorre o inadimplemento. Sendo **infungível** a obrigação, o credor pode postular apenas **perdas e danos**, além da devolução do que pagou. Sendo obrigação **fungível**, tem a possibilidade de pleitear perdas e danos ou exigir a execução por terceiro à custa do devedor (CC 248 e 249). Às vezes é difícil estabelecer uma linha divisória para identificar se a obrigação é fungível ou não. Para isso é necessário identificar a natureza do liame obrigacional que se estabeleceu entre as partes. Ainda que fungível a obrigação, como a confecção de um bolo, por exemplo, a escolha da confeitaria pode estar condicionada à confiança, sua qualificação profissional e aptidão técnica. Falecida a doceira antes do casamento, não estão os noivos obrigados a aceitar que o bolo seja confeccionado por outra pessoa. Nem os herdeiros podem ser compelidos a honrar o contrato e contratar outra doceira. Têm eles apenas o dever de restituir o que já havia sido pago. Como a inexecução não decorreu de culpa do devedor, a obrigação resolve-se, retornando tudo ao *statu quo*, sem que o credor tenha direito a qualquer reparação.

16. Orlando Gomes, Obrigações, 52.

17. Mário Delgado, Da intransmissibilidade *causa mortis* das obrigações de prestação de fato, 111.

18. Em tradução livre: em razão da pessoa.

A **obrigação de fazer**, ainda que fungível, não obriga os herdeiros do devedor, que só têm o dever de devolver os valores recebidos sem qualquer obrigação indenizatória. Somente na hipótese de o inadimplemento ter ocorrido por **culpa** do devedor, em data anterior à abertura da sucessão, é que a dívida de prestação inadimplida se transfere aos sucessores (CC 1.997). A obrigação resolve-se em perdas e danos, que é obrigação de dar, sendo o pagamento encargo dos herdeiros.

Quando a obrigação é de **prestar declaração de vontade**, a manifestação do devedor pode ser substituída judicialmente. Porém, se a obrigação for **personalíssima**, não há como o Estado substituir-se ao devedor, mesmo que ele tenha morrido. Aqui mais uma vez cabe atentar à preponderância da obrigação, se de fazer ou de dar. Por exemplo, como o dever de firmar escritura é mais obrigação de transferir o bem, há a possibilidade de tal manifestação ser suprida judicialmente ou cumprida pelos herdeiros.

A jurisprudência passou a reconhecer a **promessa de doação** como obrigação de manifestar a vontade, que pode ser cumprida judicialmente. Assim, se o titular da herança havia firmado promessa de doação, vindo a morrer antes do adimplemento, possível o credor buscar a execução pelos herdeiros ou via suprimimento judicial.

25.3. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

A transmissibilidade da obrigação alimentar (CC 1.700) não contraria o caráter personalíssimo, quer do direito de receber alimentos, quer do encargo de pagar alimentos.¹⁹ A “obrigação” continua pessoal e personalíssima, mas não o “dever” de prestar os alimentos, que não se extingue com a morte do prestador. Em se tratando de obrigação que garante a vida, a sucessão alcança o próprio “dever” de alimentos e não só o “débito” alimentar porventura existente quando da abertura da sucessão. O alcance dessa determinação vai além da regra geral de que a herança responde pelas “dívidas” do falecido (CC 1.997). Apesar de a lei falar em transmissão aos herdeiros, a obrigação ocorre relativamente ao **espólio**.²⁰ De qualquer modo, não é a obrigação que se transfere aos herdeiros, mas o **dever de cumprimento** da obrigação, segundo as forças da herança. Ocorre uma **sub-rogação** no dever de cumprir a prestação alimentícia.²¹

19. Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, 505.

20. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 378.

21. Walsir Edson Rodrigues Júnior, Alimentos e a transmissibilidade da obrigação de prestá-los, 62.

As críticas – inúmeras e contundentes – ao dispositivo legal que consagra obrigação alimentar além da morte não se sustentam, até porque há a possibilidade de ser instituído legado de alimentos (CC 1.920), de renda vitalícia e de pensão periódica (CC 1.926), com indicação de quantidades de prestações (CC 1.927). Em todas essas hipóteses há a imposição aos herdeiros de pagarem tais encargos, ainda que tal esgote as forças da herança e mesmo que o credor não necessite de alimentos. Em nenhuma delas é necessário existir a obrigação alimentar do falecido e não cabe sequer alegar a desnecessidade do legatário. Como questiona Walsir Rodrigues: como reconhecer esse tipo de legado e não admitir a transmissão de prestar alimentos que decorre da necessidade de quem os recebe em razão de um vínculo familiar?²²

O dispositivo que assegura o direito de alimentos (CC 1.700) mesmo falecido o obrigado faz remissão ao art. 1.694 do CC, que concede o benefício de modo compatível com a condição social e as necessidades de educação. Claro que tal não significa que o direito só subsiste se houver entre os herdeiros e o alimentando vínculo de parentesco que gere o direito aos alimentos. Essa restrição, ainda que aplaudida por Euclides de Oliveira,²³ não está na lei. É descabido emprestar interpretação restritiva para excluir direito. Ao depois, é necessário atentar que é à herança que se transmite o dever de alimentos do *de cuius*, e não aos seus herdeiros. Luiz Felipe Brasil Santos diz ser equivocada a remissão ao art. 1.694, que deveria ser feita ao art. 1.997.²⁴

Apesar dos termos claros da lei, a transmissibilidade do encargo alimentar decorrente do **casamento ou da união estável** não é respeitada pela jurisprudência, sob o fundamento de o sobrevivente fazer jus ao **direito real de habitação**. Com relação ao dever alimentar **entre os parentes consanguíneos**, a resistência sempre foi – e ainda é – grande, sob a alegação de que a transmissão do encargo gera **desequilíbrio** na divisão da herança. Por exemplo, falecido o alimentante, ao se transmitir aos filhos maiores a obrigação alimentar em relação ao irmão menor, este perceberia herança em valor superior aos demais, em flagrante quebra do princípio da divisão igualitária dos quinhões. Daí sustentar a doutrina o cabimento da imposição do encargo alimentar, até ser ultimada a partilha, mediante a devida

22. Ibidem, 67.

23. Euclides de Oliveira, Alimentos, 283.

24. Luiz Felipe Brasil Santos, Novos aspectos da obrigação alimentar, 221.

compensação, para que o alimentado-herdeiro não receba duplamente.²⁵ No entanto, como os alimentos são **irrepetíveis**, as parcelas recebidas a título de alimentos não podem ser compensadas com o quinhão hereditário. Ao depois, nem sempre o credor dos alimentos é herdeiro do autor da herança. Ainda assim, com a partilha cessa o seu direito de perceber a pensão alimentícia que lhe era devida.²⁶

O **encargo alimentar** do alimentante pode ser exigido dos sucessores do alimentante. Para isso não é necessário que os alimentos tenham sido impostos **judicialmente** antes do falecimento do devedor. A ação de alimentos pode ser proposta depois da sua morte. Como lembra Euclides de Oliveira, talvez o obrigado estivesse cumprindo a prestação alimentar por vontade própria. Sobrevindo sua morte, a obrigação grava seu patrimônio, sendo transferida aos herdeiros. Não é a obrigação alimentar, mas a obrigação de adimplir a obrigação que onera a herança. **Devedor** não é apenas quem se acha obrigado por **débitos vencidos**, mas também a pessoa legalmente obrigada à prestação, mesmo que esteja em dia com os pagamentos ou não lhe tenha sido cobrada a prestação.²⁷ Constituída a obrigação alimentar enquanto vivo o alimentante, como a responsabilidade pelo pagamento se transmite ao espólio, é descabido – por desnecessário – o ingresso de nova ação de alimentos contra os sucessores.

O herdeiro que tem direito a alimentos e não está na posse do acervo hereditário pode promover **ação de alimentos** contra o espólio. O exemplo é recorrente. Falecido o genitor, a herança resta na posse de seus descendentes. O filho reconhecido via **investigatória de paternidade**, fica completamente excluído, nada usufruindo da herança do pai. Claro que os herdeiros que estão com os bens não têm qualquer pressa em ultimar o inventário. Conclusão: durante anos um dos herdeiros fica excluído da sucessão. Este é um dos exemplos que autoriza o pedido de alimentos. A ação pode ser proposta no foro do domicílio do credor (CPC 53 II), não se sujeitando ao juízo universal do inventário.

Ainda assim a orientação consolidada na doutrina é admitir a transmissão exclusivamente da **dívida alimentar**, isto é, das prestações vencidas e não pagas até o falecimento do alimentante, data em que se extingue o dever de pagar alimentos. Prevalece o entendimento de que a obrigação alimentar é de natureza personalíssima, extingue-se com o óbito do alimen-

25. Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de Direito de Família, 151.

26. Antonio Borges de Figueiredo, Alimentos: a obrigação de prestá-los do espólio, 79.

27. Euclides de Oliveira, Alimentos, 289.

tante, respondendo o espólio somente por eventuais dívidas não quitadas.²⁸ Neste sentido enunciado das Jornadas da Justiça Federal.²⁹

A transmissibilidade da obrigação alimentar não faz qualquer referência aos seus limites. Nem precisa. A ausência de ressalva não permite que a obrigação transborde para além do acervo sucessório. O **benefício de inventário** restringe os encargos do falecido aos seus bens (CC 1.792 e 1.997). Assim, os herdeiros não respondem por encargos superiores às forças da herança. A obrigação alimentar pode ser considerada “encargo”, e o é.³⁰ Não havendo herança ou sendo insuficiente o acervo hereditário para suportar o pagamento, não há como responsabilizar pessoalmente os herdeiros pela manutenção do encargo. Como diz Sílvio Venosa, os herdeiros jamais devem concorrer com seus próprios bens para alimentar o credor do morto.³¹

A partir da divisão dos bens, não mais cabe falar em **sucessores**, os quais não respondem com seu patrimônio particular pelo pagamento de obrigação alimentar do alimentante falecido. No entanto, podem ser acionados para responder pelos encargos no limite do quinhão recebido. Sustenta Sérgio Gischkow Pereira que, depois da partilha, a ação deve ser proposta contra os herdeiros, que precisam contribuir para a formação de capital produtor da pensão alimentar, na proporção das quotas hereditárias recebidas e sempre dentro de seus limites.³²

Como, em regra, o **credor** dos alimentos é herdeiro, ao receber seu quinhão hereditário passa a ter condições de prover à própria subsistência.

28. Espólio. Acordo em ação de alimentos. Homologação judicial – [...] prestação de alimentos como antecipação da legítima. Legalidade. Recurso não provido. [...] em virtude do caráter personalíssimo da prestação alimentícia, não há que se falar em transmissibilidade da mencionada obrigação ao espólio. Precedentes do STJ. 3. A transmissibilidade a que se refere o artigo 1.700 do Código Civil abrange tão somente as verbas alimentares pendentes, não incluindo as “pro futuro”, sob pena de desfaltar o quinhão dos herdeiros que não possuem a obrigação alimentar para com o Alimentado. 4. Reconhecida, assim, a validade da cláusula que dispõe acerca da conversão gradual da antecipação da legítima em alimentos, obedecendo os limites do respectivo quinhão. Exegese do Enunciado nº 343 das Jornadas de Direito Civil. 5. Recurso não provido. (TJ-PE – APL: 4903904/PE, 1ª Câmara Regional de Caruaru, 1.ª T, Rel. Humberto Costa Vasconcelos Júnior, j. 13/02/2019, p. 21/02/2019).
29. JCJF – Enunciado 343: A transmissibilidade da obrigação alimentar é limitada às forças da herança.
30. Silmara Juny Chinelato, Comentários ao Código Civil, v. 18, 482.
31. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 392.
32. Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de Direito de Família, 151.

Se para isso não for suficiente a herança percebida, surge o direito de pleitear alimentos frente aos **parentes**. Mas esta é obrigação de outra origem, tendo por fundamento a solidariedade familiar.

Ainda que feita expressa remissão à obrigação alimentar no âmbito das relações familiares, também os alimentos que têm origem na prática de **atos ilícitos** (CC 948 II e 950) são transmissíveis, em face de seu caráter indenizatório.

É assegurada **pensão previdenciária** a quem fazia jus a alimentos. Havendo mais de um beneficiado, de forma para lá de injustificável, a pensão é dividida em partes iguais entre o cônjuge ou companheiro sobrevivente e o ex-cônjuge ou ex-companheiro. Assim, se eventualmente os alimentos eram de 10% dos rendimentos, com a morte do alimentante o percentual sobe para 50% do benefício previdenciário (L 8.213/91, 77). O direito ao benefício é assegurado, independentemente da época da morte do segurado.³³

25.4. CONTA CONJUNTA

As contas-correntes com a indicação de duas ou mais pessoas como titulares – e que se identifica pela expressão “e/ou” – ensejam questionamentos sobre sua titularidade. Existe um crédito com dois titulares, possibilidade admitida no sistema bancário, mas que não mereceu ainda a devida normatização legal. Cada um dos correntistas, isoladamente, exercita a totalidade dos direitos, obrigando-se a instituição bancária a receber depósitos e efetuar pagamentos determinados por ordem de qualquer deles. Há, portanto, cotitularidade ou comunhão do dinheiro.³⁴ Cabe, assim, serem aplicadas as regras do **condomínio**, que remetem à partilha da herança (CC 1.321).

Quando da dissolução da entidade familiar pelo divórcio, fim da união estável ou morte, já se encontra pacificado, em sede jurisprudencial, que o **saldo da conta conjunta** existente à data do fim da vida em comum pertence a ambos, o que impõe sua divisão igualitária, independentemente de

33. TFR – Súmula 122: A companheira, atendidos os requisitos legais, faz jus à pensão do segurado falecido, quer em concorrência com os filhos do casal, quer em sucessão a estes, não constituindo obstáculo a ocorrência do óbito antes da vigência do Dec. lei 66, de 1966.

34. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 37.

quem procedeu aos depósitos de numerário. A cotitularidade gera estado de condomínio, pertencendo a metade do saldo a cada correntista.

No âmbito do direito sucessório, o fato de se tratar de caderneta de poupança conjunta com algum herdeiro, a presunção da igualdade de aporte de numerário é relativa, que pode ser afastada. Há, inclusive, eventual interesse de ordem tributária.³⁵

Arnaldo Rizzardo afirma que nasce uma figura um pouco diferente do condomínio e da comunhão, e que os titulares se tornam proprietários das contas, havendo uma doação feita pelo depositário ao cotitular. Assim, não assistiria ao herdeiro do correntista falecido o direito de sucedê-lo na cotitularidade da conta. Sob esta ótica, afirma ser inadmissível o arrolamento do saldo existente. E conclui: como cada um dos titulares tem plena disponibilidade do exercício do direito da relação contratual, tal não obriga o correntista remanescente a **prestar contas** aos herdeiros do correntista pré-morto.³⁶

35. Agravo de instrumento. Inventário. Primeiras declarações. Recurso do inventariante. Numerário expressivo depositado em conta poupança conjunta, titularizada pelo ora agravante (filho da falecida), a autora da herança e seu companheiro sobrevivente. Agravante que apresentou emenda às primeiras declarações, excluindo a terça parte do valor depositado na conta poupança. Alegação de presunção de constituição igualitária do valor depositado. Presunção relativa que deve ser submetida à prova da origem dos recursos, a fim de resguardar não apenas o interesse do meeiro e demais herdeiros, mas também o do fisco. Inventariante recorrente que não se conforma com a decisão que determinou o depósito integral do valor informado nas primeiras declarações referente a conta poupança da qual eram titulares a falecida, mãe do agravante, o companheiro sobrevivente dela e ainda o próprio. Recorrente que alega ter direito a um terço do valor depositado, tendo em vista a presunção de composição igualitária do numerário. Presunção relativa, que pode ser afastada mediante a apresentação de outras provas, nos feitos em que sua respectiva produção seja pertinente. Na hipótese vertente, a prova da origem da constituição do numerário não é apenas pertinente; é impositiva. Interesse público que subjaz ao procedimento de inventário, no qual a configuração de transmissão causa mortis constitui fato gerador de tributo. Some-se a isso a existência de outro interesse indisponível nos autos, qual seja, o do ex-companheiro sobrevivente da inventariada, interditado e, portanto, incapaz. Em verdade a conta conjunta solidária tão somente estabelece o crédito solidário entre os cotitulares e a instituição financeira. A presunção absoluta de constituição igualitária do saldo, como pretende o agravante, permitiria facilmente a simulação de doação e/ou transmissão causa mortis, com vistas a burlar o Fisco. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (TJ-RJ – AI: 00324275520178190000/RJ, 21.^a Câ. Cív., Rel. Andre Emilio Ribeiro Von Melentovytych, j. 27/02/2018, p. 22/03/2018).

36. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 38.

De qualquer modo, se o crédito pertence a ambos os titulares, os valores ou os débitos existentes quando da abertura da sucessão necessitam ser partilhados entre os correntistas, integrando o acervo sucessório do falecido a **metade do saldo**, quer positivo, quer negativo. A parte correspondente ao crédito do correntista sobrevivente não depende de inventário e não é necessária expedição de alvará, quer o inventário seja judicial ou extrajudicial.

25.5. SEGURO DE VIDA

Como o pagamento do seguro de vida é levado a efeito depois da morte do segurado, há quem acredite que se trata de direito hereditário. No entanto, por expressa disposição legal, herança e seguro de vida não se confundem (CC 794).

Enquanto a herança é transmitida aos herdeiros do falecido, o seguro de vida está fora do âmbito do direito sucessório, ainda que sua exigibilidade esteja condicionada à morte de quem o instituiu. Trata-se de um **contrato** feito entre uma pessoa – chamado segurado – e uma empresa seguradora. Mediante o pagamento dos valores estipulados, a seguradora assume o compromisso de proceder ao pagamento de determinada quantia a quem o segurado indicar como beneficiário. Chama-se de **prêmio** o pagamento feito pelo segurado, que pode ser levado a efeito de forma parcelada. Já o valor pago pela seguradora ao favorecido recebe o nome de **indenização**. Este valor não responde pelas dívidas do falecido e não precisa sequer ser arrolado no inventário.

O seguro deve ser pago a quem constar na apólice como beneficiário. Mesmo que eles sejam herdeiros do segurado, ainda assim o valor recebido não se transforma em herança. É direito próprio dos beneficiários pleitear a indenização securitária, não possuindo o inventariante legitimidade para a cobrança, pois o valor não integra o espólio.³⁷ E, já que de herança não se trata, não se sujeita ao pagamento de **imposto de transmissão**.

37. Ação de cobrança. Contrato de seguro. Ilegitimidade passiva. Detém legitimidade para figurar no polo ativo da ação de cobrança de seguro de segurado falecido, o espólio, no caso de existência de inventário, ou dos herdeiros, tratando-se de inventário findo. (TJ-MG – AC: 10220170011708001/MG, Rel. Alberto Henrique, j. 06/12/2018, p. 14/12/2018).

Não indicado beneficiário e existindo herdeiros legítimos, mas tendo sido instituído **herdeiro testamentário universal**, é ele que faz jus ao seguro.³⁸

Indicado o cônjuge ou o companheiro como favorecidos, o fim da conjugalidade não exclui o direito ao seguro.

Quando o titular falece, sem ter indicado na apólice um beneficiário, há uma discrepância para lá de inconstitucional. A lei elege o **cônjuge não separado judicialmente** como favorecido. Concede-lhe metade do valor do seguro. O restante, aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem de vocação hereditária (CC 792).

A concessão do benefício ao **companheiro sobrevivente** (CC 793) está sujeita a dupla limitação: que o contrato seja firmado depois de o tomador estar separado de fato e que o companheiro conste como seu beneficiário. Ou seja, só é contemplado se foi expressamente indicado em seguro instituído depois do fim do casamento do segurado.

Não atendidas estas duas exigências, a indenização é paga ao ex-cônjuge, que recebe o capital segurado simplesmente por não ter sido formalizada a dissolução do casamento. Ora, há muito está pacificado que a separação de fato sela o término do casamento, não sobrevivendo quaisquer direitos ou deveres entre ex-cônjuges.³⁹ De outro lado, a expressão “não separado judicialmente” não dispõe de qualquer significado, eis que o instituto da separação judicial foi excluído do panorama jurídico.⁴⁰ Logo, depois da separação de fato, não há como conceder direito algum nem a ex-cônjuge e nem a ex-companheiro.

O STJ, buscando uma solução salomônica – mas distanciada do que diz a lei – atribuiu um quarto do capital segurado à ex-mulher e um quarto à companheira, sendo o restante pago aos herdeiros.⁴¹

38. Seguro vida. Não indicação dos beneficiários na apólice. Segurado não deixa herdeiros necessários. Sucessão testamentária. Uma vez que não houve indicação expressa na apólice dos beneficiários e não tendo deixado herdeiros necessários, a indenização securitária deve ser paga ao legatário universal, na condição de herdeiro do segurado, na medida em que a referida indenização não constitui herança do segurado. (TJMG, AC 10720140064307001/MG, rel. Marco Aurelio Ferenzini, j. 03/11/0018, p. 12/11/2018).

39. IBDFAM – Enunciado 02: A separação de fato põe fim ao regime de bens e importa extinção dos deveres entre cônjuges e entre companheiros.

40. A Emenda Constitucional 66/2010 deu nova redação ao § 6.º do art. 226 da CR.

41. STJ, REsp 1.401.538/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão monocrática de 14/08/2015.

É imperioso reconhecer que existe uma **lacuna na lei** no que diz com o companheiro sobrevivente, quando não há indicação do beneficiário. No entanto, o reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar (CR 226 § 3.º) é o que basta para impedir que a omissão legal sirva para conceder privilégio a quem nem mais estava casado com o segurado.

Agora, não mais subsiste qualquer resquício de dúvida sobre a equiparação entre casamento e união estável. Foi espancada pelo Supremo Tribunal Federal, que, em sede de repercussão geral, proclamou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil.⁴² Mas a decisão foi além. Consta da própria ementa: *não é legítimo desequiparar cônjuges e companheiros; a hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. E conclui o Min. Luís Roberto Barroso: discriminar os companheiros, dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos aos cônjuges, entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.*⁴³

Às claras que a decisão da Corte Suprema não se limita à **concorrência sucessória**. Vai além. Enlaça todas as hipóteses em que se verifica eventual discriminação entre cônjuges e companheiros. O seguro de vida está fora do âmbito do direito sucessório. Sua eficácia é que se sujeita à condição suspensiva – o evento morte. Ainda assim, o companheiro não pode ser reconhecido como beneficiário somente quando indicado como tal ao tempo da contratação do seguro.

Quer pelo fim do instituto da separação, quer pelo fato de a separação de fato romper o casamento, não pode subsistir a desequiparação consagrada nos artigos 792 e 793 do Código Civil. Está maculada de **inconstitucionalidade**. Quem convivia com o instituidor à data de sua morte – cônjuge ou companheiro – é que pode beneficiar-se do seguro. Independe de quando o contrato foi firmado, se antes ou depois da separação do segurado. Não é possível consagrar enriquecimento sem causa. De todo descabido deferir o seguro a quem não mais convive com o segurado, deixando de beneficiar a pessoa que com ele mantinha uma entidade familiar.⁴⁴

42. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

43. STF, RE 646.721/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Luis Roberto Barroso, j. 10/05/2017.

44. Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, 241.

Voltaire Marensi vai além. Sugere que o seguro seja pago, em sua integralidade, a quem vivia com o segurado, mantendo-se o parágrafo único do art. 792 do CC, única hipótese em que os herdeiros seriam contemplados com a metade do capital segurado.⁴⁵

A consagração constitucional do princípio da afetividade, como elemento constitutivo dos elos de convivência, faz com que, na falta de indicação de beneficiário na apólice, seja contemplado com a indenização securitária quem dividiu a vida com outro alguém até sua morte.

O contrato de seguro é **título executivo extrajudicial** (CPC 784 VI), dispondo o **espólio** de **legitimidade** para a cobrança em face de sua natureza patrimonial.⁴⁶

25.6. PREVIDÊNCIA PRIVADA

Quer para evitar conflitos entre os herdeiros, quando da partilha, quer pela onerosidade excessiva dos tributos que incidem sobre a transferência de bens em decorrência da morte de seu titular, passou a aderir a fundos de investimento.

Dentro desta possibilidade, a adesão ao planos de previdência privada está virando moda, principalmente em face da falência do sistema previdenciário governamental, operacionalizado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS.

São nada mais do que uma forma de **capitalização de recursos** para garantir uma renda extra para o participante ou, depois da sua morte, a favor dos sucessores ou beneficiários. Ainda que sua exigibilidade possa estar condicionada à morte, não se trata de direito sucessório, até porque o benefício não compõe o acervo hereditário. É nada mais do que um **contrato sujeito a condição suspensiva**: o implemento de determinada idade, a aposentadoria ou a morte.

Ao contratar o plano, o participante indica um ou mais **beneficiários** para receber os valores do benefício quando da sua morte. Não havendo essa indicação, os herdeiros legais recebem o montante (CC 792). A depender

45. Voltaire Marensi, A união estável e o seguro de pessoa.

46. Ação de cobrança. Contrato de seguro. Ilegitimidade passiva. Detém legitimidade para figurar no polo ativo da ação de cobrança de seguro de segurado falecido, o espólio, no caso de existência de inventário, ou dos herdeiros, tratando-se de inventário findo. (TJ-MG – AC: 10220170011708001 MG, Rel. Alberto Henrique, j. 06/12/2018, p. 14/12/2018).

da modalidade de plano, podem receber as aplicações o beneficiário ou o herdeiro. Até mesmo pode ocorrer que a entidade de previdência privada fique com os valores investidos.

Esses planos viraram modalidade de **planejamento sucessório**, uma vez que é possível eleger qualquer pessoa como beneficiária. Nem mesmo a existência de herdeiros necessários limita a liberdade do titular para que o benefício seja transferido aos beneficiários, sem haver a necessidade de aguardar o decurso do inventário.

De modo geral, os planos possuem duas fases: a de **acumulação** e a de **recebimento**. O momento do falecimento do titular da previdência é que define os diferentes direitos. Caso ele venha a falecer durante o período de **pagamento das contribuições**, ou seja, quando ele ainda está acumulando recursos para reverter em renda futura, o saldo acumulado, ou seja, o valor que foi investido, é transferido aos **beneficiários**, em poucos dias, sem passar por inventário. Não havendo indicação de beneficiários, o saldo é transferido aos **herdeiros legais** do titular do plano, não sendo tais valores incluídos no inventário. Há o pagamento somente de imposto de renda.

Morrendo o titular após o implemento do prazo, diversas são as situações, a depender do tipo de plano contratado. São quatro as possibilidades mais recorrentes: 1) se o contrato for de renda mensal vitalícia, o valor é pago ao titular em vida; ao morrer, seus herdeiros nada recebem; 2) sendo contrato de renda mensal temporária, o benefício é pago ao titular pelo tempo contratado, cessando com o seu falecimento ou com o decurso do tempo; 3) no benefício de renda mensal vitalícia com prazo mínimo garantido, se a morte do titular ocorrer antes do final do prazo, os valores são pagos aos beneficiários pelo período restante da garantia. Não havendo beneficiários indicados ou se eles tiverem falecido antes do participante, o benefício é pago aos herdeiros legítimos pelo restante do prazo mínimo; 4) no benefício de renda mensal vitalícia reversível ao beneficiário indicado, o pagamento é feito ao participante enquanto ele estiver vivo; quando de sua morte, o percentual do valor estabelecido reverte ao beneficiário indicado; se o beneficiário morrer antes do participante ou durante o período de recebimento, não ocorre a reversibilidade.⁴⁷

25.7. COTAS DE CONSÓRCIO

As cotas de consórcio são consideradas uma espécie de fundo de investimento. Quando alguém adere a um plano de consórcio para compra

47. Aline Hungaro Cunha, *Previdência privada e Direito das Sucessões*.

de bens duráveis, é oferecido ao consorciado seguro de vida, de modo a garantir a quitação integral do plano, em caso de morte do consorciado.

Quando o consorciado não aderiu ao seguro de vida, descabe prosseguir a cobrança das mensalidades. Os valores pagos devem ser restituídos aos herdeiros.⁴⁸ O levantamento de tais importâncias pode ser feita por **alvará**. Mesmo quando o inventário é extrajudicial. Neste caso o limite de 500 OTN's⁴⁹ pode ser flexibilizado.⁵⁰

25.8. DIREITO PREVIDENCIÁRIO

A Lei que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social dispõe de legislação própria.⁵¹ Arrolava como beneficiário “o menor que, por determinação judicial, esteja sob sua guarda”.⁵² Apesar de a nova

48. Consórcio de automóvel. Ilegalidade de cobrança de prestações vencidas após a morte do consorciado. Dever de restituição das parcelas pagas indevidamente, em dobro. I – Não vislumbrada a falta de interesse processual da apelada, a despeito da ausência de comprovação de negativa do banco-apelante de devolver os valores indevidamente cobrados, posto que a resistência desse é patente. II – Havendo seguro de vida embutido no preço do contrato de consórcio, tem-se por certo que a morte do consorciado dá a seu herdeiros o direito de quitação integral do pacto, sendo que as prestações pagas após o falecimento, devem ser restituídas em dobro. III – Recurso improvido. Unanimidade. (TJMA, AC 00556549120158100001/MA 0178862018, Rel. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, j. 28/02/2019, p. 22/03/2019).

49. Lei 6.858/1980.

50. Inventário extrajudicial. Alvará judicial. Parte de cota de consórcio. Liberação de valores necessários ao pagamento do ITCD e despesas cartorárias. Lei 6.858/80. Fundo de investimento. Bens a inventariar. Limite de valor. Exegese do novo Código. Interpretação sistemática. Pedido deferido. A liberação de valores referente à cota de consórcio, que pode ser entendida como uma espécie de fundo de investimento, se sujeita as regras do art. 2º da Lei 6.858/80. Pela interpretação de tal dispositivo, a liberação dos valores referentes a fundos de investimento por meio de alvará judicial está condicionada a inexistência de outros bens a inventariar e ao valor limite de 500 OTN's – Tratando-se de inventário extrajudicial, a existência de outros bens a inventariar não é empecilho ao deferimento de alvará judicial – O limite de valor a ser liberado por meio de alvará judicial deve ser mitigado no inventário extrajudicial, mormente porque os Cartórios não podem decidir pendências ou controvérsias patrimoniais entre os interessados, nem autorizar atos de alienação, ainda que se tratem de direitos disponíveis, cabendo ao Judiciário tal tarefa. (TJMG, AC 10000181348665001/MG, Rel. Dárcio Lopardi Mendes, j. 19/02/0019, p. 22/02/2019).

51. Lei 8.213/1991.

52. Lei 8.213/1991, 16, § 2º.

redação do indigitado dispositivo ter excluído o benefício,⁵³ o STJ firmou tese de repercussão geral, mantendo a condição de beneficiário de quem se encontra sob guarda, desde que comprovado estar sob a dependência econômica do guardião.⁵⁴ A tese atentou à qualidade de lei especial do ECA que, expressamente confere à **criança** e ao **adolescente** sob guarda pensão por morte, na condição de **dependente** (ECA 33 § 3º).

Quando há lacuna na lei previdenciária, cabível socorrer-se das regras do direito sucessório. Assim, a exclusão do direito previdenciário quando evidenciada causas de indignidade que levam à exclusão da herança.⁵⁵

A concessão da pensão previdenciária pressupõe dependência econômica do beneficiário, no entanto, o STJ editou súmula,⁵⁶ reconhecendo o direito à pensão por morte, mesmo que o ex-cônjuge tenha renunciado aos alimentos, contanto que comprove necessidade econômica superveniente.⁵⁷

53. Lei 9.528/1997.

54. STJ – Tema 732: O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária.

55. Pensão por morte. Ação de obrigação de fazer julgada improcedente, movida por genitora de policial militar falecida, objetivando a concessão de pensão previdenciária, com esteio no artigo 8º, inciso III, da Lei Estadual nº 452/1974. Processo julgado extinto, por ausência de interesse processual, em relação ao correquerido, réu confesso do crime de homicídio do qual foi vítima sua esposa, filha da requerente. Recurso da autora buscando a inversão do julgado. Inadmissibilidade. Não houve comprovação da dependência econômica da autora em relação à filha, requisito necessário ao recebimento da pensão, conforme artigo 15 do Decreto Estadual nº 52.860, de 2008, que regulamentou o § 5º do artigo 8º da Lei Est. nº 452/74, na redação da Lei Complementar Estadual nº 1.013/2007. Ausência de interesse processual no que se refere à declaração de indignidade do genro, ora correquerido, corretamente reconhecida em primeiro grau, porque ausente ainda trânsito em julgado da sentença penal. Recurso improvido. (TJSP 10040167420158260318/SP 1004016-74.2015.8.26.0318, Rel. Aroldo Viotti, j. 07/11/2017, p. 13/11/2017)

56. STJ – Súmula 336: A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente.

57. Pensão por morte. Falecimento do ex-cônjuge. Dependência econômica demonstrada. Possibilidade de concessão do benefício. [...] 1. Constatado o divórcio, tem-se como indispensável, ou exigível, a comprovação da dependência econômica superveniente do ex-cônjuge em relação ao *de cujus* para a concessão do benefício de

Começou pela Justiça Federal o reconhecimento do direito da divisão do benefício previdenciário entre a **esposa e a concubina**, tema que acabou sumulado pelo STF.⁵⁸ A mesma orientação foi firmada quando são concomitantes união estável e união homoafetiva.⁵⁹

Também foi o STF⁶⁰ que equiparou casamento e união estável em sede de **concorrência sucessória**, sob a justificativa de ser inconstitucional a discriminação entre as formas de constituição de família, o que levou grande parte da doutrina a reconhecer a total identidade das duas entidades familiares, para todos os efeitos, não só no âmbito sucessório. Em razão dos fundamentos do julgado, impositivo que o tratamento igualitário transborde para todos os ramos do direito.

Esta era a diretriz da **legislação previdenciária**, cujas previsões não diferenciavam casamento e união estável para a concessão da **pensão por morte**. Tanto o viúvo como o companheiro sobrevivente figuram como beneficiários do segurado,⁶¹ sendo a **dependência econômica** presumida.⁶²

É de **quatro meses** o período da pensão, se o casamento ou a união estável iniciou há menos de **dois anos** da morte do segurado.⁶³ Se ele

pensão por morte (Enunciado nº 336 da Súmula do STJ). 2. No caso concreto, os documentos trazidos aos autos atestam que, não obstante tenha dispensado a fixação de pensão alimentícia em seu favor, quando do divórcio, a parte autora continuou residindo com o ex-cônjuge, vivendo à custa dos proventos por ele percebidos a título de aposentadoria, o que indica a existência de dependência econômica. [...] 6. Relativamente ao adiantamento da prestação jurisdicional, mantém-se a tutela específica da obrigação de fazer, porquanto o julgamento do mérito, lastreado na prova dos autos, faz inequívoco o requisito da probabilidade do direito da parte autora, sendo indiscutível o *periculum in mora*, que decorre da própria natureza alimentar da verba objeto da ação, havendo o cumprimento dos requisitos exigidos no art. 300 do NCPC. 7. Apelação do INSS não provida. Remessa necessária provida em parte. (TRF-1, AC 00186748720124013800 0018674-87.2012.4.01.3800, Rel. Rodrigo Rigamonte Fonseca, j. 04/09/2017, p. 19/10/2017).

- 58. STF – Tema 526: Possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários.
- 59. STF – Tema 529: Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte.
- 60. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.
- 61. Lei 8.213/1991, 16, I.
- 62. Lei 8.213/1991, 16, § 4º.
- 63. Lei 8.213/1991, 77, § 2º, V, b).

contribuiu por mais de 18 meses e era casado ou vivia em união estável há mais de dois anos, o tempo de pensionamento varia conforme a **idade do beneficiário**, quando do óbito do segurado. O prazo mínimo é de três anos, se o beneficiário tiver menos de 21. E é vitalícia quando o viúvo ou companheiro tiver mais de 44 anos.⁶⁴

Deste modo, a eterna dúvida entre casar ou viver em união estável não teria mais razão de existir.

No entanto, via Medida Provisória,⁶⁵ foi inserida uma distinção – no mínimo – perversa. Passou a ser exigida a **prova material** contemporânea aos fatos, tanto da **existência da união estável** quanto da **dependência econômica**, não sendo admitida a prova exclusivamente **testemunhal**.⁶⁶

O surpreendente é que a inclusão deste parágrafo não modificou nem o inciso I nem o § 4º do mesmo dispositivo, os quais reconhecem o cônjuge e o companheiro como beneficiários, dispensada a **prova** da dependência econômica, que é **presumida**.

Claro que muitas dúvidas irão entreter os doutrinadores e enxurradas de processos desaguarão na justiça!

25.9. VIDA DIGITAL

O fantástico desenvolvimento da informática criou um novo patrimônio que é albergado no campo sucessório. Conforme Nelson Rosenvald, além da memória sentimental nas redes sociais, com seus códigos de acesso, nomes de domínio, networking, biblioteca no iTunes, também milhas aéreas, pontos de recompensa, contas de Pay Pal e Bit Coin, são preciosos **ativos intangíveis** que podem ser objeto de legado. Afinal, uma página do Facebook é parte da herança.⁶⁷

O acervo digital que tem valor econômico integra o espólio e são norteados pelo princípio da patrimonialidade. Já caixas de e-mails, perfis de redes sociais, ainda que não disponham de valoração econômica, podem possuir valor moral e sentimental para o seu titular. É o que tem sido chamado de **herança digital**. Diante da ausência de legislação, os serviços

64. Lei 8.213/1991, 77, § 2º, V, c).

65. Medida Provisória 871/2019.

66. Lei 8.213/1991, 16, § 5º.

67. Nelson Rosenvald, A sucessão na morte digital.

digitais adotam políticas próprias de privacidade em relação ao destino dos bens digitais no caso de óbito do titular da conta.⁶⁸

Tanto o Google como o Facebook autorizam que o usuário indique ao provedor, um herdeiro digital para gerenciar suas contas depois de sua morte. Ou seja, as pessoas deveriam deixar claras instruções sobre o que deseja que seja feito com sua mídia social após a sua morte. O chamado *legacy contact*, pode transformar a página do Facebook em uma *afterlife* digital, uma espécie de memorial, em que o gestor pode fixar um post descritivo, alterar as fotos de perfil e de capa e aceitar novos pedidos de amizade. Também há a possibilidade de parentes, amigos ou responsáveis legais solicitarem a desativação automática da conta após o óbito, mediante comunicação e apresentação de documento comprobatório da legitimidade para tal.

Daí a recomendação de Nelson Resenvald: faça bom uso de sua liberdade e escolha um cuidador da rede para “memorializar” ou implodir com toda sua vida digital, antes que o Facebook escolha por você.

Não tomada essa providência pelo titular, junto ao provedor, o autor sustenta que o inventariante pode assumir o controle temporário da vida digital, podendo-se eventualmente pensar em uma inventariança compartilhada ou a nomeação de um representante autônomo, especialmente para transferir ou fechar contas.⁶⁹

25.10. DIREITOS AUTORAIS

Todo autor de obra intelectual tem direito de receber remuneração pela publicação de suas obras. É o que se chama de direitos autorais. Porém, também existe o direito da sociedade de acesso à cultura, o que faz com que a proteção ao direito do autor tenha uma limitação no tempo, que começa a fluir a partir da sua morte.

O direito do autor é regulado pela Lei 9.610/98. Em razão de sua natureza patrimonial, os direitos autorais se transmitem aos herdeiros do autor. São direitos que **não se comunicam**, salvo previsão expressa em pacto antenupcial, o que configura verdadeira exceção ao art. 1.660 do CC. Já os rendimentos oriundos da exploração econômica da obra são passíveis de divisão (L 9.610/98 39).

68. Karin Rick Rosa, Herança digital, 24.

69. Idem.

As obras escritas por um único autor são protegidas por toda a sua vida e pelo período de até 70 anos após a sua morte, contando-se esse prazo a partir de 1.º de janeiro do ano subsequente ao do seu falecimento, obedecida a ordem de vocação hereditária (L 9.610/98 41).

Não tendo o autor deixado sucessores ou decorrido o prazo legal de proteção aos direitos autorais, suas obras passam ao **domínio público** (L 9.610/98 45).

As obras póstumas aplica-se o mesmo prazo de proteção (L 9.610/98 41 parágrafo único). Para as obras anônimas, pseudônimas, audiovisuais e fotográficas, o prazo de 70 anos começa a fluir de 1.º de janeiro do ano subsequente à sua publicação ou divulgação (L 9.610/98 43 e 44).

Nas obras indivisíveis, criadas em coautoria por dois ou mais autores, tal prazo começa a fluir a partir da morte do último dos coautores sobreviventes, sendo as remunerações devidas a todos os seus titulares, inclusive aos que faleceram há mais de 70 anos, uma vez que é a obra que continua protegida. Serão acrescidos aos autores sobreviventes os direitos do coautor que falecer sem sucessores (L 9.610/98 42 parágrafo único). Nesse caso, os coautores sobreviventes, ou seus herdeiros e sucessores, recebem a integralidade dos direitos autorais.

O **direito de sequência**, também conhecido como *droit de suite*, é o direito do autor ou de seus herdeiros de participarem da vantagem econômica obtida com as vendas subsequentes à criação da obra.⁷⁰ O autor tem o direito, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, 5% sobre o aumento do preço em cada revenda (L 9.610/98 38).

70. Direito de sequência (*droit de suite*) de herdeiros. O direito de sequência, ou *droit de suite*, consiste no direito do autor da obra original, ou seus herdeiros, em caráter irrenunciável e inalienável, de participação na “mais valia” que advier das vendas subsequentes dos objetos que decorrem de sua criação. Objetiva a proteção do criador intelectual e sua família em relação à exploração econômica da obra. Os arts. 39 e 42 da Lei 5.988/73 c/c art. 14, ter, do Dec. 75.699/75 não afastam o direito de sequência quando a peça original é alienada, pela primeira vez, por herdeiro do autor intelectual da obra, pois a própria norma define que, em caso de morte, os herdeiros gozarão do mesmo direito. O direito de sequência tem natureza jurídica patrimonial, e como tal é passível de transmissão *causa mortis* aos herdeiros (art. 42, § 1.º, da Lei 5.988/73). É cabível, portanto, a indenização aos herdeiros decorrente da “mais valia” pela venda posterior da obra de arte, quando obtida vantagem econômica substancial pela exploração econômica da criação. Recurso especial conhecido em parte e, no ponto, provido (STJ, REsp 594.526/RJ, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02/04/2009).

25.11. DIREITOS INTRANSMISSÍVEIS

Embora a regra nas relações jurídicas patrimoniais seja a transmissibilidade quando da morte do seu titular, há intransmissibilidades decretadas **por lei**. Assim, o direito de revogar doações (CC 560), o direito de uso (CC 1.413), o de habitação (CC 1.416), o usufruto (CC 1.410 I), a instituição de renda vitalícia (CC 1.926), o direito real de habitação (CC 1.831) são exemplos de direitos patrimoniais que se extinguem com a morte do seu titular.

A intransmissibilidade também pode decorrer de **ato de vontade**. Tanto de forma unilateral como consensual, pode algum direito ser restrito ou afastado com o advento da morte de seu titular.

Com relação à obrigação de **prestar contas**, cabe distinguir se a morte do mandatário ocorreu na primeira ou na segunda fase da ação. Morto o mandatário na **primeira fase** da ação, o encargo é personalíssimo, não podendo ser cobrado dos seus sucessores.⁷¹ Encontrando-se a ação na segunda fase, quando da morte do mandatário, a obrigação de prestar contas é transmissível.⁷²

25.12. REFLEXOS FORA DO DIREITO SUCESSÓRIO

Como durante a vida todo mundo se envolve em um sem-número de relações jurídicas, a morte acaba interrompendo vínculos dos mais diversos, de natureza pessoal, patrimonial, familiar ou profissional, e não

71. Mandato. Prestação de contas. Primeira fase. Morte da mandatária. Extinção. É personalíssima a obrigação de prestar contas, não transferível aos herdeiros, entendimento assente no STJ, impondo a extinção do feito ante o noticiado falecimento da ré. Precedentes. Extinção do feito, prejudicado o exame do apelo. (Apelação Cível Nº 70063752497, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 11/08/2016). (TJRS, AC 70063752497/RS, Rel. Ana Maria Nedel Scalzilli, j. 11/08/2016, p. 17/08/2016).

72. Ação de prestação de contas. Segunda fase. Morte do mandatário. Extinção mantida. Cerceamento de defesa e coisa julgada não verificados. 1. Ainda que o autor não tenha sido intimado do pedido de extinção, trata-se de questão de ordem pública, e neste sentido foi a sentença proferida, inexistindo cerceamento de defesa a ser reconhecido. 2. Está expresso no acórdão que julgou a primeira fase da prestação de contas que a obrigação é do mandatário, não tendo sido enfrentada a questão relativa à legitimidade do espólio, limitando-se àquela decisão a analisar a matéria até então impugnada. O acórdão fez coisa julgada porém, nos limites das questões decididas. 3. A prestação de contas por parte do mandatário é obrigação personalíssima, impondo-se manter a sentença que extinguiu a ação pela morte deste. Apelação desprovida. (TJRS, AC: 70079517686/RS, Rel. Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, j. 13/12/2018, p. 18/01/2019).

exclusivamente no âmbito do direito sucessório. Assim, cabe elencar os dispositivos legais que normatizam os efeitos da morte.

DL 4.657/42 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

Art. 10. A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que **domiciliado o defunto ou o desaparecido**, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.

§ 1.º A sucessão de bens de estrangeiros, situados no país, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*.

§ 2.º A lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder.

L 10.406/2002 – Código Civil

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

Art. 6.º A **existência da pessoa natural** termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Art. 7.º Pode ser declarada a **morte presumida**, sem decretação de ausência:

I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II – se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até 2 (dois) anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

Art. 8.º Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos **comorientes** precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.

Art. 9.º Serão **registrados** em registro público:

I – os nascimentos, casamentos e óbitos;

[...]

IV – a sentença declaratória de ausência e de morte presumida.

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os **direitos da personalidade** são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar **perdas e danos**, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a **disposição gratuita do próprio corpo**, no todo ou em parte, para depois da morte.

[...]

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de **escritos**, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da **imagem** de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 56. A qualidade de **associado** é intransmissível, se o estatuto não dispuser o contrário.

Parágrafo único. Se o associado for titular de quota ou fração ideal do patrimônio da associação, a transferência daquela não importará, de per si, na atribuição da qualidade de associado ao adquirente ou ao herdeiro, salvo disposição diversa do estatuto.

Art. 133. Nos testamentos, **presume-se o prazo** em favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo, quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes.

Art. 196. A **prescrição** iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor.

Art. 202. A **interrupção da prescrição**, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

[...]

IV – pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

[...]

Art. 204. A interrupção da prescrição **por um credor** não aproveita aos outros; semelhantemente, a interrupção operada contra o codevedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados.

[...]

Art. 270. Se um dos **credores solidários** falecer deixando herdeiros, cada um destes só terá direito a exigir e receber a quota do crédito que corresponder ao seu quinhão hereditário, salvo se a obrigação for indivisível.

Art. 276. Se um dos **devedores solidários** falecer deixando herdeiros, nenhum destes será obrigado a pagar senão a quota que corresponder ao seu quinhão hereditário, salvo se a obrigação for indivisível; mas todos reunidos serão considerados como um devedor solidário em relação aos demais devedores.

Art. 415. Quando a obrigação for **divisível**, só incorre na pena o devedor ou o herdeiro do devedor que a infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação.

Art. 497. Sob pena de nulidade, não podem ser **comprados**, ainda que em hasta pública:

I – pelos tutores, curadores, testamenteiros e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração;

[...]

Art. 498. A proibição contida no inciso III⁷³ do artigo antecedente, não compreende os casos de **compra e venda ou cessão** entre coerdeiros, ou em pagamento de dívida, ou para garantia de bens já pertencentes a pessoas designadas no referido inciso.

Art. 507. O **direito de retrato**, que é cessível e transmissível a herdeiros e legatários, poderá ser exercido contra o terceiro adquirente.

Art. 520. O **direito de preferência** não se pode ceder nem passa aos herdeiros.

73. CC, art. 497. Sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública: [...] III – pelos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade; [...].

Art. 544. A **doação** de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.

Art. 550. A **doação** do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

Art. 551. Salvo declaração em contrário, a **doação em comum** a mais de uma pessoa entende-se distribuída entre elas por igual.

Parágrafo único. Se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente.

Art. 553. O donatário é obrigado a cumprir os encargos da **doação**, caso forem a benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral.

Parágrafo único. Se desta última espécie for o encargo, o Ministério Público poderá exigir sua execução, depois da morte do doador, se este não tiver feito.

Art. 560. O direito de revogar a **doação** não se transmite aos herdeiros do doador, nem prejudica os do donatário. Mas aqueles podem prosseguir na ação iniciada pelo doador, continuando-a contra os herdeiros do donatário, se este falecer depois de ajuizada a lide.

Art. 561. No caso de **homicídio doloso** do doador, a ação caberá aos seus herdeiros, exceto se aquele houver perdoado.

Art. 577. Morrendo o locador ou o locatário, transfere-se aos seus herdeiros a **locação** por tempo determinado.

Art. 607. O **contrato de prestação de serviço** acaba com a morte de qualquer das partes. Termina, ainda, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela rescisão do contrato mediante aviso prévio, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior.

Art. 626. Não se extingue o **contrato de empreitada** pela morte de qualquer das partes, salvo se ajustado em consideração às qualidades pessoais do empreiteiro.

Art. 637. O herdeiro do **depositário**, que de boa-fé vendeu a coisa depositada, é obrigado a assistir o depositante na reivindicação, e a restituir ao comprador o preço recebido.

Art. 674. Embora ciente da morte, interdição ou mudança de estado do mandante, deve o **mandatário** concluir o negócio já começado, se houver perigo na demora.

Art. 682. Cessa o **mandato**:

[...]

II – pela morte ou interdição de uma das partes;

[...]

Art. 685. Conferido o **mandato** com a cláusula “**em causa própria**”, a sua revogação não terá eficácia, nem se extinguirá pela morte de qualquer das partes, ficando o mandatário dispensado de prestar contas, e podendo transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, obedecidas as formalidades legais.

Art. 689. São válidos, a respeito dos contratantes de boa-fé, os atos com estes ajustados em nome do mandante pelo mandatário, enquanto este ignorar a morte daquele ou a extinção do **mandato**, por qualquer outra causa.

Art. 690. Se falecer o **mandatário**, pendente o negócio a ele cometido, os herdeiros, tendo ciência do mandato, avisarão o mandante, e providenciarão a bem dele, como as circunstâncias exigirem.

Art. 691. Os herdeiros, no caso do artigo antecedente, devem limitar-se às **medidas conservatórias**, ou continuar os negócios pendentes que se não possam demorar sem perigo, regulando-se os seus serviços dentro desse limite, pelas mesmas normas a que os do mandatário estão sujeitos.

Art. 702. No caso de morte do **comissário**, ou, quando, por motivo de força maior, não puder concluir o negócio, será devida pelo comitente uma remuneração proporcional aos trabalhos realizados.

Art. 719. Se o agente não puder continuar o trabalho por motivo de força maior, terá direito à **remuneração** correspondente aos **serviços realizados**, cabendo esse direito aos herdeiros no caso de morte.

Art. 792. Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o **capital segurado** será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária.

Parágrafo único. Na falta das pessoas indicadas neste artigo, serão beneficiários os que provarem que a morte do segurado os privou dos meios necessários à subsistência.

Art. 794. No **seguro de vida** ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito.

Art. 836. A obrigação do **fiador** passa aos herdeiros; mas a responsabilidade da fiança se limita ao tempo decorrido até a morte do fiador, e não pode ultrapassar as forças da herança.

Art. 865. Enquanto o dono não providenciar, velará o **gestor pelo negócio**, até o levar a cabo, esperando, se aquele falecer durante a gestão, as instruções dos herdeiros, sem se descuidar, entretanto, das medidas que o caso reclame.

Art. 917. A cláusula constitutiva de mandato, lançada no **endosso**, confere ao endossatário o exercício dos direitos inerentes ao título, salvo restrição expressamente estatuída.

[...]

§ 2.º Com a morte ou a superveniente incapacidade do endossante, não perde eficácia o endosso-mandato.

[...]

Art. 948. No caso de **homicídio**, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949⁷⁴ e 950⁷⁵ aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de **atividade profissional**, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Art. 965. Goza de **privilegio geral**, na ordem seguinte, sobre os bens do devedor:

I – o crédito por despesa de seu funeral, feito segundo a condição do morto e o costume do lugar;

[...]

74. CC, art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

75. CC, art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu [...].

III – o crédito por despesas com o luto do cônjuge sobrevivente e dos filhos do devedor falecido, se foram moderadas;

IV – o crédito por despesas com a doença de que faleceu o devedor, no semestre anterior à sua morte;

[...]

Art. 1.020. Os administradores são obrigados a **prestar** aos sócios **contas** justificadas de sua administração, e apresentar-lhes o inventário anualmente, bem como o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

Art. 1.027. Os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhes couber na **quota social**, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade.

Art. 1.028. No caso de **morte de sócio**, liquidar-se-á sua quota, salvo:

I – se o contrato dispuser diferentemente;

II – se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade;

III – se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido.

Art. 1.032. A retirada, exclusão ou **morte do sócio**, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até 2 (dois) anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação.

Art. 1.050. No caso de morte de **sócio comanditário**, a sociedade, salvo disposição do contrato, continuará com os seus sucessores, que designarão quem os represente.

Art. 1.056. [...]

§ 1.º No caso de **condomínio de quota**, os direitos a ela inerentes somente podem ser exercidos pelo condômino representante, ou pelo inventariante do espólio de sócio falecido.

[...]

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 antecessor, para os efeitos legais.

Art. 1.372. O **direito de superfície** pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros.

[...]

Art. 1.410. O **usufruto** extingue-se, cancelando-se o registro no Cartório de Registro de Imóveis:

I – pela renúncia ou morte do usufrutuário;

[...]

Art. 1.429. Os sucessores do devedor não podem remir parcialmente o **penhor** ou a **hipoteca** na proporção dos seus quinhões; qualquer deles, porém, pode fazê-lo no todo.

Parágrafo único. O herdeiro ou sucessor que fizer a remição fica sub-rogado nos direitos do credor pelas quotas que houver satisfeito.

Art. 1.489. A lei confere **hipoteca**:

[...]

III – ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais;

IV – ao coerdeiro, para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente;

[...]

Art. 1.521. **Não podem casar**:

[...]

VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Art. 1.523. **Não devem casar**:

I – o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até 10 (dez) meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

[...]

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

do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

Art. 1.555. O **casamento do menor em idade núbil**, quando não autorizado por seu representante legal, só poderá ser anulado se a ação for proposta em 180 (cento e oitenta) dias, por iniciativa do incapaz, ao deixar de sê-lo, de seus representantes legais ou de seus herdeiros necessários.

§ 1.º O prazo estabelecido neste artigo será contado do dia em que cessou a incapacidade, no primeiro caso; a partir do casamento, no segundo; e, no terceiro, da morte do incapaz.

[...]

Art. 1.571. A **sociedade conjugal termina**:

I – pela morte de um dos cônjuges;

[...]

§ 1.º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

[...]

Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de **contestar a paternidade** dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

Art. 1.606. A ação de **prova de filiação** compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.

Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

[...]

VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

[...]

Art. 1.635. Extingue-se o **poder familiar**:

I – pela morte dos pais ou do filho;

[...]

Art. 1.645. As ações fundadas nos incisos III, IV e V do art. 1.642⁷⁶ **competem** ao cônjuge prejudicado e a **seus herdeiros**.

Art. 1.650. A decretação de **invalidade dos atos praticados sem outorga**, sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros.

Art. 1.652. O cônjuge, que estiver na posse dos **bens particulares** do outro, será para com este e seus herdeiros responsável:

I – como usufrutuário, se o rendimento for comum;

II – como procurador, se tiver mandato expresso ou tácito para os administrar;

III – como depositário, se não for usufrutuário, nem administrador.

Art. 1.660. Entram na **comunhão**:

[...]

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

[...]

Art. 1.668. São excluídos da **comunhão**:

I – os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

[...]

Art. 1.674. Sobrevindo a **dissolução da sociedade** conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:

[...]

76. CC, art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente: [...] III – desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial; IV – demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647; V – reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de 5 (cinco) anos; [...].

II – os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;
[...]

Art. 1.675. Ao determinar-se o montante dos **aquestos**, computar-se-á o valor das doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro; nesse caso, o bem poderá ser reivindicado pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros, ou declarado no monte partilhável, por valor equivalente ao da época da dissolução.

Art. 1.676. Incorpora-se ao monte o valor dos **bens alienados** em detrimento da meação, se não houver preferência do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de os reivindicar.

Art. 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.

Art. 1.686. As **dívidas de um dos cônjuges**, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros.

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, mediante prévia autorização do juiz.

Parágrafo único. Podem pleitear a declaração de nulidade dos atos previstos neste artigo:

[...]

II – os herdeiros;

[...]

Art. 1.693. Excluem-se do **usufruto** e da administração dos pais:

[...]

III – os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais;

IV – os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

Art. 1.700. A obrigação de prestar **alimentos** transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.

Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir **bem de família**, desde que não ultrapasse 1/3 (um terço) do patrimônio

líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.

Art. 1.716. A isenção de que trata o artigo antecedente⁷⁷ durará **enquanto viver** um dos cônjuges, ou, na falta destes, até que os filhos completem a maioridade.

Art. 1.720. Salvo disposição em contrário do ato de instituição, a administração do **bem de família** compete a ambos os cônjuges, resolvendo o juiz em caso de divergência.

Parágrafo único. Com o falecimento de ambos os cônjuges, a administração passará ao filho mais velho, se for maior, e, do contrário, a seu tutor.

Art. 1.722. Extingue-se, igualmente, o **bem de família** com a morte de ambos os cônjuges e a maioridade dos filhos, desde que não sujeitos a curatela.

Art. 1.728. Os filhos menores são postos em **tutela**:

I – com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes;
[...]

Art. 1.729. O direito de **nomear tutor** compete aos pais, em conjunto.

Parágrafo único. A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico.

Art. 1.730. É **nula** a nomeação de tutor pelo pai ou pela mãe que, ao tempo de sua morte, não tinha o poder familiar.

Art. 1.733. Aos irmãos órfãos dar-se-á um só tutor.

§ 1.º No caso de ser nomeado mais de um tutor por disposição testamentária sem indicação de precedência, entende-se que a **tutela** foi cometida ao primeiro, e que os outros lhe sucederão pela ordem de nomeação, se ocorrer morte, incapacidade, escusa ou qualquer outro impedimento.

§ 2.º Quem institui um menor herdeiro, ou legatário seu, poderá nomear-lhe **curador especial** para os bens deixados, ainda que o beneficiário se encontre sob o poder familiar, ou tutela.

77. CC, art. 1.715. O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio. [...].

Art. 1.754. Os **valores** que existirem em **estabelecimento bancário** oficial, na forma do artigo antecedente,⁷⁸ não se poderão retirar, senão mediante ordem do juiz, e somente:

[...]

IV – para se entregarem aos órfãos, quando emancipados, ou maiores, ou, mortos eles, aos seus herdeiros.

Art. 1.759. Nos casos de morte, ausência, ou interdição do **tutor**, as contas serão prestadas por seus herdeiros ou representantes.

Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Código de Processo Civil

Art. 110. Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a **sucessão** pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 313, §§ 1.º e 2.º.

Art. 313. **Suspende-se o processo:**

I – pela morte ou pela perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador;

§ 1.º Na hipótese do inciso I, o juiz suspenderá o processo, nos termos do art. 689.⁷⁹

§ 2.º Não ajuizada **ação de habilitação**, ao tomar conhecimento da morte, o juiz determinará a suspensão do processo e observará o seguinte:

I – **falecido o réu**, ordenará a intimação do autor para que promova a citação do respectivo espólio, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, no prazo que designar, de no mínimo 2 (dois) e no máximo 6 (seis) meses;

II – **falecido o autor** e sendo transmissível o direito em litígio, determinará a intimação de seu espólio, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, pelos meios de divulgação que reputar mais adequados, para que manifestem interesse na sucessão processual e promovam a respectiva habilitação no prazo designado, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito.

78. CC, art. 1.753. Os tutores não podem conservar em seu poder dinheiro dos tutelados, além do necessário para as despesas ordinárias com o seu sustento, a sua educação e a administração de seus bens. [...].

79. CC, art. 689. Proceder-se-á à habilitação nos autos do processo principal, na instância em que estiver, suspendendo-se, a partir de então, o processo.

§ 3.º No caso de **morte do procurador** de qualquer das partes, ainda que iniciada a audiência de instrução e julgamento, o juiz determinará que a parte constitua novo mandatário, no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual extinguirá o processo sem resolução de mérito, se o autor não nomear novo mandatário, ou ordenará o prosseguimento do processo à revelia do réu, se falecido o procurador deste.

Art. 409. A data do documento particular, quando a seu respeito surgir dúvida ou impugnação entre os litigantes, provar-se-á por todos os meios de direito.

Parágrafo único. Em relação a terceiros, considerar-se-á datado o documento particular:

II – desde a morte de algum dos **signatários**;

Art. 420. O juiz pode ordenar, a requerimento da parte, a **exibição** integral dos livros empresariais e dos documentos do arquivo:

II – na sucessão por **morte de sócio**;

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

IX – em caso de morte da parte, a ação for considerada **intransmissível** por disposição legal;

Art. 778. (...)

§ 1.º Podem promover a **execução forçada** ou nela prosseguir, em sucessão ao exequente originário:

II – o espólio, os herdeiros ou os sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo;

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

VI – o contrato de **seguro de vida** em caso de morte;

LEITURA COMPLEMENTAR

CUNHA, Aline Húngaro. Previdência privada e direito das sucessões. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI35319,71043-Previdencia+privada+e+direito+das+sucessoes>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

DELGADO, Mário Luiz. Da intransmissibilidade, *causa mortis*, das obrigações de prestação de fato. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (co-ords.). *Questões controvertidas no Direito das Obrigações e dos Contratos*. São Paulo: Método, 2005. v. 4, p. 95-125.

FACHIN, Luiz Edson. Direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. In: TARTUCE,

- Flávio; CASTILHO, Ricardo (coords.). *Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006. p. 625-643.
- FIGUEIREDO, Antonio Borges de. Alimentos: a obrigação de prestá-los do espólio. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre; Magister, ano VIII, v. 46, p. 75-83, jan.-fev. 2012.
- MADALENO, Rolf. A desconsideração da personalidade jurídica na sucessão legítima do Código Civil de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2007. v. 6, p. 271-285.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire; PONTES, Maíla Mello Campolina. Da (in)transmissibilidade dos direitos da personalidade: o direito sucessório e o direito moral do autor. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (coords.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2010. p. 535-555.
- REIS, Dirce Viscaíno dos; SHKICIMA, Nelson Sussumu. Direitos Sucessórios: bens que independem do processo de inventário judicial ou extrajudicial ou de arrolamento. *Revista Nacional de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, v. 19, jul.-ago. 2017. p. 103-119.
- RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Os alimentos e a transmissibilidade da obrigação de prestá-los. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 8, n. 37, p. 42-72, ago.-set. 2006.
- ROSENVALD, Nelson. A sucessão na morte digital. In: *O Direito Civil em movimento*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 184-187.
- VANNUCCI, Flávia Hunzicker; MELLO, Roberta Salvático Vaz. *Os dados pessoais em rede social e a morte do sujeito: considerações sobre a extensão da personalidade civil*. Disponível em: <www.esamg.org.br/artigo/DADOS_PESSOAIS_EM_REDE_SOCIAL_E_A_MORTE_DO_SUJEITO_43.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

26

DIVISÃO DA HERANÇA

Sumário: 26.1. Pressupostos – 26.2. Legítima: 26.2.1. Restrições; 26.2.2. Exclusão – 26.3. Meação: 26.3.1. Cálculo; 26.3.2. Divisão – 26.4. Adiantamento de legítima – 26.5. Partilha em vida – 26.6. Deliberação sobre a partilha – 26.7. Adequação da legítima – Leitura complementar.

Referências legais: CC 544, 1.829, 1.845 a 1.850, 2.014, 2.018.

26.1. PRESSUPOSTOS

Todos os **parentes** desfrutam da qualidade de herdeiro, daí serem chamados de **herdeiros legítimos**: têm **legitimidade** para receber a herança. Todos integram a **ordem de vocação hereditária**, segundo **critério de preferenciabilidade** (CC 1.829).

Na hora de convocar os herdeiros à sucessão, a lei os divide em **classes** e lhes confere tratamento diferenciado. Os herdeiros da classe dos descendentes e ascendentes são **herdeiros necessários**. Os parentes colaterais figuram na classe dos **herdeiros facultativos**.

Não só os parentes, também o cônjuge e o companheiro são **herdeiros necessários**, apesar de o **companheiro** não figurar na ordem de vocação hereditária (CC 1.845). Ambos ocupam o **terceiro lugar** na ordem de vocação sucessória, depois dos descendentes e dos ascendentes. O companheiro saiu do último lugar, depois dos parentes colaterais de quarto grau (CC 1.790 IV).

A equiparação entre casamento e **união estável**, levada a efeito pela Constituição da República (226 § 3.º) foi referendada pelo Supremo Tribu-

nal Federal, em sede de repercussão geral.¹ Além de declarar a **inconstitucionalidade** do art. 1.790 do CC, a decisão vetou qualquer tratamento discriminatório entre casamento e união estável em sede de direito sucessório.

Entre os figurantes da ordem de vocação hereditária, a lei elege **herdeiros necessários**: necessariamente recebem a metade do patrimônio do falecido. A depender do **regime de bens** é assegurada ao **cônjuge** e ao companheiro uma fração da herança, mesmo que presentes herdeiros das classes antecedentes: descendentes e ascendentes. Sobre a fração a que fazem jus, a título de **concorrência sucessória**, cônjuge e companheiro são **herdeiros necessários**.

A existência de herdeiros necessários não gera incapacidade testamentária, mas mera restrição à liberdade de testar.² Quem tem **herdeiros necessários** só pode dispor, por **testamento**, da metade dos seus bens. A limitação decorre da necessidade de proteger os interesses da família, que abrange os parentes mais próximos e o cônjuge sobrevivente.³ Pode-se dizer que a herança necessária é um compromisso ou uma solução conciliatória entre a plena liberdade de testar e a proteção dos direitos dos parentes mais próximos e do cônjuge sobrevivente.⁴

Os herdeiros necessários são **herdeiros legítimos**, mas a recíproca não é verdadeira. Descendentes, ascendentes, cônjuge e companheiro, além de legítimos, são também herdeiros necessários. Ainda que necessários, os herdeiros não são obrigados a permanecer na condição de herdeiros. É assegurada a eles plena liberdade para renunciarem à herança.⁵

Os parentes mais próximos preferem aos demais distantes e uns excluem os outros. Os primeiros convocados são os **descendentes**. Os filhos recebem a totalidade da herança. Os netos só herdaram quando não há filhos sobreviventes. Somente quando inexistirem descendentes – filhos, netos ou bisnetos – é que a herança se transmite aos **ascendentes**. O **cônjuge** só é chamado a receber a integralidade da herança quando o falecido não tiver nem descendentes nem ascendentes (CC 1.836).

1. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.
2. Rui Ribeiro de Magalhães, *Direito das Sucessões no novo Código Civil brasileiro*, 106.
3. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 54.
4. Arnaldo Wald, *O novo Direito das Sucessões*, 194.
5. *Idem*, 194.

Os **parentes colaterais** (CC 1.592) são herdeiros **legítimos** (CC 1.829 IV), mas não são herdeiros necessários, daí serem chamados de herdeiros **facultativos**. Desse modo, irmãos, tios, sobrinhos, sobrinhos-netos, tios-avós, primos não fazem jus à metade da herança. Só herdam se não houver nenhum herdeiro necessário. Os herdeiros facultativos só recebem a herança se inexistirem herdeiros necessários. Também nada recebem se, via testamento, não forem destinados todos os bens aos herdeiros testamentários ou legatários.

Assim, restam excluídos da sucessão os colaterais se:

- a) houver herdeiros necessários;
- b) o testador dispuser de todo o seu patrimônio sem os beneficiar;
- c) expressamente o testador os afastar da sucessão, sem que precise justificar a exclusão.

26.2. LEGÍTIMA

Existe uma ordem de prioridade entre as diversas classes de herdeiros. Uns, indispensavelmente, fazem jus à herança. São os herdeiros necessários: os parentes em linha reta (descendentes e ascendentes), o cônjuge (CC 1.845) e o companheiro. A estes é reservada a legítima – a **metade** do acervo hereditário.

Mesmo existindo herdeiros necessários, o titular dos bens pode dispor, via testamento, da metade de seu patrimônio a favor de pessoas estranhas, dos herdeiros necessários ou dos herdeiros legítimos.

Não havendo herdeiros necessários, não há falar em legítima. O testador tem liberdade de livremente dispor de toda a sua herança.

Como refere Arnaldo Wald, o instituto da legítima concilia a **liberdade** do testador, que pode beneficiar com a parte disponível os seres que lhe são mais caros, e o **imperativo de ordem pública** que impõe a colaboração e a solidariedade entre os membros da mesma família.⁶ A legítima constitui o meio termo entre a liberdade do antecessor e a proteção do sucessor,⁷ motivo pelo qual é intangível, não pode ser diminuída – na essência, ou no valor – por nenhuma cláusula testamentária.⁸

6. Idem, 199.

7. Giselda Hironaka, Comentários ao Código Civil, v. 20, 263.

8. Carlos Maximiliano, Direito das Sucessões, 24.

O patrimônio de quem deixa herdeiros necessários divide-se em duas porções claramente diferenciadas: legítima e parte disponível.

A legítima corresponde à parcela de 50% da herança, resguardada aos herdeiros necessários. Os outros 50% são a parte disponível.

Aberta a sucessão, havendo herdeiros necessários, a metade indisponível pertence a eles e a outra metade vai para os herdeiros indicados pelo testador. A fração do acervo sucessório reservada aos herdeiros necessários é intocável, e a transmissão da herança a eles independe da vontade do *de cujus*.⁹

A **autonomia da vontade** do titular da herança limita-se à metade do seu patrimônio. Por isso é chamada parte disponível. Livremente ele pode deixar a quem quiser, por disposição de última vontade ou mesmo por **doação**.¹⁰

A lei abre exceções à inviolabilidade da legítima dos herdeiros.

26.2.1. Restrições

O testador pode impor cláusulas restritivas à legítima dos herdeiros necessários (CC 1.848): **inalienabilidade, impenhorabilidade e incommunicabilidade**. Só precisa justificar a restrição. Essas limitações que acompanham a herança dos herdeiros necessários também podem ser impostas sobre a fração a que fazem jus cônjuge e companheiro, a título de **concorrência sucessória**. Afinal, ao menos esta fração eles recebem na condição de herdeiros necessários.

26.2.2. Exclusão

Só existe a possibilidade de o herdeiro necessário ser excluído da sucessão quando for reconhecido que agiu de modo indevido. Quem atenta contra a vida, a honra ou a liberdade do seu antecessor tanto pode ser **deserdado** por meio de testamento (CC 1.961), como pode ser declarado **indigno** (CC 1.814). Pela mesma motivação, o direito de concorrência do cônjuge e do companheiro pode ser afastado. Além de, justificadamente, serem excluídos pelo testador, o alijamento do herdeiro precisa ser reconhe-

9. Antônio Elias de Queiroga, Curso de Direito Civil, 77.

10. Denise Schmitt Siqueira Garcia, Herdeiros necessários, 138.

cido judicialmente, devendo ser comprovadas as práticas que justificaram a exclusão (CC 1.962 e 1.963).

26.3. MEAÇÃO

Antes de se quantificar a herança, é preciso atentar ao **estado civil** do falecido para apartar eventual **meação**. Tanto a existência como a extensão dos bens que integram a meação dependem do regime de bens do **casamento ou da união estável**.

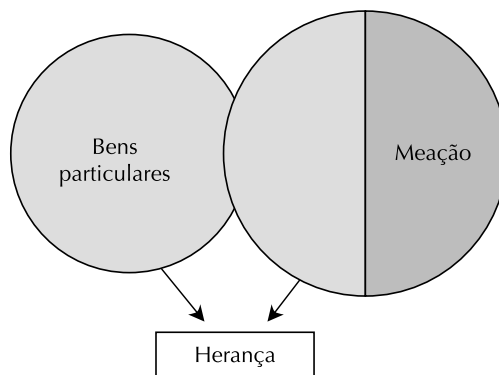
No regime da **comunhão universal**, a meação incide sobre quase todos os bens. Quanto aos demais regimes de bens, é preciso observar se existe comunhão de **aquestos**: bens adquiridos onerosamente durante o período de convívio. Sobre este acervo comum é que se calcula a meação. Somente no regime de **separação convencional** de bens, como não existem bens comuns, não há o que ser dividido com o cônjuge. Mesmo no institucional regime da **separação obrigatória dos bens**, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento, conforme súmula do STF.¹¹ Leia-se: casamento ou união estável, uma vez que a jurisprudência também impõe o limite de idade na união estável.

Desse modo, se o falecido era casado ou vivia em união estável, primeiramente dividem-se os bens comuns do casal em duas partes iguais: uma corresponde à meação do cônjuge ou companheiro. A outra metade faz parte da herança do falecido.

A depender do regime de bens eleito via pacto antenupcial ou contrato de convivência, do acervo adquirido durante o período de convívio, metade lhes pertence por direito próprio, a título de meação. A meação do sobrevivente não integra o acervo hereditário, não é herança. Precisa ser apartada do acervo sucessório destinado aos herdeiros. Assim, é necessário excluir a meação antes de se apurar a legítima dos herdeiros necessários: a meação do falecido e mais os seus bens particulares.

Também cônjuge e companheiro concorrem com os herdeiros necessários das classes antecedentes.

11. STF – Súmula 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.



Além disso, o viúvo e o companheiro são herdeiros necessários e recebem a integralidade do patrimônio se não houver nem descendentes nem ascendentes.

26.3.1. Cálculo

A identificação da **legítima** exige alguns cálculos (CC 1.847). Primeiro apura-se o **ativo**: todos os **bens** existentes à data da abertura da sucessão. Desse montante diminui-se o **passivo**: dívidas do falecido, despesas do funeral e despesas com o inventário, como honorários advocatícios, custas processuais e taxa judiciária. Como herança é **ativo menos passivo**, se os débitos forem maiores do que o valor dos bens, não há herança, não se podendo falar em legítima.

O valor apurado cabe ser dividido por dois, identificando-se assim a **parte disponível**. Sobre a outra metade é preciso adicionar o valor dos bens que o *de cujus* **doou** em vida aos herdeiros necessários. Ainda que seja proibido negociar a herança enquanto vivo o seu titular (CC 426), a **doação** feita aos descendentes é considerada **adiantamento de legítima** (CC 544) e estes bens precisam ser trazidos à **colação** (CC 2.002). Adicionados tais valores, só então dá para identificar o montante da legítima. O Código Civil determina que o valor de colação dos bens seja o do **ato de liberalidade** (CC 2.004). No entanto, o Código de Processo Civil determina calcular-se o valor **ao tempo da abertura da sucessão** (CPC 639 parágrafo único). Em se tratando de lei posterior, acaba prevalecendo o critério da lei nova. Também é necessário que sejam indicados o valor das **benfeitorias e acessões** agregadas pelo donatário. Como o herdeiro precisa dividir os ganhos, também socializa as **despesas** feitas, tendo direito de ser reembolsado, por elementar regra que veda o enriquecimento sem causa.

Eventual valorização ou desvalorização ocorrida em momento posterior à doação não deve ser considerada, pois o valor do bem é apurado à data da **abertura da sucessão**. Esta compensação é necessária, sob pena de não se respeitar a igualdade das legítimas. Somente quando expressamente o testador declara que os bens doados devem ser abatidos de sua parte **disponível** é que não cabe a colação (CC 2.005). Nesta hipótese não há falar em desigualdade de quinhões. Concluídas todas essas operações é que se consegue identificar o patrimônio líquido que compõe a herança.

26.3.2. Divisão

Apurada a extensão do monte partilhável, metade é a **legítima** a ser atribuída aos herdeiros necessários. O restante corresponde à parte **disponível** de que o titular pode dispor livremente por testamento. A ordem de prioridade dos herdeiros necessários é **excludente**, tanto entre as diferentes **classes** de sucessores, como em razão do **grau** de parentesco entre os herdeiros de uma mesma classe. Ascendentes e descendentes são parentes em **linha reta**, pois descendem uns dos outros (CC 1.591), mas os descendentes preferem aos ascendentes.

Do mesmo modo, a proximidade de **grau** entre os herdeiros de uma mesma classe leva à exclusão dos herdeiros mais remotos. A existência de filhos exclui os netos da sucessão. Existindo descendentes, estes afastam o direito dos demais herdeiros necessários. Ascendentes, cônjuge e companheiro ficam fora da sucessão. Pode existir um único neto ou um só bisneto. Neste caso não herdam nem os pais, nem o cônjuge do falecido. A depender do regime de bens do casamento, o cônjuge pode, no máximo, concorrer com o descendente.

O fato de os herdeiros necessários fazerem jus à legítima não afasta a possibilidade de serem beneficiados via testamento. O autor da herança pode destinar a eles a parte disponível de seus bens, como herdeiros testamentários. Também pode contemplá-los com legados. Assim, além de necessários, serão também herdeiros testamentários (CC 1.849). Tal faculdade não afronta o princípio da igualdade entre os herdeiros necessários, pois a divisão igualitária que a lei exige é da legítima.

26.4. ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA

Doações a favor de **herdeiros necessários** não são proibidas, nem nulas e nem anuláveis. Para respeitar o princípio da igualdade, presume-se que toda doação feita de ascendente a descendente é retirada da **legí-**

tima, e não da parte disponível do patrimônio do doador (CC 544). Este é o modo de garantir tratamento isonômico entre herdeiros necessários. Atos de liberalidade são considerados adiantamento de legítima. Os bens doados precisam ser conferidos quando do inventário do doador (CC 2.002).¹² Por isso o herdeiro beneficiado, quando da abertura da sucessão, deve informar o que recebeu de doações, para que ocorra a devida compensação. É o que se chama “**trazer à colação**” (CC 2.002 e CPC 639). A desobediência configura **sonegação** e o beneficiário corre o risco de perder o que ganhou (CC 1.992 a 1.996).

Este encargo é imposto somente aos herdeiros necessários, não a outras pessoas que receberam doações. Se os beneficiados não eram herdeiros necessários à data da doação, não precisam trazer à colação o que receberam. Isso porque a doação feita a favor de quem não é herdeiro necessário compromete a parte disponível do patrimônio do doador. A diferença de tratamento decorre de **presunções legais**. O que for doado a **herdeiros necessários** se presume extraído da **legítima**. As doações que favorecem **terceiros** são retiradas da parte **disponível**. Quando a intenção do testador é beneficiar herdeiros necessários com seus bens disponíveis, precisa expressamente dispensá-los de trazer o bem à colação (CC 2.005). Nada dizendo, considera-se que houve adiantamento de legítima.

Feitas doações a favor de **terceiros**, é preciso verificar se a liberalidade não excedeu a parte disponível do doador, comprometendo a legítima dos herdeiros necessários. Para esta conferência considera-se o valor dos bens à data da **abertura da sucessão e não quando da doação** (CPC 639 parágrafo único). Ocorrido excesso, ou seja, ultrapassada a parte disponível dos bens, a doação é chamada de **inoficiosa**. Não é nula nem anulável, somente precisa ser excluído o que foi além do devido. Assim, se o doador

12. Ação de anulação de testamento. Preliminar. Nulidade do processo. Réu interditado e representado por curador. Atuação do Ministério Público no feito. Improcedência. Testamento conjuntivo. Inexistência. Adiantamento de legítima. Bens sujeitos à colação. Cláusulas de benefício recíproco. Inexistência. 1. Verificada a atuação do Ministério Público no processo e a representação legal do interditado por sua curadora, inexistente nulidade no processo ocasionada pela incapacidade civil do réu. 2. Não há falar em testamento conjuntivo se cada testador constituiu o próprio instrumento, mesmo que existam disposições iguais ou semelhantes. 3. As doações feitas em vida, pelo ascendente, a um de seus descendentes, estão sujeitas a colação e devem ser apuradas para igualar as legítimas. 4. Não há falar em cláusula de benefício recíproco quando somente é ratificado um benefício anteriormente concedido pelo testador em favor do consorte sobrevivente. (TJMG, AC 1.0433.10.318099-1/001, 1.^a C. Cív., Rel. Des. Edgard Penna Amorim, j. 14/03/2017).

doou mais da metade do patrimônio que possuía, é necessário reduzir a doação (CC 1.967). Quem recebeu mais do que podia, quando da abertura da sucessão, precisa devolver o excesso para garantir a legítima dos herdeiros necessários.¹³

Os herdeiros necessários são os descendentes, os ascendentes, o cônjuge (CC 1.845), bem como o companheiro sobrevivente. Somente as doações feitas aos **descendentes** precisam ser trazidas à colação, e isso quando houver outros herdeiros concorrendo à sucessão. As doações recebidas pelos **ascendentes** não configuram adiantamento de legítima, pois o que recebem não está sujeito à colação.

Como **cônjuge e companheiro** desfrutam da condição de **herdeiro**, pela ausência de descendentes e ascendentes, não há necessidade de colacionar as doações recebidas. Sem outros herdeiros necessários, não há o que igualar. Somente se existir direito à **concorrência sucessória** (CC 1.829 I), a depender do regime de bens, as doações recebidas pelo cônjuge precisam ser colacionadas, uma vez que são consideradas **adiantamento de direito concorrente**.¹⁴

13. Ação anulatória. Doação de ascendente para descendentes. Validade. Proteção do quinhão legítimo da autora. Questão sucessória. Partilha. [...] 2. É válida a doação em relação àquela parte que não violou a legítima do autor, que é também herdeiro necessário. 3. Quando o art. 549 do Código Civil estabelece a nulidade da doação quanto à parte excedente à legítima, está a dizer que, relativamente ao excesso, a doação feita é inoficiosa e deve retornar ao herdeiro necessário a liberalidade feita na parte que invadiu o seu quinhão legítimo. Art. 1.846 do CCB. 4. A doação de ascendente para descendente implica antecipação da legítima, nos termos do art. 544 do Código Civil, salvo quando o doador determina que a doação seja retirada da sua parte disponível. 5. Para o exame da regularidade ou não das doações feitas, deve ser apurada a metade excedente ao que poderia o doador dispor no momento de cada doação. Incidência do art. 549 do CCB. 6. O valor do quinhão legítimo deve ser apurado quando são conferidos os bens deixados a partir da totalidade dos bens ficados e acrescidos daqueles que foram alvo de liberalidades em bens, que devem ser alvo de colação. 7. Para proteger o direito dos herdeiros necessários, o legislador criou regras de proteção do quinhão reservado, estabelecendo, entre elas, a inoficiosidade da doação relativamente à parte em que o doador extrapolar a parte disponível. 8. Se, computando-se a totalidade das liberalidades levadas a efeito, mesmo com dispensa de colação, o valor remanescente for suficiente para atender o valor do quinhão legítimo do herdeiro, não se anula as doações, que ficam acomodadas na parte disponível e nos quinhões hereditários dos demais herdeiros. [...] Recurso desprovido do réu, e não conhecido o da autora. (TJRS, AC 70072705643, 7ª C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 12/12/2017).
14. Inventário. Decisão que determinou a exclusão de bem imóvel doado à filha do *de cujus* do monte-mor. Recurso provido. Inventário. Insurgência contra decisão que determinou a exclusão de bem imóvel doado à filha do autor da herança. Efeito

Quando da abertura da sucessão, quem integra a ordem de vocação hereditária e recebeu **doações** em vida precisa declarar os valores recebidos para a devida conferência, não necessariamente para compensação, mas para verificar se o doador não ultrapassou o limite possível. O eventual excesso é considerado **doação inoficiosa**.¹⁵ Havendo disponibilidade na herança, cabe compensação, deferindo aos demais herdeiros necessários iguais valores. Não existindo bens que permitam igualar o quinhão de todos, pelo valor recebido por um dos herdeiros, impõe-se a redução da liberalidade (CC 2.007). Favorecidos herdeiros necessários com bens da parte disponível, não cabe falar em igualdade de quinhão, que só precisa ser respeitada quando a doação compõe a legítima.

O fato de o herdeiro ter sido beneficiado com a herança antecipadamente não o livra do dever de respeito à vida e à integridade física e moral, quer do doador, quer das pessoas que lhe são mais chegadas. Assim, tanto pode ser revogada a doação por **ingratidão** (CC 555), como o herdeiro pode ser **deserdado** por iniciativa do doador (CC 1.961). Fora isso, também está sujeito a ser reconhecido como **indigno** (CC 1.814).

Os bens recebidos a título de adiantamento de legítima, como não integram o acervo hereditário, não respondem pelas dívidas nem do doador, nem de seu espólio. Os eventuais **credores** do espólio que se sentirem pre-

suspenso deferido. O art. 1.790 do CC foi declarado inconstitucional nos autos do RE nº 878.694/MG. Equiparação do companheiro ao cônjuge para fins sucessórios, nos termos do art. 1.829 do CC. Os cônjuges ou companheiros concorrem com os descendentes quanto aos bens particulares do de cujus. Jurisprudência do STJ. Imóvel adquirido pelo falecido em data anterior ao início da união estável, mas doado à filha durante a convivência comum com a recorrente. A metade ideal do bem deve ser trazida a colação, a fim de igualar a legítima das herdeiras. Inteligência dos arts. 544, 2.002 e 2.003 do CC. Afasta a alegação de litigância de má-fé por parte da agravante. Decisão parcialmente reformada. Recurso provido. (TJSP, AI 21061816420188260000/SP 2106181-64.2018.8.26.0000, Rel. J.B. Paula Lima, j. 02/10/2018, p. 02/10/2018).

15. Doação inoficiosa. Vício reconhecido com declaração de nulidade do negócio. Inadmissibilidade. Consequência da doação inoficiosa é a nulidade da parte excedente do limite legal e não nulidade integral da liberalidade. Cálculo do excesso. Doação em favor de descendente. Cômputo da metade do patrimônio da doadora e mais a fração que caberia à herdeira na legítima. Doadora que é sucessora, por representação, de 1/9 de imóvel objeto de outra herança. Direito incorporado ao seu patrimônio com abertura da sucessão (princípio da saisine), independentemente da conclusão do inventário, devendo o valor daquele bem ser computado no cálculo de seu patrimônio para fins de aferição da doação inoficiosa. Recurso parcialmente provido. (TJSP, APL 0023433-65.2008.8.26.0224, 1ª C. Dir. Priv., Rel. Enéas Costa Garcia, j. 06/02/2018).

judicados pelas doações levadas a efeito pelo *de cujus* não têm legitimidade para acionar os herdeiros a trazerem os bens que receberam à colação. Só lhes cabe buscar a desconstituição da doação alegando **fraude contra credores** (CC 158 a 165).

O **nascimento** de herdeiro necessário, depois de feita a doação a título de adiantamento de legítima, não compromete a higidez do ato de liberalidade. Simplesmente quem foi beneficiado precisa trazer à colação o que recebeu. Cabe a devida compensação quando da partilha, para ser respeitada a igualdade que a lei tanto preza. A hipótese é frequente. Quando da separação, o genitor doa aos filhos seus bens. Com o nascimento de outro filho de novo relacionamento, os bens recebidos pelos demais precisam ser trazidos à colação, ainda que o herdeiro venha a ser reconhecido após a morte do autor da herança. Caso já esteja ultimado o inventário, a partilha é **nula** e outra precisa ser feita contemplando o novo herdeiro.

O adiantamento de legítima é feito por meio de **doação**, por ato *inter vivos*, havendo a incidência do imposto **de transmissão** (ITCD). Quando da abertura da sucessão, ainda que trazidos os bens à colação, não há a incidência do imposto de transmissão *causa mortis*. Seria dupla e descabida tributação.

Adiantamento de legítima não se confunde com **partilha em vida** (CC 2.018). Como o autor da herança tem a liberdade de dispor da metade de seus bens, a favor de quem quiser, claro que pode brindar os herdeiros necessários. É o que se chama de partilha em vida, nada mais do que a possibilidade de dividir a parte disponível de seu patrimônio. Todavia, como a lei presume que toda doação feita a herdeiro necessário é adiantamento de legítima, para proceder à partilha em vida o doador precisa fazer esta referência de forma expressa. Ou seja, precisa “dispensar a colação”. Sem esta menção, tudo que for doado para herdeiro necessário configura adiantamento de legítima e cabe ser trazido à conferência quando da abertura da sucessão.

26.5. PARTILHA EM VIDA

Perdida entre as disposições que tratam do inventário e da partilha encontra-se a partilha em vida (CC 2.018). Trata-se de dispositivo que se limita a reproduzir a regra mais conhecida do direito sucessório: o titular do patrimônio pode dar o que e quanto quiser a quem lhe aprouver, contanto que respeite a legítima dos herdeiros necessários (CC 1.846). O limite ao direito de disposição é a **metade disponível** (CC 549). Mas o doador

também precisa reservar bens necessários à sua subsistência, sob pena de nulidade do ato (CC 548).

A essa possibilidade todos chamam de partilha em vida, ainda que possa ser levada a efeito não só por ato entre vivos, mas também por testamento. É claro que não dá para chamar de partilha em “vida” quando feita via testamento. O instituto guarda maior intimidade, na essência e no conteúdo, com as formas de disposições patrimoniais possíveis de serem promovidas em vida (doação ou testamento).¹⁶

Quando realizada por ato **entre vivos**, deve obedecer às formalidades próprias da doação. Feita a favor de herdeiros necessários, para que o bem doado não saia da parte indisponível e configure adiantamento de legítima, é preciso que o doador decline tal circunstância, dispensando os herdeiros da colação. Os donatários comparecem ao ato para expressar sua aceitação e já entram na posse e no domínio dos bens que lhes foram doados, independentemente do inventário.

A “partilha em vida” levada a efeito por **testamento** recebe as denominações de partilha-doação e partilha-testamento. A atribuição dos bens decorre da exclusiva vontade do testador e é preciso aguardar o evento morte para a transmissão do patrimônio.¹⁷

O uso da expressão “**ascendente**” no indigitado dispositivo (CC 2.018) não significa que o titular só pode dividir os bens entre seus descendentes ou entre os herdeiros necessários. Não dá para ler na lei o que ela não diz. E está escrito que o titular de bens pode dividir seu patrimônio sem prejudicar os herdeiros necessários. Nada mais. Mesmo quando feita a favor de herdeiros necessários, não precisa contemplar todos eles e nem obedecer a igualdade dos quinhões. Esta precisa ser respeitada quando da partilha, procedendo-se às devidas compensações.

Não há referência expressa, mas a palavra “dividir” traz a ideia de que a partilha é **gratuita**. Quando feita em vida, trata-se de **doação**, verdadeira **sucessão antecipada**. Como não é um contrato, não configura **pacto sucessório**, o que é proibido (CC 426). De qualquer modo, é ato privativo do titular do patrimônio, que pode ser levado a efeito por **escritura pública**, **escrito particular** e até **verbalmente**.

A partilha de **bens móveis** pode ocorrer de qualquer forma – não há exigência formal – e consolida-se no ato de entrega do bem. Somente

16. Francisco Cahali e Giselda Hironaka, *Direito das Sucessões*, 411.

17. Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, *Inventários e partilhas*, 432.

quando o alvo da partilha são **bens imóveis** é necessária forma solene. A escritura pública é da essência do ato e a transmissão ocorre com o registro imobiliário. Quando forem doados bens imóveis, se o doador for casado, é indispensável a **outorga uxória**, exceto no regime da separação convencional de bens (CC 1.687) e no da participação final nos aquestos, se assim foi convencionado no pacto antenupcial (CC 1.656). Infelizmente não há igual exigência na união estável, o que só vem em prejuízo do companheiro, se o bem foi adquirido durante a vida em comum.

Por ausência de impedimento legal, o titular do patrimônio pode atribuir a parte disponível de seus bens a **estranhos à sucessão**. Se atingida a parte indisponível, é nulo somente o que exceder o limite legal (CC 549). Feita a divisão em vida, trata-se de **doação**. Como os bens estão em mãos dos beneficiários, não entram no inventário do doador e não se sujeitam à colação. Nem os bens nem os donatários fazem parte do processo sucessório. Quando a divisão é levada a efeito via **testamento**, a hipótese configura – nada mais, nada menos – do que instituição de herdeiros testamentários. Aliás, esta é a finalidade primeira do testamento, que tem eficácia a partir da abertura da sucessão. Os beneficiários comparecem ao inventário para receber os bens na qualidade de herdeiros testamentários. Por isso, nada justifica chamar de partilha em vida.

Na partilha entre os herdeiros da **parte disponível**, não é necessário respeitar a igualdade que a lei impõe somente com relação à legítima. Podem ser contemplados todos ou alguns herdeiros e com quinhões diversos. O titular pode fazer a divisão do modo que lhe parecer mais justo, distribuindo os bens entre os seus herdeiros em quinhões iguais ou desiguais, quer sob o aspecto da qualidade ou da quantidade.¹⁸

Quando o titular do patrimônio quiser contemplar os **herdeiros necessários** com seus bens disponíveis, precisa dizer expressamente que os “dispensa da colação” (CC 2.005). Caso nada diga, os bens saíram da legítima. Se houve **doação**, ocorreu **adiantamento de legítima** (CC 544). Os bens precisam ser trazidos à conferência para verificar se não houve excesso. Se o ato de liberalidade for levado a efeito **via testamento**, considera-se que houve **deliberação sobre a partilha** (CC 2.014).

Seja pela modalidade que for – por ato *inter vivos* ou *causa mortis* –, a partilha não pode ultrapassar o limite da legítima. Feita por doação, considera-se o valor dos bens no momento da abertura da sucessão (CPC 639 parágrafo único). Sempre que a divisão transborda além da parte

18. Arnoldo Wald, O novo Direito das Sucessões, 17.

disponível, configura **doação inoficiosa**. Mas há que distinguir. Se os beneficiados forem **terceiros** estranhos à sucessão, é necessário **reduzir** o ato de liberalidade (CC 1.967). Quando os contemplados em excesso foram os **herdeiros**, trazidos os bens à **colação**, cabe ser feita a devida compensação (CC 2.002). Só se opera a redução se não existirem na herança bens que permitam contemplar os demais herdeiros com o valor da diferença para restabelecer a igualdade dos quinhões (CC 2.007).

Essa modalidade de partilhamento abre a possibilidade de ser afastado o direito de **concorrência sucessória** do cônjuge ou do companheiro sobrevivente. Cabe figurar a hipótese de o titular do patrimônio doar a integralidade de seus bens particulares. Com isso afasta o direito de concorrência do cônjuge, se casados pelo regime da comunhão parcial ou separação convencional de bens. De outro lado, se vive em **união estável** e partilha em vida a **metade dos bens comuns**, quando de seu falecimento, não haverá bens para serem atribuídos ao companheiro sobrevivente a título de concorrência sucessória.

Às vezes surgem divergências sobre a natureza da disposição a favor dos herdeiros necessários, se é partilha em vida ou **adiantamento de legítima**. A presunção é que toda doação feita de ascendente a descendente configura adiantamento de legítima. Esta é a regra (CC 544). Quando a intenção é proceder à partilha antecipada da parte disponível, o doador necessita declinar expressamente sua intenção. Precisa individualizar o quinhão de cada um dos beneficiários e dispensá-los do dever de colacionar (CC 2.005). Havendo dúvida considera-se o ato de generosidade como adiantamento de legítima, em respeito ao princípio da igualdade dos quinhões.

Ocorrendo a partilha em vida, com dispensa da colação, a favor dos herdeiros existentes à época da divisão, vindo a nascer **novo descendente** em data posterior, isso em nada afeta a higidez das doações feitas. Afinal, os bens doados correspondem à parte disponível dos bens do doador. Não é adiantamento de legítima. É válida a liberalidade, pois foram doados bens disponíveis. É indispensável somente atentar se não houve afronta à legítima.

Como refere Paulo Lôbo, para que a partilha em vida mediante testamento, possa produzir integralmente seus efeitos, é necessário que o testador mantenha imodificável seu patrimônio. A redução do **patrimônio** que foi objeto da partilha, após o testamento, mediante alienações, não impede sua observância, desde que atendidas as seguintes circunstâncias: a) se tiver deixado herdeiros necessários e a redução tiver atingido bens que

a estes destinou, operar-se-á redução correspondente e proporcional das quotas hereditárias relativas à parte disponível; b) se tiver deixado herdeiros necessários e a redução se der em bens da parte disponível, permanece hígida a partilha quanto àqueles; c) se não houver herdeiros necessários e a partilha se destinar a outros herdeiros legítimos, a alienação de bens prejudica apenas a quem ele destinou esses bens, em virtude da revogação tácita parcial do testamento.¹⁹

Caso o herdeiro beneficiado com a partilha em vida cometa atos de **indignidade** (CC 1.962 e 1.963) ou de **ingratidão** (CC 557) contra o titular do patrimônio, impõem-se algumas distinções: favorecido **herdeiro necessário**, mesmo com bens da parte disponível, ele se sujeita a perder o que recebeu. O doador pode revogar a doação por ingratidão, como também pode deserdá-lo. Fora disso, depois da abertura da sucessão, os herdeiros podem buscar a declaração de sua indignidade. Quando o adiantamento beneficia **terceiro**, ainda que se comporte de forma indigna, como houve simples **doação**, não cabe ser deserdado (CC 1.961). No entanto, o doador pode revogar a doação por **ingratidão** (CC 557). Mas esta é uma prerrogativa personalíssima do doador (CC 560). E se ele, em vida, não revogou a doação, depois de sua morte não pode ser buscado o reconhecimento da **indignidade** do beneficiário (CC 1.814). Caso a partilha tenha ocorrido via **testamento**, beneficiar terceiros nada mais é do que instituir herdeiros testamentários. Desse modo, adquirem os contemplados, sejam eles quem forem, a condição de herdeiros e, como tal, estão sujeitos à declaração de indignidade.

Levada a efeito a partilha em vida, a transferência de bens se sujeita ao pagamento de **imposto de transmissão**. Como se trata de ato de disposição, gratuito incide o imposto sobre doação (ITCD).

26.6. DELIBERAÇÃO SOBRE A PARTILHA

Também inserida de forma injustificada no processo de inventário e partilha se encontra a possibilidade de o testador deliberar sobre a divisão da herança. Ele pode indicar os bens e valores que irão preencher os quinhões hereditários dos herdeiros necessários (CC 2.014). Nada impede que assim indique os bens que irão integrar o **direito concorrente** do cônjuge ou do companheiro. Só não pode violar a integralidade quantitativa da quota hereditária.²⁰

19. Paulo Lôbo, *Direito Civil: Sucessões*, 225.

20. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. 56, 90.

A designação do conteúdo da quota hereditária não transforma o herdeiro em **legatário**. Ele continua herdeiro, embora os bens que irão compor o seu quinhão já estejam designados.²¹ O direito dos herdeiros fica circunscrito à vontade do testador, que determinou a parte que lhes cabe na divisão dos bens. Pressupõe o legislador que ninguém melhor que o testador para propor divisão legítima e razoável.²² É nítida a intenção de facilitar o processo de partilhamento, limitando a atuação do juiz que, neste caso, se restringe a homologar a vontade manifestada pelo testador.²³

A faculdade de o titular do patrimônio deliberar sobre a partilha não é **adiantamento de legítima** (CC 544). O motivo é um só: enquanto o adiantamento é feito em vida pelo doador, a deliberação sobre a partilha é levada a efeito por testamento. De qualquer modo, há identidades entre os dois institutos. Em ambos ocorre divisão da legítima entre herdeiros necessários, devendo ser respeitada a igualdade dos quinhões.

A possibilidade de dividir a legítima – quer antecipadamente (CC 544), quer via testamento (CC 2.014) – não se confunde com a chamada **partilha em vida** (CC 2.018). A deliberação sobre a partilha atribui aos herdeiros necessários bens da legítima. A partilha feita por testamento só tem eficácia depois da abertura da sucessão. Quando feita em vida pode ser levada a efeito por ato entre vivos ou *causa mortis*, transfere a metade disponível do patrimônio e pode beneficiar herdeiros ou terceira pessoa.

Como o testador pode escolher os bens que irão compor a legítima dos herdeiros necessários, igualmente pode identificar os bens a serem destinados ao cônjuge e ao companheiro a título de **concorrência sucessória**. Sobre tal fração da herança são eles herdeiros necessários. Como tais valores são recebidos a título de herança, é possível a identificação dos bens também por via testamentária.

Pode ser individualizado o quinhão de todos os herdeiros, de alguns, ou apenas de um deles, deixando-se o restante para a partilha judicial. Também é possível delimitar a partilha sobre bens específicos, indicando qual o herdeiro que deve ficar com determinado bem. Como lembra Orosimbo Nonato, o herdeiro não tem direito a este ou a aquele bem. A faculdade de definir bens é do testador e não do herdeiro, que não pode exigir determinado bem.²⁴ Assim, o testador pode atribuir ao filho os imóveis

21. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, 435.

22. Eduardo de Oliveira Leite, Comentários ao novo Código Civil, v. 21, 792.

23. Eduardo de Oliveira Leite, Direito Civil aplicado, v. 6, 357.

24. Orosimbo Nonato, Estudos sobre sucessão testamentária, II, 351.

e às filhas só bens móveis, perversa tendência que ainda existe em alguns rincões. Por ocasião da partilha haverá compensação com os demais bens para assegurar a igualdade das legítimas. Se houve excesso, cabe reduzir o quinhão (CC 1.967).

26.7. ADEQUAÇÃO DA LEGÍTIMA

O autor da herança não pode ultrapassar o limite do possível, ou seja, não pode dispor da legítima que se destina aos herdeiros necessários. É o **chamado princípio da reserva consagrado pelo** Código Civil em dois momentos (CC 1.789 e 1.846).

É imposta a indisponibilidade de bens a favor das pessoas que a lei presume manterem com o *de cujus* relação de afetividade mais acentuada.²⁵ O titular não pode ofender a legítima, nem ao fazer doações, nem via testamento. Mesmo quando contempla descendentes a título de adiantamento de legítima, precisa respeitar o igual direito dos coerdeiros.

Quando a doação é feita por ato *inter vivos*, a título de partilha em vida, invadida a legítima, qualquer herdeiro pode buscar excluir o excesso, ainda enquanto vivo o autor da liberalidade. Caso contemple os herdeiros testamentários com mais do que poderia fazer, é preciso limitar as disposições ao montante da legítima dos herdeiros necessários (CC 1.967).

As doações feitas em vida pelo ascendente a **descendente** precisam ser trazidas à **colação**. Caso tenham superado a metade do patrimônio que o doador dispunha à época da doação, chama-se isso de **doação inoficiosa**, e o beneficiado precisa repor a diferença para respeitar o princípio da igualdade da legítima dos herdeiros necessários. O dever de trazer os bens à colação é imposto aos descendentes (CC 2.002 e CPC 639 a 641).²⁶ Quando são feitas doações ao **cônjuge**, é necessário também que traga o que recebeu à colação, para compensar com o direito de concorrência sucessória.

Tem o testador a liberdade de identificar os bens que irão compor a legítima dos herdeiros necessários (CC 2.014). Se houver excesso, há que equilibrar a divisão.

25. Rui Ribeiro de Magalhães, *Direito das Sucessões no novo Código Civil brasileiro*, 106.

26. Arnoldo Wald, *O novo Direito das Sucessões*, 195.

LEITURA COMPLEMENTAR

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Herdeiros necessários e direito de representação. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 113-124.

27

RESTRIÇÕES AO QUINHÃO HEREDITÁRIO

Sumário: 27.1. Restrições doutrinárias – 27.2. Necessidade de motivação – 27.3. Limites à liberdade de testar – 27.4. Inalienabilidade – 27.5. Impenhorabilidade – 27.6. Incomunicabilidade – 27.7. Sub-rogação – 27.8. Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CR 5.º XXX; CC 978, 1.659 I, 1.668 I e IV, 1.669, 1.674 II, 1.693 III e IV, 1.848, 1.911, 2.042; CPC 833 I, 844; Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional – CTN) 184; Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos – LRP) 167 II 11; Lei 6.830/1980 (Lei das Execuções Fiscais – LEF) 30.

27.1. RESTRIÇÕES DOUTRINÁRIAS

O direito sucessório dispõe de proteção constitucional (CR 5.º XXX). A regra é a **intangibilidade** do direito à herança. Mas há exceções. Confere a lei ao titular do patrimônio a possibilidade de impedir a venda, a penhora e a comunicação da legítima dos **herdeiros necessários**, ou seja, pode impor cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade (CC 1.848). Só precisa declinar **algum motivo** para assim agir.

É histórica a inconformidade da doutrina às limitações ao exercício do direito sucessório, autorizadas pela lei. Orlando Gomes, de forma contundente, sustenta que a plenitude dos direitos não pode sofrer restrições, atentatórias que são a legítima expectativa convertida em direito adquirido.¹ Eduardo de Oliveira Leite as vê como um reforço ao despotismo

1. Orlando Gomes, Sucessões, 171.

do autor da herança, expressão de arbítrio e prepotência do testador.² A inalienabilidade é vista como um entrave à livre circulação de riquezas, transformando o bem gravado em coisa fora do comércio.³ Mas há quem considere útil e salutar o instituto, como fator de estabilidade e segurança.⁴ Arnaldo Wald tenta justificar as restrições dizendo que visam, em geral, evitar que o herdeiro possa dissipar o patrimônio que recebe, ou que a sua quota seja administrada por pessoa que não merece a confiança do testador.⁵ Para Luiz Edson Fachin, a proibição de alienar pela vontade do particular pode ser estabelecida com o fito de proteger o indivíduo que recebe o bem clausulado de sua inexperiência, de assegurar a moradia e a existência digna de uma família, ou de impedir a dilapidação do patrimônio do pródigio.⁶

Não há como deixar de reconhecer, como flagrante afronta à **garantia constitucional** do direito à herança, a possibilidade de serem impostas cláusulas restritivas ao direito de propriedade do herdeiro necessário. Praticamente o transformam em mero **usufrutuário** de bens que lhe pertencem. A exigência de o testador justificar a medida atenua os efeitos da limitação. Fez uso o legislador de moderna técnica legislativa de abertura das normas, ao trazer um conceito jurídico indeterminado. A expressão “**justa causa**” (CC 1.848) possui um contorno semântico mal definido, exigindo do intérprete e aplicador do direito redobrado esforço de concreção.⁷ Não tem conteúdo definido, permite sua livre valoração, atribuindo ao intérprete e ao juiz elevada dose de discricionariedade.⁸ Infinitos são os motivos que, teoricamente, autorizam a clausulação da legítima. Marcelo Truzzi Otero traz um rol exemplificativo: o vício do jogo, a dependência química, a incapacidade para reger sua pessoa e seus bens, a malversação do patrimônio pessoal, a inexperiência de vida, motivam a **inalienabilidade**. Por sua vez, a insolvência, a existência de condenações judiciais ou pendências bancárias motivam a **impenhorabilidade**. Já a **incomunicabilidade** tem como motivos a condenação por crime contra o patrimônio, ou a existência de casamentos anteriores, nos quais o cônjuge

2. Eduardo de Oliveira Leite, Comentários ao novo Código Civil, v. 21, 275.

3. Pedro Lino de Carvalho Júnior, Das cláusulas restritivas da legítima, 619.

4. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 56.

5. Arnaldo Wald, O novo Direito das Sucessões, 199.

6. Luiz Edson Fachin, Estatuto jurídico do patrimônio mínimo, 126.

7. Pedro Lino de Carvalho Júnior, Das cláusulas restritivas da legítima, 290.

8. Idem, 624.

experimentou vantagem patrimonial decorrente da contratação do regime da comunhão de bens.⁹

Ainda que seja direito do testador colocar os gravames, no confronto com o direito do titular do patrimônio, cabe invocar o princípio do respeito à **dignidade da pessoa humana**, bem como a **função social da propriedade**. É inaceitável que à vida se sobreponha um valor econômico, numa completa e absurda inversão dos valores constitucionais que inscrevem o princípio da dignidade da pessoa humana no vértice do sistema jurídico.¹⁰

Desse modo, é necessário flexibilizar as restrições e afastá-las sempre que for reconhecido serem prejudiciais ao seu titular. Como a instituição das cláusulas restritivas, em grande parte, visa proteger o próprio herdeiro, para evitar a dilapidação de patrimônio, deve ser autorizada a exclusão das limitações quando lhe forem **excessivamente danosas**.¹¹ Na lição de Carlos Maximiliano, a norma jurídica deve ter um sentido tal que resulte a favor, e não em prejuízo, de quem ela evidentemente visa proteger.¹² Só assim se pode contornar o aparente conflito entre o princípio constitucional que garante o direito à herança e a faculdade de limitá-la.

A motivação para servir de fundamento ao gesto do titular do bem precisa dispor de tal relevância que supere a garantia outorgada ao herdeiro necessário, como acontece com a indignidade e a deserção. Esses institutos também são limitações ao direito à herança, cujo conteúdo ético autoriza o afastamento do direito. As razões determinantes para que se configure situação que dê ensejo às cláusulas testamentárias são outras. O testador deve mencionar os fatos que o levaram a restringir o quinhão do herdeiro, não havendo necessidade que os prove. De qualquer modo, é

9. Marcelo Truzzi Otero, *Justa causa testamentária*..., 71.

10. Pedro Lino de Carvalho Júnior, *Das cláusulas restritivas da legítima*, 635.

11. Levantamento de disposição testamentária. Cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Afigura-se viável o levantamento dos gravames da inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, mitigando-se a vedação contida no art. 1.676 do CC/16, com a finalidade de respeito à função social da propriedade, em situações excepcionais que demonstrem ônus excessivos causados pela manutenção da propriedade. Precedentes do E. STJ e desta E. Corte. Inviabilidade, contudo, de cancelamento dos óbices testamentários sobre o imóvel que serve de moradia à apelante, sob pena de vulneração à manutenção de sua própria subsistência, em clara contradição com a vontade do *de cujus*. Recurso parcialmente provido (TJSP, AC 1041706-78.2016.8.26.0100, 2ª C. Dir. Priv., Rel. Rosângela Telles, j. 06/06/2017).

12. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 156.

indispensável que aponte um fato concreto, para que não acabe o herdeiro com o pesado ônus de provar um fato negativo.¹³

As cláusulas restritivas de direito podem ser impostas não só via testamento, mas também nas **doações** (CC 1.911). Contudo, quando impostas nas doações não precisam ser justificadas, pois a exigência existe somente para o testamento (CC 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.*

Com relação à herança destinada aos **herdeiros facultativos, testamentários e legatários**, o testador tem plena liberdade de restringir imotivadamente os bens que lhes destina. Basta declarar a existência de **justa causa**, um conceito indeterminado que pode dar margem ao arbítrio.

27.2. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO

Dando ouvido às críticas da doutrina, o Código Civil acabou com o arbítrio do titular da herança, que podia limitar o direito dos herdeiros sem qualquer motivação.

Na legislação pretérita, podia o testador **imotivadamente** clausular de incomunicabilidade, impenhorabilidade ou inalienabilidade (temporária ou vitalícia) o quinhão dos herdeiros necessários (CC/16 1.723). Também lhe era facultado clausular de inalienabilidade a herança de quaisquer herdeiros (CC/16 1.676). Súmula do STF¹⁴ acabou por incluir a inalienabilidade na incomunicabilidade dos bens. O Código Civil incorporou o enunciado da súmula, ao explicitar que a inalienabilidade implica na impenhorabilidade e incomunicabilidade (CC 1.911).

Agora, para gravar a legítima dos **herdeiros necessários**, o testador precisa justificar seu ato (CC 1.848). Como a lei civil anterior não exigia qualquer motivação, nas disposições finais do Código atual foi deferido o **prazo de um ano** para o testador **justificar** a restrição imposta (CC 2.042). Com isso todos os testamentos precisaram ser aditados. Caso neste período tenha se quedado em silêncio o testador, não subsiste a restrição. Porém, nada impede que, por meio de novo testamento, volte o testador a clausular a legítima do herdeiro, indicando o motivo.

13. Pedro Lino de Carvalho Júnior, Das cláusulas restritivas da legítima, 638.

14. STF – Súmula 49: A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens.

O testador não pode determinar a **conversão dos bens** da legítima dos herdeiros necessários em outros de **espécie diversa** (CC 1.848 § 1.º). Antes, podia (CC/16 1.723). Por exemplo, podia determinar que o bem que coubesse ao herdeiro fosse vendido, fazendo ele jus ao numerário correspondente.

As restrições, ainda que possam ser **vitalícias**, não são eternas. Persistem somente enquanto for vivo o herdeiro. Com o seu falecimento, os bens transmitem-se livres e desembaraçados aos seus sucessores. Dispositivo neste sentido constava na lei anterior (CC/16 1.723), mas não foi reproduzido na lei atual. Nem precisava. Decorre da própria natureza de qualquer cláusula restritiva de direito: não pode passar além do seu destinatário. A limitação tem **caráter personalíssimo** e não se transmite aos sucessores do herdeiro. Afinal, a motivação apresentada pelo testador é de natureza pessoal.

O limite para a restrição imposta à legítima é a própria **vida** do herdeiro necessário, que, por sua morte, transfere aos seus herdeiros os bens herdados livres e desembaraçados.¹⁵ Assim, no caso de falecimento do herdeiro, ou renunciando ele à herança, esta se transmite aos demais sucessores, sem qualquer encargo. Claro que, no caso de renúncia, os bens podem passar aos descendentes do herdeiro renunciante. E, se os filhos forem menores, o pai é quem administra os bens, livres das cláusulas. Esta é uma forma de livrar a herança da clausulação.

27.3. LIMITES À LIBERDADE DE TESTAR

As cláusulas restritivas sobre o quinhão hereditário podem ser impostas **isoladas ou cumulativamente** tendo abrangências diversas. A inalienabilidade acarreta a impenhorabilidade e a incomunicabilidade (CC 1.911). A vedação de venda torna o bem impenhorável, que se transforma em bem reservado do herdeiro. A incomunicabilidade não impede nem a venda nem a penhora do bem clausulado. A cláusula de inalienabilidade contém as demais, mas o inverso não é verdadeiro. Com referência às outras cláusulas, não existe esta coextensão.

As cláusulas impostas pelo testador não necessitam da **chancela judicial**. Dispõem de **eficácia** a partir da abertura a sucessão, passando a vigorar de imediato, mesmo antes de findo o inventário e independentemente da partilha. Já o **afastamento** do gravame depende de decisão judicial. Para

15. Arnoldo Wald, O novo Direito das Sucessões, 202.

liberar sua legítima o herdeiro precisa comprovar a **inexistência da causa** indicada pelo testador. Cabe ao juiz manter a cláusula reconhecendo a razoabilidade da limitação ou cancelá-la.¹⁶

Também é possível a **troca** do gravame de um bem para outro. É o que se chama **sub-rogação**. Não precisa ocorrer sobre bem objeto da herança. Basta que seja de propriedade do herdeiro.

Pode o juiz autorizar a **venda** do bem e fazer a restrição incidir sobre o que for adquirido.

Os gravames podem incidir sobre **todos** os bens que integram a legítima dos herdeiros necessários ou sobre a herança do herdeiro testamentário. Porém, nada impede que seja gravada **parte** da legítima ou bem determinado. O testador pode delegar ao próprio herdeiro a **escolha** do bem sobre o qual vai recair o gravame.

Somente restrições ao quinhão dos **herdeiros necessários** precisam ser justificadas. As impostas à **herança testamentária** e aos **legados**, não. Trata-se de **direito potestativo**. Mesmo que o testador tenha justificado a razão de assim agir, não há como afastá-las, ainda que comprove o herdeiro não ter qualquer fundamento a causa apontada. Não concordando o herdeiro com a limitação, o único jeito é **renunciar** à herança. Se a cláusula é de inalienabilidade, o herdeiro não pode sequer ceder o seu quinhão. É que na **cessão** há o recebimento da herança e sua transmissão, o que infringe a limitação de transferir o bem imposta no testamento.

Na hipótese de o herdeiro necessário receber, além da legítima, também parte disponível da herança, cabe figurar algumas situações:

a) se o testador **não indica o motivo** que o levou a clausular a herança, a restrição não atinge a legítima do herdeiro, pois faltou a justificativa. Incide somente sobre a parte disponível que o herdeiro recebe como herdeiro testamentário;

b) apresentando o testador o **motivo** que o levou a impor a limitação, esta atinge a totalidade da herança;

c) **afastada judicialmente** a motivação apresentada no testamento, cai a cláusula restritiva com relação à **legítima**. No entanto, persiste o gravame imposto sobre a parte disponível, pois sobre esta não é necessário indicar motivos.

16. Pedro Lino de Carvalho Júnior, Das cláusulas restritivas da legítima, 641.

A inalienabilidade e a incomunicabilidade podem incidir sobre bens móveis e imóveis, fungíveis ou infungíveis. Quando a cláusula atinge **bens imóveis**, é necessária a averbação no Registro Imobiliário (LRP 167 II 11). Quanto aos **bens móveis**, é complicado operacionalizar o gravame, a não ser que, por exemplo, seja tornado inalienável ou impenhorável um veículo, pois é possível proceder ao registro nas repartições de trânsito. Mas se o gravame incide sobre **outros bens**, como joias ou objetos de arte, é difícil promover a anulação da venda feita pelo herdeiro a terceiro de boa-fé. Não haveria como o adquirente saber da restrição.

A clausulação da herança não livra o patrimônio do testador de atender a suas obrigações. Mesmo impostas cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, elas só incidem sobre os bens da herança depois de atendidas as **dívidas** do *de cujus*. A tentativa de proteger o herdeiro, tornando seus bens inalienáveis e impenhoráveis, não se sobrepõe a **créditos** que desfrutam de privilégio especial, como os **tributários** (CTN 184 e LEF 30). Também não pode prevalecer quando a dívida do herdeiro é de natureza alimentar. É de todo descabido que, deixando o herdeiro de pagar **alimentos**, não possa a cobrança recair sobre os bens do devedor, ainda que clausulados.

Além de clausular a herança, o testador pode excluir os genitores da **administração** e do **usufruto** dos bens deixados a herdeiros menores de idade (CC 1.693 III). A exclusão do direito de gerir ou de usufruir os bens do herdeiro não precisa ser justificada. A lei não exige. Como observa Arnoldo Wald, esta cláusula é relativamente pouco usada, por geralmente serem herdeiros necessários os descendentes, podendo, todavia, servir para afastar o genro ou a nora, ou o cônjuge, quando o herdeiro é o neto.¹⁷

27.4. INALIENABILIDADE

Trata-se de restrição que impede o herdeiro de **vender** o quinhão que recebeu. Imposta a cláusula de inalienabilidade, o herdeiro recebe o **domínio limitado** da herança. Tem ele a prerrogativa de usá-la, gozá-la e reivindicá-la, mas falta-lhe o direito de dela dispor.¹⁸ O principal efeito da cláusula de inalienabilidade é restringir a faculdade de disposição do bem gravado por seu titular.¹⁹

17. Idem, *ibidem*.

18. Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, v. 7, 190.

19. Pedro Lino de Carvalho Júnior, *Das cláusulas restritivas da legítima*, 626.

Mas a vedação não é somente à venda. Não pode o herdeiro **doar**, **permutar** ou **dar em pagamento** o bem recebido. É anulável qualquer transação gratuita ou onerosa. Também não pode ser objeto de **garantia real**, nem de **hipoteca**, nem de **penhor**, pois há o risco da perda do bem. Porém, não há impedimento à instituição de outros direitos reais, como usufruto, uso e direito de habitação.²⁰ A inalienabilidade implica impenhorabilidade e incomunicabilidade (CC 1.911).

Dizia o Código Civil anterior (CC/1916 1.676) que a inalienabilidade podia ser absoluta ou relativa, vitalícia ou temporária. A lei atual nada diz, mas tais possibilidades persistem. É **absoluta** se é vedada a alienação a quem quer que seja. **Relativa** quando impede a venda a determinadas pessoas, ou autoriza que seja vendido somente a quem o testador indicar. Assim, o testador pode autorizar que suas terras sejam alienadas somente aos demais parentes, ou impedir que sejam vendidas a um desafeto.

A restrição **vitalícia** persiste durante toda a vida do herdeiro. Não é admitida a inalienabilidade perpétua, pois a cláusula perde sua eficácia com a morte do gravado, transferindo-se livremente o bem aos seus sucessores.²¹ Também dá para limitar a transmissão até determinada data, ou impedi-la após o advento de termo ou implemento de condição. Nessas hipóteses, a limitação é **temporária**. Assim, o testador pode autorizar a alienação após o casamento do herdeiro ou proibir a venda quando do nascimento de um neto.

Edificações, benfeitorias ou beneficiamentos levados a efeito em bem gravado com cláusula de inalienabilidade não ficam sujeitos ao gravame. Desse modo, construído um edifício em terreno clausulado, o herdeiro não fica impedido de vender as unidades habitacionais. A regra de que o acessório segue o principal encontra temperamentos na lei. A possibilidade de perda do que foi plantado ou edificado para o dono do terreno não é absoluta. A boa-fé e o valor dos bens agregados ao imóvel autorizam a aquisição da propriedade mediante o pagamento de indenização (CC 1.255 parágrafo único). Este dispositivo cabe ser invocado se o terreno se encontra clausulado.

Sobre a possibilidade de o bem gravado com inalienabilidade ser passível de aquisição por **usucapião** controverte doutrina e jurisprudência. No entanto, como a usucapião é forma **originária** de aquisição do domínio,

20. Orlando Gomes, Sucessões, 174.

21. Pedro Lino de Carvalho Júnior, Das cláusulas restritivas da legítima, 627.

não há como deixar de reconhecer o direito do possuidor de longa data de assumir a titularidade. Afinal, não houve venda do bem, houve aquisição.

Quanto aos **encargos** que incidem sobre o bem – obrigações *propter rem* – não cabe a alegação de inalienabilidade. É possível a penhora do imóvel, por exemplo, para o pagamento de impostos ou dívida de condomínio. De igual modo não pode ser oposta em execução promovida pela **fazenda pública**. Também é possível ser o bem **desapropriado**.

A inalienabilidade, ainda que importe na impenhorabilidade (CC 1.911 e CPC 833 I), não livram da penhora os **frutos e rendimentos** do bem (CPC 834).

27.5. IMPENHORABILIDADE

A cláusula de impenhorabilidade é de questionável **conteúdo ético**, pois consiste em blindar o herdeiro. Ao fim e ao cabo, visa protegê-lo de seus credores. Impedida a penhora de bens recebidos por herança, desonera-se o herdeiro de responder por seus débitos.

É restrição pode ser imposta isoladamente e não gera a inalienabilidade. Porém, vedada a alienação, tal leva à impenhorabilidade, bem como à incomunicabilidade.

Ao menos isso. A restrição não é absoluta, pois os **frutos e rendimentos** dos bens clausulados de impenhorabilidade sujeitam-se à constrição judicial (CPC 834). Podem ser penhorados à falta de outros. A exceção fica por conta da destinação dada aos frutos e rendimentos dos bens inalienáveis. Imposta a cláusula de inalienabilidade, pode o testador deixar expresso que os rendimentos do bem têm caráter **alimentar**. Desse modo, mesmo que o testador estenda a impenhorabilidade também aos frutos e rendimentos, tal disposição só é eficaz se expressamente ficar consignado que o encargo imposto é de natureza alimentar.

São duas hipóteses distintas. O art. 834 do CPC se refere aos **frutos e rendimentos não gravados** de bens inalienáveis. No entanto, o testador pode clausular de impenhorabilidade também os frutos ou rendimentos dos bens impenhoráveis. Caso se esteja diante do caso de frutos ou rendimentos penhoráveis de bens inalienáveis, só podem ser penhorados não havendo outros bens e não se tratando de frutos ou rendimentos de natureza alimentar.²²

22. Arnoldo Wald, O novo Direito das Sucessões, 201.

27.6. INCOMUNICABILIDADE

O autor da herança, por meio de testamento, pode determinar que os bens da legítima do herdeiro não venham a pertencer ao seu cônjuge ou companheiro. Ainda que a preocupação seja simplesmente favorecer o seu sucessor, precisa justificar a restrição.

A cláusula da incomunicabilidade, como o próprio nome diz, veda que os bens do herdeiro passem a pertencer ao seu cônjuge. Ainda assim, os bens incomunicáveis entram no inventário. Simplesmente se tornam **bens reservados**.

Este gravame só tem sentido quando o regime do casamento do herdeiro é o da **comunhão universal de bens**. É a única hipótese em que ocorre a comunicação de todos os bens, inclusive os recebidos por herança. Esta restrição pode ser imposta na **união estável caso os companheiros, via contrato de convivência**, elejam o regime da comunhão universal (CC 1.725).

Nos demais regimes de bens, a incomunicabilidade já é expressamente consagrada. Na **comunhão parcial** (CC 1.659 I) e na **participação final nos aquestos** (CC 1.674 II), os bens recebidos por herança são reconhecidos como reservados. No regime da **separação convencional**, nada se comunica (CC 1.687). Por óbvio, nem o que cada cônjuge recebe por herança. Do mesmo modo no inconstitucional regime da **separação obrigatória** (CC 1.641).

A princípio, se o herdeiro não elegeu o regime de comunhão universal de bens, não haveria interesse de o testador impor a cláusula de incomunicabilidade. No entanto, como é possível a **alteração do regime de bens** (CC 1.639 § 2.º), justifica-se o interesse do testador em impor dita restrição.

Uma pergunta que não quer calar: vindo o herdeiro a ficar viúvo, se divorciar ou dissolver a união estável, persiste a restrição frente ao novo cônjuge ou companheiro? A resposta depende da **natureza da motivação** apresentada. Se a justificativa estava ligada à pessoa do cônjuge ou do companheiro, o novo parceiro não se sujeita à restrição. Por exemplo, se foi alegada a prodigalidade da nora. Trata-se de causa **personalíssima** que não se transfere à nova esposa ou companheira. No entanto, se a restrição é genérica, mantém-se a limitação mesmo com a troca de par. É o caso de o testador impor a incomunicabilidade para, por exemplo, impedir a divisão do imóvel rural da família.

O regime da comunhão universal leva à comunicabilidade de todos os bens (CC 1.667). Mas a lei admite exceções. A cláusula de incomunicabili-

dade é uma delas. Tanto o quinhão hereditário como os bens sub-rogados em seu lugar não se partilham (CC 1.668 I), mas integram o inventário. Esta regra comporta uma restrição: a incomunicabilidade não afeta os **frutos e rendimentos** dos bens (CC 1.669). Assim, mesmo incomunicável o bem, a limitação não atinge os acréscimos que a ele se agregam. A regra que admite a imposição de cláusulas restritivas ao quinhão hereditário nada explicita sobre o âmbito de sua abrangência. Mas o dispositivo que trata do regime de bens do casamento afasta da incomunicabilidade os frutos e rendimentos dos bens clausulados.

A incomunicabilidade se justifica quando ocorre o **divórcio** do herdeiro. Os bens recebidos pelo cônjuge ou companheiro restam como **bens reservados**. Quando da **morte** do herdeiro, a cláusula não tem o condão de excluir o direito de herança do viúvo ou companheiro. Na hora de separar a meação do sobrevivente, os bens clausulados não entram na divisão. Constituem acervo hereditário do *de cujus*, a ser atribuído aos seus herdeiros necessários. Porém, se o falecido não tem nem descendentes nem ascendentes, a cláusula desaparece. O cônjuge recebe a herança, mesmo que constituída de bens que se encontravam com cláusula de incomunicabilidade. Faz jus a eles como herdeiro necessário que é. Como as cláusulas não ultrapassam a pessoa do herdeiro, o viúvo recebe o bem desonerado.²³ O mesmo ocorre na união estável. A igualdade reconhecida pelo STF,²⁴ quanto aos direitos sucessórios no casamento e na união estável, faz com que o companheiro seja equiparado ao cônjuge em qualquer situação e para todos os efeitos.

As incomunicabilidades do regime da comunhão parcial de bens (CC 1.659 I), torna tais **bens particulares**. Deste modo, o cônjuge sobrevivente tem **direito de concorrência sobre os mesmos** (CC 1.829 I). **25**

23. Recurso especial. Direito das sucessões. Bem gravado com cláusula de inalienabilidade. Cônjuge que não perde a condição de herdeiro. [...] 2. A cláusula de incomunicabilidade imposta a um bem não se relaciona com a vocação hereditária. Assim, se o indivíduo recebeu por doação ou testamento bem imóvel com a referida cláusula, sua morte não impede que seu herdeiro receba o mesmo bem (STJ, REsp 1.552.553, 4ª T., Rel. Maria Isabel Gallotti, j. 24/11/2015).
24. STF/RE 878.694 (1431), T. Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10/05/2017, DJe 06/02/2018.
25. Inventário. Autora da herança que deixou um filho de primeiro casamento e viúvo, de segundas núpcias. Decisão que afastou o direito de herança do cônjuge sobrevivente, por ter sido todo o patrimônio inventariado adquirido pela de cujus antes de contraído o segundo matrimônio, sob regime de comunhão parcial. Inconformismo do cônjuge supérstite. Acolhimento. Acervo hereditário composto exclusivamente por bens particulares. Incomunicabilidade de bens ditada pelas regras do direito

A incomunicabilidade pode ser imposta pelos próprios cônjuges nas doações feitas com cláusula de incomunicabilidade no **pacto antenupcial** (CC 1.668 IV). Neste caso a restrição não precisa ser motivada.

27.7. SUB-ROGAÇÃO

O direito do testador de clausular sua herança não é absoluto. Existe a possibilidade de a restrição ser transferida para outros bens, ocorrendo o que se chama de sub-rogação.

Somente é possível a sub-rogação da cláusula de **inalienabilidade** e não das demais. É descabida na impenhorabilidade e na incomunicabilidade.

Tanto herdeiros necessários como herdeiros testamentários e legatários podem buscar judicialmente a substituição para outros bens da cláusula restritiva que foi imposta à herança que recebeu. Para a alienação dos bens gravados, além de **justa causa** (CC 1.848 § 2.º), é exigida **conveniência econômica** (CC 1.911 parágrafo único), convertendo-se o produto da venda em outros bens que ficam sujeitos ao mesmo ônus. No entanto, é necessário que o bem sub-rogado seja de propriedade exclusiva do herdeiro.²⁶

de família (art. 1.659, I, CC) não impede a sucessão 'causa mortis' pelas regras do direito das sucessões, não produzindo efeitos o regime de bens eleito após a morte do cônjuge, à míngua de disposição testamentária – Viúvo que concorre com o descendente da 'de cujus' na ordem de vocação hereditária, como herdeiro necessário, visto que o patrimônio a ser partilhado é composto exclusivamente de bens particulares – Inteligência dos arts. 1.829, I e 1.832, primeira parte, do CC. Recurso provido. (TJSP 22140208520178260000/SP 2214020-85.2017.8.26.0000, Rel. Rui Cascaldi, j. 20/03/2018, p. 20/03/2018).

26. Jurisdição voluntária. Pretensão de sub-rogação de bens doados com cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade para imóvel cuja titularidade não é exclusiva da parte autora. Improcedência do pedido inicial. Sentença mantida. Recurso a que se nega provimento. O parágrafo único do art. 1.911, do Código Civil, prevê a possibilidade de sub-rogação dos imóveis gravados com cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade por outros bens, mediante prévia autorização judicial. Contudo, em se tratando de bem gravado com tais cláusulas, a pretensão de sub-rogação não pode se dar em imóvel que já está em condomínio, de titularidade conjunta, decorrente do regime de bens firmado entre os titulares do domínio, mormente quando o valor da meação do bem oferecido não atinge o dos bens clausulados. Oportunizada a substituição do bem ao qual a parte pretende a sub-rogação, mantendo-se a mesma inerte, deve ser confirmada a improcedência do pedido inicial (TJMG, AC 10132120015392001, 18ª C. Cív., Rel. Roberto Vasconcellos, j. 08/11/2016).

De forma cada vez mais frequente vem a jurisprudência flexibilizando a substituição dos gravames, restando ao arbítrio judicial reconhecer não só a necessidade, mas também a **razoabilidade** quer da sub-rogação, quer da alienação do bem constrictado.²⁷

Como a limitação imposta pelo testador visa preservar de alguma forma a vida e a subsistência do beneficiário, seria um paradoxo inominável o herdeiro morrer à míngua tão somente para que seus bens sejam preservados. Autorizada a venda, o valor obtido passa a garantir a subsistência do herdeiro. O numerário fica depositado em juízo e mensalmente é expedido alvará autorizando o levantamento do *quantum* necessário para garantir a sobrevivência do titular do bem.

27.8. ASPECTOS PROCESSUAIS

A eficácia das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade não depende da chancela judicial – mesmo quando impostas à legítima dos herdeiros necessários. Não precisa haver prova do motivo que levou o testador a editá-las. Basta a indicação da **causa** que justificou a oposição das cláusulas. Os fatos apontados não podem ser genéricos ou superficiais, sob pena de não se sustentar a restrição em sede judicial. A depender do bem clausulado, a restrição deve ser averbada no Cartório do Registro de Imóveis e no Registro Público de Empresas Mercantis (CC 979).

A **ação de cancelamento das cláusulas restritivas** se sujeita ao juízo do inventário enquanto este ainda se encontrar em andamento. É citado para a ação o testamentário, pois a ele cabe a defesa do testamento (CC 1.981).

27. Cláusula restritiva de inalienabilidade. Cancelamento de cláusulas de inalienabilidade e de impenhorabilidade incidentes sobre imóvel urbano. Cláusulas instituídas por doação realizada há mais de vinte anos, por genitores já falecidos, em favor de donatária então jovem e recém-formada. Inexistência de razão para a permanência ou sub-rogação da restrição, que provoca prejuízo à donatária maior, capaz, médica com carreira profissional estável, proprietária de outros dois imóveis, residencial e comercial, de valor muito superior ao clausulado. Desaparecimento superveniente da causa ou da função que levaram à imposição da limitação, que tem natureza excepcional. Desnecessidade de sub-rogação do gravame, que apenas limitaria direitos disponíveis da autora sobre outros bens de seu patrimônio, desaparecida a função protetiva do instituto. Deferimento do levantamento do vínculo. Recurso provido. (TJSP, APL 10267314620148260577/SP 1026731-46.2014.8.26.0577, Rel. Francisco Loureiro, j. 07/02/2017, p. 07/02/2017).

Quando a restrição é imposta ao quinhão do **herdeiro necessário**, é seu o ônus de provar que o fundamento indicado pelo testador não se justifica.

Quanto à legitimidade para a ação, diverge a doutrina. Silvio Venosa confere direito de ação exclusivamente ao herdeiro.²⁸ Giselda Hironaka admite que a ação seja proposta por qualquer interessado na intangibilidade da legítima, como o cônjuge, o credor do herdeiro e o adquirente do bem.²⁹ Marcelo Truzzi Otero entende que a clausulação somente tem lugar quando amparar os interesses do herdeiro ou de sua família, e propõe uma solução singular: o vício de forma pode ser suscitado por qualquer interessado, mas o requisito de fundo – o conteúdo da justa causa – somente o herdeiro prejudicado está legitimado a impugnar.³⁰

Trata-se de ação de **eficácia desconstitutiva**, por excluir os gravames. Acolhida a demanda e afastadas as restrições impostas ao quinhão do herdeiro, a sentença dispõe de efeito **retroativo** à data da morte do testador.

A causa que justificou a limitação do quinhão do herdeiro pode desaparecer, o que autoriza o herdeiro a buscar o afastamento do gravame. Por exemplo, clausulada a herança do filho de incomunicabilidade, sob o fundamento de sua mulher ser pródiga, depois do divórcio o herdeiro pode buscar a exclusão da cláusula para que não incida no seu novo relacionamento.

Impostas cláusulas restritivas sobre a **parte disponível** da herança, não há como serem afastadas. Não cabe demanda judicial, carecendo o herdeiro de interesse de agir (CPC 485 VI), porque o testador não precisa justificar a restrição que fez incidir sobre o quinhão do herdeiro testamentário. Cabe tão somente pedido de sub-rogação.

A demanda de **sub-rogação** da cláusula de inalienabilidade é de **jurisdição voluntária**. Não se submete ao juízo do inventário e não é necessária a citação do testamenteiro, do inventariante ou dos herdeiros.

Nenhuma das demandas está sujeita a prazo prescricional, em face da situação continuativa do gravame.

Procedendo-se à **venda** ou à **doação** de bem com cláusula de inalienabilidade, a transação é **anulável**. Dispõe de legitimidade para a ação quem pode se beneficiar com a desconstituição do negócio jurídico levado a efeito. Assim, os sucessores do herdeiro que recebeu o bem inalienável e o vendeu

28. Silvio Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, 183.

29. Giselda Hironaka, *Comentários ao Código Civil*, 264.

30. Marcelo Truzzi Otero, *Justa causa testamentária*, 112.

podem propor a ação. Isso porque, retornando o bem ao patrimônio do seu antecessor, tal lhes garante futuro direito sucessório.

LEITURA COMPLEMENTAR

CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de. Das cláusulas restritivas da legítima. *Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia*, Emerom: Porto Velho, 2009, p. 285-320.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Disposições testamentárias e clausulação da legítima. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 241-264.

OTERO, Marcelo Truzzi. *Justa causa testamentária*: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. *Revista do Advogado*, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, a. XXVII, n. 91, maio 2007, p. 130-136.

28

EXCLUÍDOS DA SUCESSÃO

Sumário: **28.1.** Indignidade e deserdação – **28.2.** Premoriência – **28.3.** Comoriência – Leitura complementar.

Referências legais: CC 8.º, 9.º I, 1.843, 1.943, 1.971, 2.008; Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos – LRP) 29 III e 77 a 88; Lei 13.532/2017.

A transmissão da herança aos sucessores ocorre quando da **morte**, momento em que acontece a **abertura da sucessão**. A transferência é **automática**, e não depende de qualquer manifestação dos beneficiados. Recebida a herança, a lei assegura aos herdeiros e legatários a faculdade de repudiá-la, caso em que perdem, por vontade própria, a qualidade de sucessores. A **renúncia** é ato voluntário e unilateral, puro e simples, do sucessor, em que ele abre mão da herança de maneira irrevogável, expressa e definitiva. A renúncia leva o sucessor a se autoexcluir. Devolve seu quinhão ao acervo hereditário, que retorna aos demais herdeiros, como se não tivesse havido a transferência ao renunciante. Surge o que se chama de **direito de acrescer** aos demais herdeiros da mesma classe. Como ele fica fora da sucessão, não há falar em **direito de representação**. Seus descendentes não o representam porque ele nada herdou.

Esse movimento de aquisição imediata e perda com **efeito retroativo** decorre do princípio de *saisine*, que não admite hiato na cadeia sucessória.

28.1. INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

O afastamento do direito sucessório não ocorre exclusivamente por desejo do herdeiro, quando ele renuncia à herança. É possível ser imposto judicialmente. Tanto herdeiros como legatários podem ser excluídos da sucessão por razões de ordem **ética**. Trata-se da perda de direito com **natureza punitiva**. Dois institutos preveem tal possibilidade: a indignidade e

a deserdação. Ambos são formas de penalizar o herdeiro que se conduziu de forma injusta contra o autor da herança de modo a merecer reprimenda, tanto do ponto de vista moral como legal.¹ No entanto, são institutos que não se confundem, apesar da quase identidade de motivos e a consequência ser a mesma: a exclusão do herdeiro.

Apesar da proximidade desses dois institutos, o Código Civil os regulamenta em capítulos distintos e distantes. A indignidade, que atinge **herdeiros legítimos, testamentários e legatários**, está prevista entre as normas que tratam da sucessão em geral. De forma incongruente, a deserdação se encontra no bojo da sucessão testamentária, ainda que somente os **herdeiros necessários** possam ser deserdados. Como bem observa Zeno Veloso, talvez por mera atração de forma, já que o testamento é o único meio através do qual é possível solenizar a deserdação.²

Como a indignidade e a deserdação têm caráter punitivo, a pena não pode ir além da pessoa. Os descendentes do indigno e do deserdado são convocados a receber o quinhão em nome do excluído, ou seja, representam quem foi afastado. Herdam por **direito de representação**.

O direito de representação só existe na **sucessão legítima**. Na sucessão testamentária não. Excluído o herdeiro instituído por testamento, o que lhe foi herdado acresce em favor dos herdeiros legítimos.

A **indignidade** alcança todos os herdeiros: legítimos, necessários, facultativos, testamentários e legatários. A **deserdação** é restrita aos herdeiros necessários, e só pode ser imposta por testamento, com expressa declaração da **causa** que motivou o testador a querer privá-lo da herança.

O **cônjuge** é herdeiro necessário (CC 1.845) e, como tal, está sujeito a ser alijado de sua legítima (CC 1.961). A ausência da expressa referência ao cônjuge nos dispositivos legais seguintes não tem o condão de livrá-lo da deserdação. Com a equiparação dos direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros, levada a efeito pelo STF,³ em face de toda a linha de argumentação sustentada, indispensável reconhecer que a igualdade de tratamento entre casamento e união estável, abarca todos os pontos em que

1. Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira, Inventários e partilhas, 41.

2. Zeno Veloso, Testamento, 453.

3. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

a lei estabelece distinção entre os dois institutos. Assim, o **companheiro é herdeiro necessário, sujeito a ser deserdado ou declarado indigno**.

O direito à **concorrência sucessória** é direito hereditário, percebendo o cônjuge e o companheiro a fração da herança dos herdeiros antecedentes: descendentes ou ascendentes. Como desfrutam da condição de herdeiros concorrentes, podem renunciar ao direito concorrente. Também podem ser excluídos por indignidade ou deserdação.

Já os parentes colaterais, como não são herdeiros necessários, não podem ser deserdados. O jeito de o autor da herança deixá-los fora da sucessão expressamente excluí-los, não precisando indicar qualquer motivo. E, quando não existem herdeiros necessários, basta não contemplá-los no testamento e destinar todos os seus bens a quem desejar. Assim eles ficam fora da sucessão (CC 1.850).

As **causas** para o herdeiro ser excluído da herança – quer por indignidade, quer por deserdação – são praticamente as mesmas, mas o leque de motivos que enseja a deserdação é mais amplo. Os fatos que autorizam a deserdação englobam os que levam à indignidade e incluem outras hipóteses de ingratidão. As **penas** de indignidade e deserdação estão cominadas na lei, mas a deserdação repousa na vontade exclusiva do autor da herança, imposta no testamento, desde que fundada em um motivo legal.⁴

Apesar do elenco legal das atitudes dos herdeiros que ensejam a exclusão dos direitos hereditários, é indispensável reconhecer que o rol não é exaustivo. Belmiro Welter, que trouxe para o âmbito das relações familiares a teoria tridimensional do direito: genética, afetiva e ontológica, sustenta que as causas de exclusão da capacidade sucessória passam a ser mais abrangentes do que as citadas no Código Civil, incluindo a ausência de afetividade, de convivência, de cuidado, de presença, de compartilhamento da vida com todos os membros das famílias, essencialmente com o autor da herança, pois é retirado dele, além da condição humana tridimensional, a própria dignidade.⁵

O herdeiro só pode ser deserdado por **testamento**, verdadeiro ato de vingança do testador.⁶ Talvez daí a necessidade de a deserdação ser reconhecida judicialmente para que ocorra a exclusão do herdeiro. Já a

4. Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, v. 6, 63.

5. Belmiro Pedro Marx Welter, Teoria tridimensional do direito de família.

6. Flávio Augusto de Barros, Manual de Direito Civil, 200.

declaração de indignidade depende da iniciativa dos herdeiros, ainda que nada tenha manifestado o *de cujus* sobre o agir reprovável do herdeiro.

Mas há semelhanças entre os dois institutos. Tanto na indignidade como na deserdação, é necessária **sentença judicial** reconhecendo a prática de atos aptos a ensejar a exclusão do herdeiro. Não há exclusão automática ou imediata.⁷ A herança transmite-se aos herdeiros quando da abertura da sucessão, a todos eles, inclusive aos que agiram de modo indigno e até aos que o testador deserdou. A deserdação imposta no testamento, por si só, não basta para que o herdeiro seja excluído. É preciso que o juiz reconheça que o desejo do testador de deserdar herdeiro necessário se justifica. Quando do **trânsito da sentença**, declarando a indignidade ou ratificando a deserdação, é que o herdeiro perde a condição de herdeiro. A exclusão tem **efeito retroativo** à data da abertura da sucessão, como se a transmissão nunca tivesse existido. Por isso ele não tem direito aos **frutos e rendimentos** dos bens que recebeu. Deve devolvê-los.

Uma dúvida: na hipótese de o herdeiro que cometeu ato de indignidade ou foi deserdado **falecer** antes do autor da herança ou mesmo antes da sentença que o exclui da sucessão, existe interesse na propositura ou no prosseguimento da demanda? Cabe distinguir. Caso o falecido tenha descendentes, nada justifica que a ação tenha seguimento, pois os efeitos são os mesmos. Quer ocorra a morte, quer seja declarada a indignidade ou a deserdação, são convocados à sucessão os seus descendentes por **direito de representação**. Somente quando o indigno ou o deserdado não têm descendentes justifica-se a demanda. Declarada a indignidade ou a deserdação, a herança é devolvida aos demais herdeiros. Não sendo proposta a ação, a herança é transmitida aos herdeiros de quem afrontou o testador.

O **prazo prescricional** da ação declaratória de indignidade e de deserdação é o mesmo: quatro anos (CC 1.815 § 1º e 1.965 parágrafo único). Como se trata de **direito potestativo**, o **prazo é decadencial**.

Já o **termo inicial** para a propositura das demandas é distinto: para a ação de indignidade o *dies a quo* é a **abertura da sucessão**, enquanto para a demanda de deserdação o marco é a **abertura do testamento**.

Ainda que o agir do herdeiro tenha sido indigno e mesmo que o testador o tenha deserdado, a inércia para a propositura da ação simplesmente faz desaparecer as causas de exclusão e o herdeiro é contemplado com o seu quinhão hereditário, como se nada tivesse feito de errado.

7. Rui Carlos Kolb Schiefler, Dos excluídos da sucessão, 67.

Cabe trazer a tabela elaborada por Giselda Hironaka, pontuando as distinções entre indignidade e deserdação.⁸

Exclusão por indignidade	Deserdação
É pedida por terceiros interessados, no prazo de quatro anos da abertura da sucessão, e obtida mediante sentença judicial.	É feita por testamento pelo próprio testador e com declaração expressa de causa.
Alcança os herdeiros legítimos (necessários ou facultativos) e os testamentários.	Só alcança herdeiros necessários (ascendentes – art. 1.963 –, descendentes – art. 1.962 – e cônjuge sobrevivente).
Nem sempre os fatos são anteriores à morte do autor da herança.	Os suportes fáticos são anteriores à morte do autor da herança.
Os motivos da indignidade são válidos para a deserdação.	Nem todos os motivos da deserdação configuram a indignidade.
Resolve uma vocação hereditária existente no momento da abertura da sucessão.	Priva de uma vocação legitimária por meio da vontade imperial do testador.

28.2. PREMORIÊNCIA

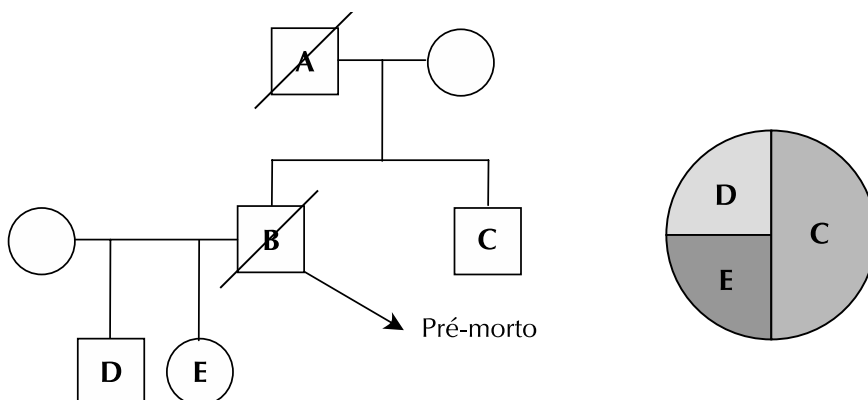
Há situações outras que podem ser identificadas como de perda do direito sucessório. Uma delas é chamada de premoriência: a morte do herdeiro antes do falecimento do autor da herança. Morrendo o filho antes do pai, não há falar em direito sucessório. O pré-morto está excluído da sucessão, não faz jus a qualquer direito.⁹ Nem ele, nem seu **cônjuge ou companheiro**. Como o filho que morre antes do pai não tem direito à herança, seu cônjuge ou companheiro não pode recebê-la em nome do falecido. O vínculo de **afinidade** que existe entre sogro e nora ou genro não gera direito sucessório nem a título de direito de representação. Assim, a viúva não tem direito à herança do sogro se o marido faleceu antes do pai. A companheira sobrevivente também não.

Na sucessão legítima, herdam os descendentes do herdeiro pré-morto **por representação**. Falecido o filho (B) antes do pai (A), os netos (D e E) recebem o quinhão que caberia ao pai (B) quando da morte do avô (A).

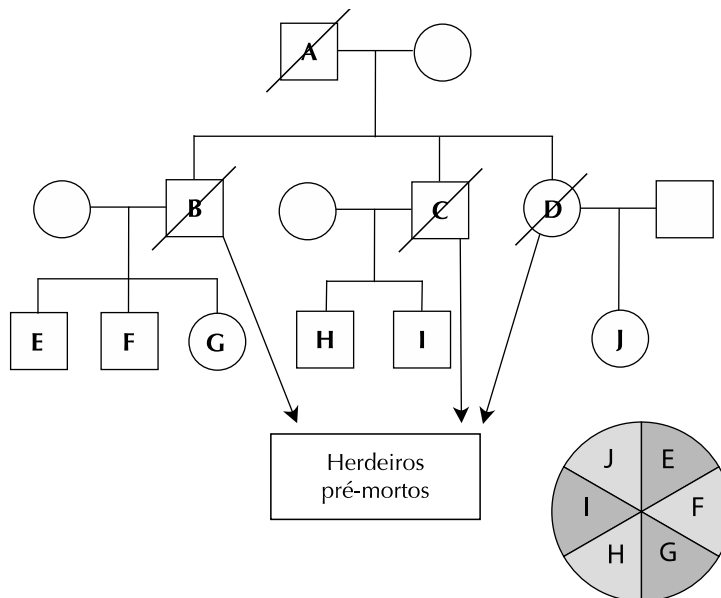
8. Giselda Hironaka, Deserdação e exclusão da sucessão, 371.

9. Rui Carlos Kolb Schiefeler, Dos excluídos da sucessão, 69.

É o que se chama herdar por **estirpe**. Isso ocorre se o avô (A), ao falecer, tem outros filhos vivos (C). O tio (C), na qualidade de herdeiro, recebe por direito próprio. Os seus sobrinhos (D e E) herdam por representação do pai (B), que morreu antes do avô (A).



Na hipótese de nenhum filho (B, C e D) sobreviver ao pai (A) é que são chamados os netos (E, F, G, H, I e J). Herdam todos, em partes iguais. Desimporta o número de filhos de cada um dos herdeiros da classe antecedente. Eles não herdam por representação, mas por **direito próprio**.



Na **sucessão testamentária**, o falecimento do beneficiado antes do testador não gera direito de representação. O legado **caduca** (CC 1.939 V). Havendo outros herdeiros instituídos com relação ao mesmo bem, a morte de um transfere o seu quinhão aos demais (CC 1.941 e 1.943). Ocorre direito **de acrescer**. Se não houver a nomeação de substitutos (CC 1.947), o quinhão retorna ao acervo sucessório a favor dos herdeiros legítimos.

28.3. COMORIÊNCIA

Quando acontece o falecimento, no mesmo evento, de duas ou mais pessoas vinculadas por liame sucessório, a falta de precisão sobre o momento da morte de cada um pode trazer sérias complicações e dificultar a transmissão da herança aos herdeiros.¹⁰

Não havendo a possibilidade de saber quem é herdeiro de quem, a lei presume que morreram simultaneamente (CC 8.º). Desaparece o vínculo sucessório entre ambos. Com isso, um não herda do outro e os bens de cada um passam aos seus respectivos herdeiros.¹¹ É o que se chama de comoriência: falecimentos **concomitantes**. A solução é salutar, pois um não sucede o outro, e os bens de cada um seguem para os respectivos herdeiros, como se entre os comorientes não houvesse relação de parentesco.¹²

Para avaliar a dimensão dessa regra, cabe trazer o exemplo figurado por Washington de Barros Monteiro, de falecimento, em um mesmo desastre, de um casal sem herdeiros necessários: se for reconhecido que o marido faleceu antes da mulher, a herança transmite-se dele para ela, e serão os herdeiros da mulher que receberão a totalidade da herança. De outro lado, ao se considerar que foi ela quem sucumbiu antes, a herança caberá aos herdeiros do marido.¹³ Presumida a comoriência, seguindo

10. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 62.

11. *Direito sucessório. [...] Comoriência. Transmissão da herança entre os comorientes. Impossibilidade. Meação. Ressalva. [...] Diante da impossibilidade de se identificar o exato momento da morte dos cônjuges em acidente automobilístico, impõe-se a presunção da morte simultânea – comoriência, na forma do art. 8º do CC/02. Nesse contexto, não há de se falar em transmissão de herança entre eles, recaindo sobre o único herdeiro necessário o direito relativo aos bens integrantes do patrimônio particular da de cujus. Quanto à meação, esta recairá tão somente sobre os valores de FGTS e PASEP depositados na constância do casamento, devendo, pois, esta quantia, ser abatida do montante que se pretende levantar via alvará judicial (TJMG, AC 1.0216.13.003338-6/004, 6ª C. Cív., Rel. Yeda Athias, j. 23/08/2016).*

12. Clóvis Bevilacqua. *Código Civil...*, v. 1, 202.

13. Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, v. 6, 16.

no exemplo, os herdeiros de cada um dos cônjuges receberão a respectiva herança. Na hipótese de haver bens comuns do casal, cabe dividi-los por dois. A metade cabe aos parentes do marido e a outra metade é dividida entre os herdeiros da mulher.

A ocorrência da morte em um mesmo momento, ainda que afaste o direito sucessório de um frente ao outro, não exclui o **direito de representação**, instituto que visa socorrer exatamente os descendentes do herdeiro falecido antes do titular da herança.¹⁴ É de todo descabido não admitir tal possibilidade, sob pena de gerar injustiças enormes. Um exemplo basta para evidenciar que a falta de ressalva do legislador não impede o reconhecimento do direito de representação: em um mesmo acidente, falece o pai (A) e seu filho (B). Tal circunstância não pode apagar o direito dos filhos de (B) de participarem da herança do avô (A), representando o pai (B). Seria absurdo excluir o direito desses netos e deferir a herança exclusivamente aos demais netos de (A), pelo só fato de o seu genitor (C) ter falecido junto com o avô. Nessa hipótese, haveria total diferença de tratamento, que não se justifica por ter um filho falecido juntamente com o seu pai e outro em momento anterior.

Carvalho Santos sustenta que, ocorrendo o falecimento, mesmo que em lugares diversos, se existir mútuo direito sucessório entre os mortos, não havendo meios de se verificar quem faleceu primeiro, possível, por analogia, reconhecer a comoriência.¹⁵

A comoriência precisa ser **declarada judicialmente**, o que pode ocorrer nos autos do inventário. Havendo provas seguras, não é necessário remeter as partes às vias ordinárias.¹⁶

Ainda que os herdeiros sejam distintos, é possível processar o **inventário em conjunto** (CPC 672). Ocorrendo a morte dos cônjuges, independentemente do regime de bens, não se justificam procedimentos autônomos, principalmente na hipótese de haver bens comuns. De todo desnecessário apartar a herança de cada um dos falecidos para posteriormente proceder à divisão dos acervos hereditários aos respectivos herdeiros.

14. JCJF – Enunciado 610: Nos casos de comoriência entre ascendente e descendente, ou entre irmãos, reconhece-se o direito de representação aos descendentes e aos filhos dos irmãos.

15. Carvalho Santos, Código Civil interpretado, v. 1, 317.

16. Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, Inventários e partilhas, 8.

LEITURA COMPLEMENTAR

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Comoriência. In: _____; _____
Direito Civil: teoria geral. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

GOMES, Renata Raupp. Deserdação, indignidade e revogação de doação por ingratidão: a necessária compreensão do tríptico jurídico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e sucessões: questões polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 277-296.

OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventário e partilha*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Deserdação e exclusão da sucessão. In: _____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 367-380.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; PAULA, Natália de Souza. A perda da meação, em face de homicídio doloso praticado pelo consorte: uma proposta de extensão dos efeitos da indignidade. *Revista Nacional de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, v. 20, set./out. 2017. p. 110-136.

29

INDIGNIDADE

Sumário: **29.1.** Características – **29.2.** Natureza jurídica – **29.3.** Indignidade, incapacidade e ilegitimidade – **29.4.** Sujeito ativo – **29.5.** Sujeito passivo – **29.6.** Causas – **29.7.** Efeitos: **29.7.1.** Quanto aos terceiros; **29.7.2.** Quanto ao cônjuge ou companheiro; **29.7.3.** Quanto aos descendentes; **29.7.4.** Quanto aos herdeiros testamentários e legatários; **29.7.5.** Adiantamento de legítima; **29.7.6.** Partilha em vida; **29.7.7.** Fideicomisso – **29.8.** Reabilitação – **29.9.** Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.814 a 1.818, 1.827 parágrafo único, 1.939 IV, 1.941, 1.943, 1.971 e 2.008; CPC 618 VI, 640.

29.1. CARACTERÍSTICAS

Cada vez mais se prestigia a dignidade humana, princípio maior da Constituição da República. Assim, por elementar razão de ordem ética, quem desrespeita a dignidade do outro merece ser punido. Quando a afronta ocorre entre pessoas que têm vínculo familiar e afetivo tão estreito, a ponto de a lei atribuir a eles a condição de herdeiros, a forma encontrada para inibir tais ações é de natureza patrimonial. Simplesmente é subtraído o direito à herança. Duas modalidades podem levar herdeiros a serem excluídos da sucessão: a indignidade e a deserdação. Ambas precisam ser declaradas judicialmente. O prazo para a propositura das ações é igual: quatro anos. As consequências são idênticas. As causas são praticamente as mesmas, apesar de haver um leque maior de possibilidades para a deserdação. Porém, nada permite confundir os dois institutos.

O instituto da indignidade é a privação do direito hereditário assegurado por lei, a quem cometeu certos atos ofensivos à pessoa ou aos interesses

do antecessor.¹ Merece ser alijado da sucessão o herdeiro que age contra a vida ou a honra do autor da herança ou comete atos ofensivos contra os membros de sua família. Também se sujeita à mesma penalidade quem obstaculiza a manifestação de vontade do testador. A indignidade permite a exclusão dos herdeiros legítimos, necessários, facultativos, testamentários, bem como dos legatários. É uma pena civil aplicada ao herdeiro que recebe a herança e a perde.² No dizer de Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, trata-se de resquício da antiga morte civil, uma vez que o indigno é considerado morto. Por isso não sucede, sendo representado por seus herdeiros.³

A sentença declaratória da indignidade dispõe de **eficácia retroativa** e alcança o direito do herdeiro no seu nascedouro, quando da abertura da sucessão. Declarada a indignidade, os bens tornam-se **ereptícios**, esquisito nome para identificar o retorno dos bens ao acervo sucessório do autor da herança. A devolução tem efeito *ex tunc*: retroage à data da morte do titular da herança. Devido ao caráter personalíssimo da pena, a parte do herdeiro indigno transmite-se aos seus descendentes, que herdam **por representação**. Orlando Gomes diz que o indigno se tem como pessoa inexistente.⁴

Pretendendo o autor da herança excluir herdeiro **necessário** que foi indigno, pode deserdá-lo. Em se tratando de **herdeiro facultativo**, basta deixá-lo fora do testamento ou expressamente dizer que não quer que seja contemplado, sem precisar declinar o motivo (CC 1.850).

29.2. NATUREZA JURÍDICA

Diverge a doutrina sobre a natureza jurídica da indignidade. É considerada como **deserdação tácita** operada pela Justiça.⁵ **Sanção civil** que priva o indigno do direito à sucessão.⁶

As opiniões dividem-se entre duas teorias:

- **teoria da incapacidade**: o herdeiro indigno não pode suceder por lhe faltar **capacidade sucessória**. Nem sequer adquire a qualidade

1. Clóvis Bevilacqua, Direito das Sucessões, 73.

2. Orlando Gomes, Sucessões, 32.

3. Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, Inventários e partilhas, 57.

4. Orlando Gomes, Sucessões, 32.

5. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito cCvil, v. 6, 36.

6. Orlando Gomes, Sucessões, 32.

de herdeiro, não chegando a integrar a ordem de vocação hereditária. Assim, como nunca foi herdeiro, nada transmite a seus sucessores.

- **teoria da exclusão:** o herdeiro indigno sucede, mas, em face do que fez, perde o direito à herança, é excluído.

Em face do silêncio da lei em identificar quem dispõe de **legitimidade** para pleitear a declaração de indignidade, sempre foi enorme a dificuldade em definir a natureza do instituto. Alegava-se a presença de **interesse de ordem pública**. O propósito seria de inibir a prática de atos ilícitos, punindo o herdeiro indigno. Portanto, o **Ministério Público** poderia propor a ação de deserdação. Nessa hipótese não haveria espaço para o **perdão**. Sílvia Venosa sustenta que, se não houver sucessor mais próximo, o Poder Público está legitimado a mover a ação contra o indigno, como derradeiro herdeiro que é, ainda que tecnicamente não o seja. Conclui afirmando que seria absurdamente imoral permitir que o filho que mata o pai ou a mãe herde, só porque não há parentes para afastá-lo da sucessão.⁷

O reconhecimento da indignidade não está condicionado à manifestação de vontade do autor da herança. É declarada depois de sua morte. No entanto, enquanto vivo, tem ele a possibilidade de **perdoar o indigno**, o que lhe garante o recebimento do quinhão sucessório. Porém, se o herdeiro praticou crime de **ação pública incondicionada**, o perdão não o livra de responder **ação penal**. Não perde a herança, mas pode perder a liberdade!

A posição amplamente majoritária reconhecia a legitimidade do agente ministerial quando há interesse público ou se o herdeiro com legitimidade para a ação é incapaz.⁸ Esta inconsistência ensejou a inserção de um parágrafo ao art. 1.815 do Código Civil, atribuindo legitimidade ao **Ministério Público** para demandar a exclusão do herdeiro ou legatário, quando houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, consumado ou tentado, contra o autor da herança, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente (CC 1.815 § 2.º).

A alteração legislativa foi proposta em 2007, alguns anos depois de Suzane von Richthofen ter assassinado os pais, não tendo seu irmão ingressado com a ação de indignidade.

7. Sílvia Venosa, Direito Civil, v. 7, 54.

8. JCJF – Enunciado 116: 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.

Para Flávia Teixeira Ortega, a possibilidade de o Ministério Público intervir em demandas familiares, de interesse meramente patrimonial, sem que haja interesse de incapazes a ser tutelado, é de escancarada inconstitucionalidade, violando o art. 127 da Constituição da República. Discute-se dinheiro pertencente a particulares. Os outros aspectos relacionados com o fato serão debatidos no respectivo processo criminal. Por essa razão, tecnicamente, a discussão sobre se o herdeiro tem ou não direito à herança envolve debate patrimonial e de índole disponível.⁹

A única possibilidade de conceder legitimidade ao Ministério Público seria na hipótese de existir herdeiro incapaz e o agir do indigno constituir crime de **ação penal pública incondicionada**. Deste modo, a prática dos delitos contra a vida do antecessor ou seus parentes autoriza o agente ministerial a propor ação de indignidade, ainda que os demais herdeiros não o façam. Com isso estará preservando o direito do herdeiro incapaz.

Com a declaração de indignidade do herdeiro, ele não faz jus à herança, a qualquer título. Caso o herdeiro que percebeu a herança morra sem sucessores, o indigno não pode recebê-la. Deve ser recolhida como **herança jacente**. Claro que o exemplo sempre invocado é o de Suzane von Richthofen, coautora da morte de ambos os pais. Como foi declarada indigna, na hipótese de falecimento de seu irmão, sem deixar herdeiros, ela não faz jus à sua herança. Cairia bem algum esclarecimento legal neste sentido.

29.3. INDIGNIDADE, INCAPACIDADE E ILEGITIMIDADE

Como bem alerta Carlos Maximiliano, a indignidade não se equipara à **incapacidade**. Esta é um fato, um obstáculo; já a indignidade é uma pena, uma pena. A incapacidade é congênita, pois o incapaz nunca adquire a herança. Na indignidade há perda da aptidão para herdar por culpa do beneficiário.¹⁰ A falta de capacidade leva à ilegitimidade para suceder, por causa alheia à pessoa. Decorre da lei que não o contempla como herdeiro.

Entretanto, mais um motivo não permite reconhecer que a indignidade gera incapacidade: se o indigno for reabilitado pelo titular da herança, ou se não for proposta a ação declaratória da indignidade, o herdeiro não é excluído da sucessão. Assim, a prática de ato ofensivo não subtrai a **capacidade sucessória** do herdeiro, apenas autoriza a sua exclusão, que, no entanto, precisa ser reconhecida judicialmente. O excluído por indignidade

9. Flávia Teixeira Ortega, Nova Lei 13.532/2017: legitimidade do Ministério Público.

10. Carlos Maximiliano, Direito das Sucessões, v. 1, 85.

não perde a qualidade de herdeiro, mas a qualidade de sucessor, isto é, perde o direito de ser contemplado com o quinhão que lhe era reservado.¹¹

Cabe trazer, em forma de tabela, a diferença entre indignidade e falta de legitimidade, elaborada por Giselda Hironaka.¹²

Exclusão por indignidade	Falta de legitimidade
A pessoa recebe a coisa e a perde.	A pessoa nunca a recebe, pois não tem legitimidade para tanto.
É uma pena civil aplicada ao herdeiro ou legatário pela prática de determinados atos de ingratidão.	É uma inaptidão para receber a herança, por motivos de ordem geral, independentemente de seu mérito ou demérito.
O indigno existe para a sucessão e perde a herança havida, ou seja, o direito existiu até a declaração de indignidade.	O ilegítimo não existe para a sucessão, portanto, não tem o direito de suceder.
Os descendentes do indigno recebem a parte que lhe caberia, por direito de representação, como se o indigno fosse morto anteriormente ao autor da herança, uma vez que a pena não pode passar da pessoa do culpado para atingir terceiros, seus herdeiros, prejudicando-os.	Os herdeiros do não legitimado não recebem em seu lugar, a menos que tenham legitimidade própria.
Obstaculiza a conservação da herança.	Impede que surja o direito à sucessão.

29.4. SUJEITO ATIVO

Identifica a lei as pessoas cujo agir indevido pode excluí-las da sucessão (CC 1.814): herdeiros legítimos ou testamentários e legatários. Todos os eventuais beneficiários da herança que agirem contra o seu titular podem ser reconhecidos como indignos. Quando o ato for cometido pelo **cônjuge** ou pelo **companheiro**, pode levar à perda do direito de **concorrência sucessória**. Afinal, recebem parte da herança como herdeiros, ainda que não herdeiros exclusivos. Assim, mesmo que haja descendentes ou ascendentes, o cônjuge ou o companheiro podem ser excluídos por indignidade. A exclusão, no entanto, não afeta o direito à **meação** que pertence a eles

11. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 88.

12. Giselda Hironaka, *Deserção e exclusão da sucessão*, 370.

por direito próprio. Ou seja, ainda que um cônjuge tenha matado o outro, não perde o direito à meação.¹³ Somente se sujeita a perder o direito de concorrência ou o direito à herança se for herdeiro exclusivo. Mas há decisões que, com toda a coerência, excluem o direito de meação de quem matou o cônjuge.¹⁴

Os efeitos da indignidade não atingem somente sucessores. Quem atenta contra a vida do autor da herança não merece ser contemplado com o seu acervo hereditário, seja a que título for. É descabido limitar a indignidade exclusivamente aos atos praticados por herdeiros. Nenhuma pessoa que age contra a vida do *de cujus* ou seus familiares deve ser beneficiada. Um exemplo basta para evidenciar o equívoco da enumeração legal: nada justifica que o genro que mata o sogro seja, por ocasião do divórcio, beneficiado com a metade dos bens da herança, a título de meação.¹⁵

13. Recurso de apelação. Processual civil. Civil. Ação de indignidade de herdeiro ajuizada pelo autor da herança. Ilegitimidade ativa. Ação de deserdação. Inadequação. Ausência de interesse. Declaração testamentária. Extinção sem apreciação do mérito. Recurso não provido. Apenas após a morte do autor da herança, fato que inaugura não somente a abertura da sucessão como também a transmissão da herança (princípio da saisine), é que as causas de indignidade do herdeiro haverão de ser apreciadas em juízo. . A apelante, como autora da herança, não ostenta legitimidade para o ajuizamento de ação declaratória de indignidade de herdeiro. . Havendo a expressa disposição legal acerca do meio pelo qual se dá a deserdação – declaração testamentária –, resta inadmitido o processamento de “ação de deserdação”. . Seja porque falece à autora a legitimidade para o ajuizamento de ação de indignidade, seja porque é inadequada a via judicial eleita para o pleito de deserdação, a extinção do processo, sem apreciação do mérito, é medida que se impõe. Recurso não provido. (TJMG, AC 10428130018149001 MG, Rel. Corrêa Junior, j. 31/01/2017, p. 10/02/2017).
14. Inventário. Meação. Declaração de indignidade. Homicídio. Exclusão da sucessão. Mister que se exclua da meação o consorte declarado indigno pela prática de homicídio doloso contra sua cônjuge, mesmo que o casamento se tenha dado pela comunhão universal de bens, quando resta claro que o autor do crime tinha evidente intenção de tomar proveito da situação econômica da vítima. – Destaque-se que se trata de situação singular, em que o cônjuge cometeu o crime contra sua esposa após somente sete meses de união. Recurso conhecido e provido. (TJMA, AI 4003198-38.2013.8.04.0000, Rel. Des. Domingos Jorge Chalub Pereira, j. 07/09/2014).
15. Meação. Divórcio. Indignidade. Quem matou o autor da herança fica excluído da sucessão. Este é o princípio consagrado no inc. I do art. 1595 do CC, que revela a repulsa do legislador em contemplar com direito sucessório quem atenta contra a vida de alguém, rejeitando a possibilidade de que, quem assim age, venha a ser beneficiado com seu ato. Esta norma jurídica de elevado teor moral deve ser respeitada ainda que o autor do delito não seja herdeiro legítimo. Tendo o genro assassinado o sogro, não faz jus ao acervo patrimonial decorrente da abertura da sucessão. Mesmo quando do divórcio, e ainda que o regime do casamento seja o da comunhão

Essa posição não tem sido acolhida pelos tribunais, mas é sustentada na doutrina, sob o fundamento de que a inexistência de norma legal que determine a perda do direito à meação, não pode obstar que o juiz julgue à luz da **analogia**, dos **costumes** e dos **princípios gerais do direito**. O princípio da completude não tem prevalência nas leis pátrias, por existir lacunas no Direito.¹⁶

Impositivo reconhecer que o elenco legal **não é taxativo**. Ao **enumerar algumas hipóteses**, a lei consagra um princípio: a pessoa que atenta contra a vida de outrem não pode ser beneficiada com o seu patrimônio. Não importa se o autor detém ou não a condição de herdeiro. Sempre que houver possibilidade de locupletamento indevido, simplesmente não pode ser beneficiado com qualquer direito. Nas palavras de Rui Barbosa: “Saber as leis, dizem os juristas, não é ter-lhes em mente as palavras, mas conhecer-lhes a força e a intenção”.

29.5. SUJEITO PASSIVO

Não somente atos de indignidade cometidos contra o autor da herança levam à exclusão do direito sucessório. Quanto mais grave o ato praticado, maior é o número de sujeitos contra os quais a postura do herdeiro pode afastá-lo da herança.

Quem atenta **contra a vida** do antecessor, de seu cônjuge, companheiro, ascendentes ou descendentes não merece ser beneficiado com a herança (CC 1.814 I). Assim, o filho que atenta contra a vida do pai, da esposa ou companheira dele, dos avós ou de um irmão, não pode receber a herança do seu genitor.

O agir **contra a honra** do *de cujus*, seu cônjuge ou companheiro leva ao reconhecimento da indignidade (CC 1.814 II). Logo, o filho que pratica o crime de injúria, calúnia ou difamação contra a mulher ou a companheira do pai pode ser excluído da sucessão. No entanto, não será considerado indigno se praticar tais delitos contra o avô ou um irmão.

Admitindo a lei atos de indignidade contra familiares do autor da herança, bem como contra seu cônjuge e companheiro, não há como

de bens, não pode o varão receber a meação constituída dos bens percebidos por herança. Apelo provido por maioria, vencido o relator. (TJRS, AC 70005798004, 7.^a C. Cív., Redatora para o acórdão Des. Maria Berenice Dias, j. 09/04/2003).

16. Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Natália de Souza Paula, A perda da meação..., 131.

deixar de inserir neste rol também os parceiros das **uniões homoafetivas**. Assim, o filho que age contra a vida ou a honra do parceiro homossexual do genitor pode ser declarado indigno. Também o delito cometido contra os ascendentes ou descendentes do parceiro leva à exclusão do herdeiro.

29.6. CAUSAS

Elenca a lei as ações que autorizam a declaração de indignidade do herdeiro. É uníssona a doutrina em reconhecer como **taxativa** a enumeração legal, constituindo *numerus clausus*, de modo a não ser possível identificar fatos outros como indignos. O fundamento para esta interpretação restritiva é o fato de que as condutas que levam à exclusão do direito sucessório são tipificadas no âmbito do direito penal, onde vigora o princípio de proibição da analogia *in malam partem*, ou seja, contra o autor do delito. Para Giselda Hironaka, se é impossível a extensão analógica para abarcar outras condutas como configuradoras do delito, no âmbito civil tal prática também é descabida.¹⁷

No entanto, a natureza do instituto da indignidade, de acentuado conteúdo **ético**, não permite interpretação tão limitada. Ao elencar algumas hipóteses, a lei simplesmente consagra um princípio: quem age contra o autor da herança ou seus familiares não pode ser contemplado com sua herança.

Como a indignidade depende de reconhecimento judicial, não se justifica o tão decantado engessamento. Não é correto afirmar que o art. 1.814 do CC traz um rol **taxativo**, pois nele não se encerram todas as possibilidades da aplicação da indignidade ao caso concreto.¹⁸

Belmiro Welter afirma que o ser humano é um ser tridimensional: um ser genético, afetivo e ontológico, pois tem compreensão de percepção de si. Assim, para herdar, não basta provar a **legitimidade biológica parental**, a vida conjugal ou convivencial. As causas de exclusão da capacidade sucessória – tanto na indignidade como na deserdação – nomeadas no Código Civil, são meramente **exemplificativas**. Alcançam mais **motivos** do que ilícitos penais e civis, incluindo a ausência de afetividade, de convivência, de cuidado, de presença, de compartilhamento da vida com todos os membros das famílias, essencialmente com o autor da herança,

17. Giselda Hironaka, Deserdação e exclusão da sucessão, 356.

18. Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Natália de Souza Paula, A perda da meação..., 131.

pois é retirado dele, além da condição humana tridimensional, a própria dignidade.¹⁹ Cabe atentar que o **abandono afetivo** é crime qualificado (CP 133 § 3.º II), não podendo ser contemplado com bens quem não deu nem afeto e nem atenção.²⁰

O fato é que, até a doutrina que sustenta a impossibilidade de outras causas configurarem indignidade, reconhece que o induzimento ao suicídio, a eutanásia e o infanticídio, por exemplo, justificam a exclusão.

Da mesma forma, ocultar ou romper o testamento também são condutas identificadas como restrições à liberdade de testar que podem levar à indignidade. Esta linha de sustentação nada mais é do que uma ampliação das hipóteses legais. Ao depois, ainda que as condutas indignas configurem práticas delitivas, não se está em sede de **direito penal**, nada justificando a aplicação do princípio que proíbe analogia contra o réu.

A escolha feita pelo legislador dos delitos aptos ao reconhecimento da indignidade é absolutamente desarrazoada, reproduzindo preocupação para lá de antiquada e conservadora, pois prioriza a imagem social, deixando fora do elenco crimes que têm repercussão muito mais danosa à pessoa da vítima. Injustificável a tentativa de limitar as causas a um rol de acontecimentos, como se fosse possível prever todas as atitudes que autorizam a exclusão. Melhor seria delegar ao juiz o encargo de identificar se o agir do herdeiro justifica a aplicação da pena. Para evidenciar o absoluto descabimento da limitação das causas da indignidade, basta figurar uma hipótese: seria absurdo excluir da sucessão o filho que injuria a mãe e contemplá-lo com direito sucessório se ele a havia estuprado. O jeito de evitar esse não senso é reconhecer o estupro como prática de crime contra a honra, ainda que não o seja (CC 1.814 II). De qualquer forma, trata-se de interpretação extensiva do elenco legal, que, no entanto, ninguém admite.

19. Belmiro Welter, Teoria tridimensional do Direito de Família e o direito de herança.
20. Ação de indignidade. Deserdação de ascendente. Pedido de exclusão da sucessão da genitora do falecido. *De cujus* que era interditado, tendo como curador, seu irmão. Destituição do poder familiar da genitora averbada na certidão de nascimento. Genitora que não cumpriu seu dever de amparo, sustento, não somente financeiro, mas psicológico, afetivo e físico. Desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade. Aplicação do artigo 1814, 1.815 e 1.963, IV do Código Civil. Hipótese de declaração de indignidade. Ausência de deserdação por testamento. Autor da herança civilmente incapaz que não poderia dispor através de testamento sobre seus bens. Hipótese afeta à causa de indignidade. Exclusão de sucessão da herança por sentença judicial. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP, AC 10001277020148260602/SP 1000127-70.2014.8.26.0602, Rel. Maria Salete Corrêa Dias, j. 12/09/2018, p. 12/09/2018).

Outra hipótese sem previsão legal e que deveria ensejar o reconhecimento da indignidade se dá quando o pai **abandona** o filho e não lhe presta **alimentos**. Além de o **abandono material** configurar crime (CP 244), afronta os mais mezinhos princípios éticos brindar o pai com a herança do filho sem que tenha ele exercido os deveres decorrentes do poder familiar. Como diz Rolf Madaleno, não faz nenhum sentido a imposição de legítima para os supostos “filhos”, com o qual o indigitado pai biológico jamais tenha estabelecido qualquer relação e onde nunca existiu qualquer resquício, ensaio ou tentativa de estabelecimento de um afeto paternal.²¹ Mas não é este o entendimento jurisprudencial.²²

Traz a lei um rol de causas que autorizam a exclusão do herdeiro:

CC 1.814 I: foi autor, coautor ou partícipe de **homicídio doloso**, consumado ou tentado, contra o titular da herança, seu cônjuge ou companheiro, ou, ainda, contra os seus ascendentes e descendentes. Assim, quem mata ou tenta matar o pai, a esposa ou a companheira dele, o avô ou algum irmão, pode perder o direito à herança do genitor.

Ainda que fale a lei em homicídio, fica excluído da herança quem comete **delitos contra a vida**. Portanto, cabe incluir como causa de indignidade o induzimento ao suicídio, a eutanásia e o infanticídio.²³ O homicídio capaz de gerar exclusão é somente o **doloso** (CP 121). Não cabe reconhecer indignidade se a morte decorreu de culpa (CP 121 § 3.º).²⁴

Para configurar indignidade, é necessária a prova da prática do delito, mas não a prévia **condenação** do réu. Não cabe a exclusão se, no juízo criminal, ocorreu a **absolvição** pelo reconhecimento da inexistência do fato ou foi admitida causa excludente da ilicitude (CP 23): estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular

21. Rolf Madaleno, O confronto da filiação socioafetiva e o pretense direito sucessório sobre a filiação biológica, 70.

22. Exclusão de herdeiro por indignidade. Insurgência contra r. sentença monocrática que reconheceu a ocorrência de “abandono material” e declarou a indignidade do genitor *do de cujus*. Acolhimento. Impossibilidade jurídica do pedido. Rol do artigo 1.814, do Código Civil que, por importar em restrição de direitos, é taxativo. Hipóteses, ademais, que somente seriam lastro para tal pretensão se houvesse condenação criminal. Violação ao Artigo 5.º, XXX, da CF. Orientação doutrinária e precedente do E. Superior Tribunal de Justiça. Apelo provido. (TJSP, AC 1014043-24.2014.8.26.0554, 5.ª C. Dir. Priv., Rel. Fábio Podestá, j. 12/09/2017).

23. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 90.

24. Idem, 89.

de direito. No entanto, se o juízo absolutório decorreu da falta de provas (CPP 386 VII), nada impede o reconhecimento da indignidade.

Quando o delito que autoriza a declaração de indignidade é cometido por **menor de 18 anos**, diverge a doutrina sobre as consequências de seu agir no âmbito sucessório, uma vez que ele não responde a processo-crime, mas pela prática de **ato infracional**, sujeitando-se a medidas específicas (ECA 112 a 125). Quem considera a indignidade uma sanção civil afirma que crianças e adolescentes são civilmente incapazes, não havendo como reconhecê-los indignos.²⁵ Outros afirmam que a exclusão que os ampara em sede criminal decorre do fato de os jovens não entenderem o caráter criminoso do ato, descabendo sua aplicação no âmbito civil.²⁶ Porém, a condição de imputável não pode beneficiar quem comete atos que configuram indignidade, brindando-o com direitos sucessórios. Sílvio Venosa chega a afirmar que não seria moral que um adolescente pudesse se beneficiar de sua menoridade para concorrer na herança do pai que matou.²⁷

CC 1.814 II: se fez **acusação caluniosa** em juízo ou se incorreu em **crime contra a honra** do *de cujus*, seu cônjuge ou companheiro hétero ou homossexual. O Código Penal traz o crime de **denúncia caluniosa** (CP 339). Mas não é a prática deste delito que configura indignidade, eis que a lei fala em “acusação caluniosa” e não em “crime de denúncia caluniosa”. Assim, não é necessária a condenação na esfera criminal. Também é desarrazoado pretender que a denúncia seja feita no juízo penal. Como bem adverte Giselda Hironaka, o que a lei exige é que o fato imputado caluniosamente seja considerado crime, e não que a denúncia tenha origem no juízo criminal.²⁸ A denúncia feita nas esferas cível, administrativa ou eleitoral autoriza o reconhecimento da acusação caluniosa para a declaração de indignidade.

Os crimes contra a honra são: **calúnia** (CP 138); **difamação** (CP 139) e **injúria** (CP 140). Aqui a lei fala em “crime”, daí ser necessária a condenação no juízo penal para dar ensejo à declaração de indignidade.²⁹ Os atos que levam à exclusão do herdeiro, de um modo geral, são praticados antes da morte do *de cujus*, mas podem ocorrer depois, como a ofensa à

25. Flávio Augusto de Barros, Manual de Direito Civil, 198.

26. Giselda Hironaka, Deserdação e exclusão da sucessão, 360.

27. Sílvio Venosa, Direito civil, v. 7, 59.

28. Giselda Hironaka, Deserdação e exclusão da sucessão, 362.

29. Neste sentido: Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, 72; e Maria Helena Diniz, Curso de direito civil brasileiro, v. 6, 54.

sua memória, o que configura o crime de calúnia contra os mortos (CP 138 § 2.º).³⁰

CC 1.814 III: o herdeiro que, por **violência física ou psicológica**, ou por **meios fraudulentos**, inibiu ou obstou o autor da herança de livremente dispor de seus bens por **testamento** ou **codicilo**. A proteção é somente à **liberdade do testador**, e não se estende aos seus familiares. Qualquer interferência causada por violência física ou psicológica, ou, ainda, por meio fraudulento, gera a possibilidade de exclusão. Porém, nem todas as ações que obstaculizam a liberdade de testar configuram atos ilícitos, a dar ensejo à instauração de ação penal. De outro lado, é necessário reconhecer indignidade na atitude do herdeiro que altera, falsifica, inutiliza ou oculta o testamento. Neste caso, como o herdeiro testamentário não pode perceber o quinhão que lhe havia sido contemplado no testamento, tem possibilidade de reclamar **perdas e danos** de quem dolosamente deu causa ao rompimento da cédula testamentária. O herdeiro indigno, além de ficar sem o seu quinhão hereditário, terá de indenizar quem prejudicou.

29.7. EFEITOS

Pelo princípio de *saisine*, a transmissão dos bens aos herdeiros ocorre no momento da morte do autor da herança. Inclusive ao herdeiro indigno. Até o trânsito em julgado da sentença declaratória da indignidade é considerado **herdeiro aparente**, sendo-lhe permitido o exercício de todos os direitos, inclusive o direito de promover a alienação onerosa do patrimônio hereditário a terceiro de boa-fé.³¹ Declarada a indignidade, o herdeiro fica excluído da sucessão como se dela nunca tivesse participado. A sentença dispõe de **eficácia ex tunc**, retroagindo seus efeitos à data da abertura da sucessão. A herança é devolvida aos demais herdeiros em sua integralidade. O indigno não responde pelos **encargos sucessórios** sobre o quinhão hereditário que perdeu.

Mesmo que tenha ocorrido a transmissão da herança ao herdeiro quando da abertura da sucessão e posterior retorno ao acervo sucessório, em face da declaração de indignidade, tal não é fato gerador do **imposto de transmissão**.

30. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 91.

31. Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Natália de Souza Paula, A perda da meação..., 122.

Têm o feio nome de **ereptícios** os bens que o indigno deixa de herdar e retornam ao monte-mor. Aqui, mais uma vez, se flagra o princípio de *saisine*, que, por não admitir que a herança fique sem dono um momento sequer, cria fictícias transferências, com efeitos vários.

Ainda que o herdeiro tenha recebido a posse dos bens da herança, é necessário que os devolva, tão logo transite em julgado a sentença que o declarar indigno. Além dos bens, também tem de devolver os frutos e rendimentos (CC 1.817 parágrafo único). Os demais sucessores podem exigir do herdeiro excluído a reposição patrimonial, bem como perdas e danos, eis que possuem o direito à integralidade da herança desde a abertura da sucessão. No entanto, nada podem exigir do terceiro adquirente de boa-fé, porque a lei não concede demanda reivindicatória.³²

29.7.1. Quanto aos terceiros

Diverge a doutrina sobre a natureza da posse do indigno: se é possuidor de **boa-fé**, tem direito de ser reembolsado dos gastos que efetuou para a conservação dos bens,³³ ou se sua posse é de **má-fé**, por ser sabedor do vício que maculou a aquisição do quinhão hereditário.³⁴

Há uma distinção a ser feita. A declaração judicial de exclusão do direito à herança tem efeito *ex tunc* à data da abertura da sucessão. Porém, ainda que a sentença tenha efeito retroativo, não pode prejudicar **terceiros** de boa-fé. Em respeito ao **princípio da aparência**, que visa a resguardar terceiros, o indigno que está na posse e administração dos bens da herança é considerado **herdeiro aparente**. São válidas as alienações feitas a terceiro de boa-fé (CC 1.827 parágrafo único). Como afirma Maria Helena Diniz, é preciso levar em conta a boa-fé do adquirente, que acreditou não só na legalidade do ato negocial efetivado, mas também na condição de herdeiro do alienante, que, até o instante da exclusão, aos olhos de todos, era o “real” herdeiro.³⁵

Desse modo, é impositivo respeitar as alienações onerosas feitas pelo herdeiro em momento anterior à declaração de indignidade.³⁶ Até o trân-

32. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 59.

33. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 43.

34. Neste sentido: Orlando Gomes, Sucessões, 35; e Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 58.

35. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 59.

36. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 43.

sito em julgado da sentença estas são válidas, têm efeito *ex nunc*, pois ainda não é possível ter o alienante como excluído.³⁷ Também valem os **atos de administração** praticados antes da declaração de indignidade. De qualquer modo, depois de citado para a ação de indignidade, não mais se pode falar em boa-fé, em face dos efeitos do ato citatório (CPC 240).

Até ser excluído, o indigno detém a condição de herdeiro, tanto que tem direito ao reembolso das despesas de conservação que tiver efetuado (CC 1.817 parágrafo único). No entanto, tal regra não vale quanto a **doações** e transferências **gratuitas** de bens. Mesmo que o donatário esteja de boa-fé, os atos de liberalidade do herdeiro não subsistem. Não são nulos – são anuláveis e podem ser desconstituídos.

Aberta a sucessão, em face do princípio de *saisine*, a herança transmite-se a todos os herdeiros, inclusive a aquele que agiu de modo indigno. Ele tem direito à herança e legitimidade para estar na posse dos bens. Declarada a indignidade, os bens devem ser trazidos à **colação** (CC 2.008), atribuição que cabe ao **inventariante** (CPC 618 VI). Como a exclusão possui **efeito retroativo**, o quinhão devolvido é atribuído aos demais herdeiros da mesma classe, ocorrendo o que se chama de **direito de acrescer**. Porém, se o indigno possui descendentes, como os efeitos da indignidade são **pessoais**, é admitido o **direito de representação**. Isso tudo em face da vedação constitucional de a pena alcançar além do réu (CR 5.º XLV). Aplicam-se ao indigno as regras da **premoriência**, sendo considerado herdeiro pré-morto. Para usar a expressão do Código, *é como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão* (CC 1.816). Assim, se o indigno tiver descendentes, são eles chamados a herdar, sendo-lhes transferido o quinhão hereditário (CC 1.851). Herdam no lugar do pai, recebem o quinhão que ele deixou de receber. É o que se chama de suceder por **estirpe**.

Na hipótese de **não** existirem herdeiros da mesma classe do indigno, os seus descendentes são chamados à sucessão, mas por **direito próprio**. Cabe um exemplo: falecido o pai (A), um de seus dois filhos (B) é declarado indigno. Seu quinhão hereditário fica inteiramente com o irmão (C), que é herdeiro da mesma classe. Porém, se o indigno (B) tiver filhos (D e E), eles recebem a herança do pai, por **direito de representação**. Assim, metade da herança é recebida pelo irmão (C) e a outra metade é dividida entre os filhos de (B). No entanto, se (B) for o único filho de (A), são chamados a suceder os herdeiros da classe subsequente, ou seja, os filhos do indigno (D e E), que recebem a herança por direito próprio, não por representação.

37. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 96.

29.7.2. Quanto ao cônjuge ou companheiro

Ainda que a indignidade seja pessoal e atinja apenas o herdeiro, se ele é **casado**, a exclusão alcança o cônjuge, mesmo que casados pelo regime da **comunhão universal de bens**, pois este é o único regime em que se comunicam os direitos sucessórios. O cônjuge ou o companheiro não faz jus nem à metade do quinhão hereditário, porque na exclusão por indignidade é como se o herdeiro tivesse morrido antes do *de cujus*. Não importa se houve cumplicidade ou não, a indignidade atinge o cônjuge. Como o direito de representação só beneficia os descendentes, nem o cônjuge nem o companheiro podem receber a herança do indigno.

29.7.3. Quanto aos descendentes

Como o indigno é considerado como se morto fosse, o seu quinhão hereditário é transmitido aos seus descendentes, que herdaram **por representação**. Ainda que preservado o direito dos descendentes, as penalidades a que está sujeito o indigno são bastante cruéis. Sendo menores de idade os filhos que receberam o quinhão hereditário, o pai indigno não pode exercer os encargos patrimoniais decorrentes do **poder familiar**. Não tem direito ao **usufruto** dos bens dos filhos nem pode administrá-los (CC 1.689). Mas o legislador vai além. Exclui o **direito sucessório do indigno** com referência aos bens que foram percebidos por seus descendentes. Ou seja, a herança que foi recebida pelo descendente, em face da indignidade do pai, não se transmite ao genitor no caso de falecimento do filho (CC 1.816 parágrafo único). Desimporta se ele recebeu a herança do pai por representação ou por direito próprio. Não assiste ao genitor indigno o direito de suceder o filho pela ausência de outros herdeiros da mesma classe. A lei não faz esta ressalva, mas decorre da natureza punitiva do instituto. Caso contrário, haveria a possibilidade de alguém, ao matar o pai e o único irmão, fazer com que seus filhos recebam a herança por direito próprio, e não por representação. Sendo os filhos menores de idade, estaria garantido o direito de usufruto e de administração. Mas o direito do indigno iria além. Vindo a falecer o filho sem descendente, o seu genitor seria contemplado com a herança na condição de seu ascendente. Caio Mário da Silva Pereira sustenta que o indigno excluído da herança paterna não está inibido de representar seu pai na sucessão de outro parente, uma vez que se deve considerar a pena restritivamente.³⁸ Porém, não é isso que a lei quer. O indigno não pode

38. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 42.

receber os bens nem representando o herdeiro que foi contemplado em face da declaração de sua indignidade. Essa quase perpetuação da pena de indignidade é criticada por alguns, que destacam o caráter personalíssimo da exclusão.³⁹ Mas é aplaudida por outros, sob o fundamento de que, se assim não fosse, pouco representaria a indignidade em termos práticos.⁴⁰

A indignidade inibe o herdeiro de suceder aquele contra quem agiu, bem como impede que receba a herança de outros parentes. Verdadeiro efeito cascata. Assim, o filho que mata o pai, além de ser excluído da herança do genitor, pode ser considerado indigno quanto à sua mãe, seu avô e seu irmão. Portanto, um ato de indignidade pode gerar várias indignidades, sem que seja necessário ajuizar as respectivas ações.⁴¹

É necessário reconhecer que a perda do **poder familiar** (CC 1.638) afasta o direito sucessório do pai com relação ao filho. Ainda que essa conclusão pareça óbvia, não está na lei. Não admitir isso leva à conclusão de que o rompimento do vínculo parental viria em benefício do genitor que não cumpriu com os seus deveres legais. O despropósito da assertiva fica mais escancarado quando se afirma, como fazem alguns, que a extinção da autoridade parental afasta o dever de alimentos. Assim, o pai que perde o poder familiar não teria o dever de sustento, mas conservaria o direito de receber a herança do filho.

29.7.4. Quanto aos herdeiros testamentários e legatários

Quando a declaração de indignidade atinge herdeiro testamentário ou legatário, tal não afeta a higidez do testamento. Simplesmente são ineficazes as disposições que beneficiavam o herdeiro que foi excluído. Na arcaica expressão da lei, o legado **caduca** (CC 1.939 IV). A indignidade do herdeiro testamentário ou do legatário não autoriza que seus sucessores venham a receber em seu lugar, pois só há **direito de representação** em sede de sucessão legítima. Porém, se vários forem os beneficiários, não tendo o testador especificado a quota de cada um, sua parte será repartida entre os demais herdeiros testamentários ou legatários, por força do **direito de crescer** (CC 1.941 e 1.943). Porém, se o testador definiu o quinhão do herdeiro testamentário, a parte do indigno vai para os herdeiros legítimos.⁴²

39. Neste sentido: Orlando Gomes, *Sucessões*, 35.

40. Neste sentido: Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 97.

41. Flávio Augusto de Barros, *Manual de Direito Civil*, 197.

42. *Idem*, 199.

29.7.5. Adiantamento de legítima

O fato de o herdeiro ter recebido adiantamento de legítima não impede que venha a ser declarado indigno. Precisarà devolver os bens que havia recebidos. Do mesmo modo, se o ascendente fez **doações** ao descendente (CC 544), o que foi doado tem de ser **trazido à colação** (CC 2.002). Caso a doação tenha ocorrido antes do ato de indignidade, tal não livra o herdeiro de ser excluído da sucessão. No entanto, se a doação foi feita depois do agir indigno do herdeiro, do qual tinha conhecimento o *de cujus*, isso significa que houve perdão. Ainda assim, persiste o direito de o doador revogar a doação por ingratidão (CC 555).

29.7.6. Partilha em vida

Na partilha em vida feita a favor de herdeiros – quer necessários, quer facultativos – ocorre o mesmo (CC 2.018). Ainda que tenham sido doados bens da parte disponível, os herdeiros se sujeitam a perder o bem recebido se cometerem atos de indignidade. No entanto, quando a doação beneficiou terceiros, ainda que estes se comportem de forma indigna, não podem ser declarados indignos. Como houve simples **doação**, é possível somente a revogação por **ingratidão** (CC 557). Mas esta é uma prerrogativa personalíssima do doador (CC 560). Assim, se o autor da herança não revogou a doação feita a favor de quem não era seu herdeiro, enquanto vivo estava, depois de sua morte não pode ser buscado o reconhecimento da indignidade do beneficiário. É possível tão somente que os herdeiros prossigam na ação iniciada pelo doador.

29.7.7. Fideicomisso

No fideicomisso – instituição de **herdeiros sucessivos** (CC 1.951) – há a possibilidade tanto do fiduciário (primeiro herdeiro instituído) como do fideicomissário (segundo contemplado) serem declarados indignos. Com isso, são excluídos da sucessão. Os sucessores de qualquer deles não podem assumir o lugar do indigno. Declarada a indignidade do fiduciário, consolida-se a titularidade em favor do fideicomissário. Se o fideicomissário for declarado indigno, o fiduciário resta titular definitivo dos bens. Ainda que os atos de indignidade que ensejam a exclusão sejam contra o titular dos bens ou as pessoas que o cercam, há que se reconhecer, como sustenta Sílvio Venosa, que os atos de indignidade cometidos pelo fideicomissário contra o fiduciário também levam à exclusão. E conclui: sumamente imoral

seria permitir que o fideicomissário recebesse os bens, se atentasse contra a vida do fiduciário.⁴³

29.8. REABILITAÇÃO

O autor da herança pode perdoar o indigno. O perdão é **ato pessoalíssimo**. Perdoado o herdeiro antes da abertura da sucessão, não cabe dizer que ele recuperou a capacidade sucessória. Não se recupera o que não se perdeu. Simplesmente o herdeiro continua a integrar a ordem de vocação hereditária.

O perdão é chamado de **reabilitação**: declaração expressa do autor da sucessão, perdoadando a indignidade de seu herdeiro. A reabilitação precisa ser levada a efeito por **testamento** ou **ato autêntico**. Ato autêntico não é somente a escritura pública. Também o escrito particular firmado pelo *de cujus*, subscrito por testemunhas, serve para traduzir o desejo de que o herdeiro ingrato continue herdeiro. O **codicilo** pode ser considerado como ato autêntico para perdoar o herdeiro.

Não afasta a indignidade o perdão concedido pelas vítimas do ato de indignidade, ou seja, aqueles contra quem o herdeiro cometeu a conduta indevida (CC 1.814 I e II). O agir contra a vida do cônjuge, companheiro, ascendentes e descendentes do *de cujus* pode levar à indignidade, mas o perdão manifestado por eles não tem qualquer valia, não afasta a pena de exclusão. Ainda assim, como os herdeiros podem deixar de promover a ação de indignidade, a inércia acaba tendo o mesmo efeito de absolvição do indigno.

A reabilitação é **irretratável**, ou seja, depois do perdão, o titular da herança não pode voltar atrás, a não ser, é claro, que revogue o testamento ou destrua o documento em que havia perdoado o indigno. Porém, se o herdeiro pratica novo ato de indignidade, não vale o perdão anterior que se referia a fato pretérito.⁴⁴ Para valer o perdão, o testamento precisa ser válido. Se for anulado, não vale a reabilitação. No entanto, se for reconhecida apenas a **ineficácia** do testamento, ou seja, se ele **caducar**, tal não invalida o perdão.

Não existe **reabilitação tácita** (CC 1.818 parágrafo único). Se o autor da herança, em vez de afirmar que perdoa o herdeiro, simplesmente o contempla no testamento, tal não configura perdão. E, como não houve

43. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 308.

44. Salomão de Araújo Cateb, Direito das Sucessões, 80.

reabilitação – que a lei quer que seja expressa –, pode ser proposta ação para a declaração da indignidade. Declarado indigno, o herdeiro é excluído da sucessão legítima, mas não perde o direito de receber o legado que lhe deixou o testador. Arnaldo Rizzardo sustenta que a inclusão do indigno em testamento opera reabilitação tácita, com efeito parcial, pois recebe apenas o *quantum* constante da cláusula testamentária.⁴⁵

Se o testamento contemplando legatário foi elaborado antes do ato de indignidade, ou se o testador não tinha conhecimento da postura indevida de seu herdeiro, possível a ação de exclusão. Além da herança legítima, o indigno perde também o legado.

O mesmo vale para a **doação** que configura **adiantamento de legítima** (CC 544): levada a efeito antes do ato de indignidade, não impede que o herdeiro seja declarado indigno. No entanto, se a doação ocorreu depois do agir indevido do herdeiro, sendo sabedor o autor da herança da prática de tal ato, significa perdão e reabilitação do herdeiro indigno.

Descoberto o documento da reabilitação, depois de excluído o sucessor indigno, a declaração de indignidade é **anulável**. Recupera o herdeiro seu quinhão hereditário, como se não o tivesse perdido. A devolução da herança ao herdeiro que havia sido declarado indigno depende de ação judicial. O herdeiro excluído que foi reabilitado pode intentar **ação rescisória** ou fazer uso da **ação de anulação** da declaração de indignidade (CC 179).

Reabilitado o herdeiro, tal não afeta a higidez das alienações dos bens levadas a efeito pelos herdeiros que haviam recebido os bens do indigno. Há que se proteger o **princípio da aparência** e a posse de terceiros de boa-fé (CC 1.827 parágrafo único). No entanto, o reabilitado pode buscar ressarcimento contra os herdeiros que se beneficiaram de sua exclusão, recebendo o valor correspondente à data da abertura da sucessão, com todos os acréscimos.⁴⁶

29.9. ASPECTOS PROCESSUAIS

A indignidade precisa ser declarada judicialmente (CC 1.815), por meio de ação ordinária, que dispõe de carga de **eficácia declaratória**. Só

45. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 95.

46. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. 6, 46.

cabe pode ser proposta **depois da morte do autor da herança**, pois pode existir o perdão.⁴⁷

Caso o autor da herança queira afastar algum herdeiro, por indignidade, não pode se valer de ação judicial. Deve deserdá-lo via testamento.

O **prazo** para a propositura da ação é de **quatro anos**. Trata-se de prazo **decadencial** e flui da abertura da sucessão (CC 1.815 § 1º). Porém, enquanto existirem herdeiros menores de idade, o prazo só inicia depois de todos atingirem a maioridade.

Não declina a lei quem dispõe de **legitimidade** para propor a ação. Somente reconhece a legitimidade concorrente do **Ministério Público** (CC 1.815 § 2º). A constitucionalidade desse dispositivo é questionado pela doutrina, que reconhece a legitimidade ministerial somente quando o ato de indignidade constituiu crime de **ação pública incondicionada** e na hipótese de haver herdeiros incapazes,⁴⁸ ou interesse público.⁴⁹

Dispõe do direito de ação todos os que demonstrarem legítimo interesse: coerdeiros, legatários, donatários, credores e Fisco.⁵⁰ Na inexistência de herdeiros, é possível que a ação seja intentada pelo ente público, para que, declarada a indignidade do único herdeiro, a herança seja recolhida como jacente.⁵¹

A ação pode ser proposta por um ou mais interessados, em **litisconsórcio facultativo unitário**. Não precisam que todos os herdeiros participem

47. Recurso de apelação. Processual civil. Civil. Ação de indignidade de herdeiro ajuizada pelo autor da herança. Ilegitimidade ativa. Ação de deserdação. Inadequação. Ausência de interesse. Declaração testamentária. Extinção sem apreciação do mérito. Recurso não provido. Apenas após a morte do autor da herança, fato que inaugura não somente a abertura da sucessão como também a transmissão da herança (princípio da saisine), é que as causas de indignidade do herdeiro haverão de ser apreciadas em juízo. A apelante, como autora da herança, não ostenta legitimidade para o ajuizamento de ação declaratória de indignidade de herdeiro. Havendo a expressa disposição legal acerca do meio pelo qual se dá a deserdação – declaração testamentária –, resta inadmitido o processamento de “ação de deserdação”. Seja porque falece à autora a legitimidade para o ajuizamento de ação de indignidade, seja porque é inadequada a via judicial eleita para o pleito de deserdação, a extinção do processo, sem apreciação do mérito, é medida que se impõe. Recurso não provido. (TJMG, AC 10428130018149001/MG, Rel. Corrêa Junior, j. 31/01/2017, p. 10/02/2017).

48. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 92.

49. José Carlos Teixeira Giorgis, *A herança do milionário assassinado*, 148.

50. Idem, *ibidem*.

51. Salomão de Araújo Cateb, *Direito das Sucessões*, 82.

da demanda. Os efeitos da sentença a todos aproveitam, pois, excluído o indigno, aumentam os quinhões de cada um dos coerdeiros. Nada impede que outros herdeiros compareçam voluntariamente à demanda, assumindo a condição de **assistentes litisconsorciais** (CPC 124), pois seu direito está em causa.

Falecido o herdeiro **antes da abertura da sucessão**, descabe a ação de indignidade, pois falta legítimo interesse para a busca da exclusão do herdeiro, ainda que indigno. Os efeitos da declaração da indignidade são os mesmos se o herdeiro é pré-morto. É assegurado aos descendentes o direito de representação. Inexistindo descendentes, ocorre o direito de acrescer, convocando-se os ascendentes, o cônjuge ou o companheiro, ou os parentes colaterais até o quarto grau.

Se o herdeiro vem a falecer **depois da abertura da sucessão**, tal não impede a propositura da demanda, apesar da natureza personalíssima da declaração de indignidade. Também, se morrer no curso da demanda, a ação prossegue contra seus herdeiros.⁵² Não cabe extinguir o processo, apesar do caráter punitivo da declaração de indignidade. É que a morte do herdeiro e a declaração de sua indignidade produzem diferentes sequelas sucessórias.

Quando o herdeiro **morre** depois de aberta a sucessão, a transmissão já ocorreu, e seu quinhão transmite-se aos seus herdeiros e está assegurado o direito de concorrência do cônjuge e do companheiro. Na inexistência de descendentes, são chamados os demais herdeiros necessários e até os herdeiros facultativos. Porém, se houver o reconhecimento da **indignidade**, há o direito de representação dos seus descendentes. Na inexistência de descendentes, ocorre o direito de acrescer dos demais herdeiros do *de cujus*. Às claras que não se pode cogitar de concorrência sucessória. Portanto, quem pode vir a beneficiar-se com a exclusão do herdeiro indigno pode propor a ação de indignidade contra a sucessão do herdeiro ou prosseguir com a demanda quando o falecimento do réu ocorrer no seu curso.

Desse modo, se quem cometeu ato de indignidade vem a falecer antes da propositura da ação ou mesmo antes da sentença que o exclui da sucessão, para que se possa identificar o interesse na propositura ou no prosseguimento da demanda, cabe distinguir: a) se o falecido tem descendentes, é descabida a ação, pois os efeitos são os mesmos. Quer ocorra a morte, quer seja declarada a indignidade, são convocados à sucessão os seus **descendentes por direito de representação**; b) somente quando o indigno

52. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 43.

não tem descendentes se justifica a demanda. Declarada a indignidade, a herança é devolvida aos demais herdeiros.

A indignidade não cabe ser declarada nos autos do **inventário**, mas a ação tramita perante o mesmo juízo. A propositura da ação de indignidade não justifica a **suspensão do processo de inventário**, cabendo ao inventariante trazer à colação os bens recebidos pelo herdeiro excluído (CPC 618 VI). No máximo é possível, em sede de **tutela antecipada**, não proceder à entrega do quinhão ao herdeiro cuja dignidade está sendo questionada.

A sentença que declara a indignidade produz efeito a partir do **trânsito em julgado**, mas tem **eficácia ex tunc**, retroagindo seus efeitos à data da abertura da sucessão. Antes de a sentença se tornar definitiva, o herdeiro integra a ordem de vocação hereditária. É a decisão judicial que, ao declarar a indignidade, subtrai o direito à herança, como se o herdeiro nunca tivesse participado da sucessão.

Acolhida a ação de indignidade, se o herdeiro já se encontrava na posse da herança, terá de restituir os bens, com seus frutos e rendimentos. Sujeita-se à ação de **petição de herança**, que pode ser promovida por quem irá se beneficiar com a declaração da indignidade.

O herdeiro testamentário que foi excluído da herança por indignidade deve trazer à **colação** as doações recebidas para a reposição da parte disponível (CC 2.008 e CPC 640).

Caso já estejam concluídos o inventário e a partilha, o quinhão do herdeiro excluído deve ser **sobrepartilhado**. Não se justifica anulação da partilha para que seja realizada outra excluindo o herdeiro indigno.

Só é possível a propositura da ação de indignidade se não houve a **reabilitação** do herdeiro, ou seja, se expressamente o *de cujus* não o perdoou. Porém, se o testador beneficia o herdeiro com um legado, sem expressamente o perdoar pelo ato cometido, tal não obstaculiza a propositura da ação. Declarada a indignidade, o herdeiro fica excluído da sucessão legítima, perde a qualidade de herdeiro legítimo, mas faz jus ao legado.⁵³

Tendo o herdeiro cometido **delito contra a vida**, para a declaração da indignidade não é necessária a prévia condenação criminal. Assim, descabe o pedido de **suspensão do processo** até a ultimação da ação penal (CPC 315 e 313 V a). De outro lado, ocorrendo condenação na esfera penal, é desnecessária a propositura da ação de conhecimento, eis que a sentença

53. Salomão de Araújo Cateb, *Direito das Sucessões*, 80.

penal condenatória transitada em julgado é **título executivo judicial** (CPC 515 VI).

Caso o herdeiro tenha comprometido a liberdade do testador (CC 1.814 III), o que enseja a declaração de sua indignidade, o legatário ou o herdeiro testamentário que, em razão disso, perdeu a possibilidade de ser contemplado, pode pleitear **perdas e danos**. A pretensão indenizatória pode ser cumulada à ação de indignidade.

LEITURA COMPLEMENTAR

CARVALHO NETO, Inácio de. Exclusão da sucessão por indignidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.). CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria (coords). *Direito das Sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008. v. 8, p. 66-79.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: Direito das Sucessões*. 32. ed.. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 6.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; PAULA, Natália de Souza. A perda da meação, em face de homicídio doloso praticado pelo consorte: uma proposta de extensão dos efeitos da indignidade. *Revista Nacional de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, v. 20, set.-out. 2017. p. 110-136.

30

DESERDAÇÃO

Sumário: **30.1.** Características – **30.2.** Sujeito ativo – **30.2.1** Cônjuge e companheiro – **30.3.** Causas: **30.3.1.** Comuns à indignidade e à deserdação; **30.3.2.** Exclusivas da deserdação; **30.3.3.** Causas comuns aos descendentes e ascendentes; **30.3.4.** Específicas quanto aos descendentes; **30.3.5.** Específicas quanto aos ascendentes – **30.4.** Reabilitação – **30.5.** Deserdação parcial ou condicional – **30.6.** Efeitos – **30.7.** Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.961 a 1.965, 2.008; CPC 640.

30.1. CARACTERÍSTICAS

Além da indignidade, existe outra forma de os herdeiros serem excluídos da sucessão. Por meio de **testamento** os **herdeiros necessários** podem ser deserdados, mas a exclusão precisa ser **motivada**. Há quem sustente a **inconstitucionalidade** do instituto, sob o fundamento de que a deserdação atinge direito dos herdeiros, que são merecedores de proteção legal especial. Por isso são denominados necessários, sendo-lhes assegurada a intangibilidade da metade legítima, principalmente em face do testador. Sustenta Paulo Lôbo que o direito à herança dos herdeiros necessários não pode ficar submetido à decisão discricionária do testador, ainda que limitada ao enquadramento em uma das causas previstas na lei. Em face do princípio constitucional da primazia do direito à herança, assegurado pela Constituição, a manutenção da faculdade de deserdação no Código Civil incorre em inconstitucionalidade.¹

1. Paulo Lôbo, Direito Civil: Sucessões, 145.

A tendência da doutrina é abolir a deserdação, nada mais do que uma forma de perpetuar ressentimentos,² até porque, conforme bem observa Clóvis Beviláqua, os efeitos legais da indignidade bastam para excluir da herança os que realmente não a merecem.³ Mas o instituto se mantém. Repete o Código Civil o texto da lei anterior, trazendo somente um avanço: excluiu a desonestidade da filha que vive na casa paterna como causa de deserdação (CC/1916 1.744 III). Esse dispositivo, além de inconstitucional, dispunha de injustificável ranço discriminatório contra a mulher e, em boa hora, foi eliminado.

Não se pode ignorar o **conteúdo ético** do instituto da deserdação. Basta uma mirada no rol de postura dos herdeiros que autorizam a deserdação, para reconhecer não só a possibilidade, mas a necessidade de permitir que o titular do patrimônio afaste quem assim agiu. Ainda que alguém possa ser reconhecido como herdeiro necessário, nem por isso têm a liberdade de agir de modo a afrontar a quem deve respeito. Além de limitadas as hipóteses legais – restrição para lá de descabida –, o afastamento do herdeiro depende da chancela do juiz, a quem cabe reconhecer se a exclusão do herdeiro se justifica ou não.⁴

A deserdação guarda semelhança com a indignidade, mas não dá para confundir os dois institutos. Enquanto a indignidade depende da iniciativa dos **herdeiros**, para a deserdação é necessária a prévia manifestação de vontade do *de cujus*, por meio de **testamento**. Não é possível o titular dos bens promover **ação de deserdação** contra herdeiro seu. O deserdado deixa de ser herdeiro porque o testamento o afastou.⁵ Porém, a **eficácia** da exclusão está sujeita a **condição suspensiva**, que se implementa com o reconhecimento judicial das causas apontadas pelo testador para justificar o seu ato.

2. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 527.

3. Clóvis Beviláqua, *Código Civil comentado*, v. 6, 204.

4. Inventário. Herdeira deserdada. Pedido de dispensa do ajuizamento da ação de deserdação. Descabimento. Renúncia à herança com indicação de beneficiários. Pedido de homologação. Impossibilidade. 1. Na espécie, ainda que a herdeira deserdada tenha concordado com a disposição testamentária de sua deserdação, isso não exime os demais herdeiros do ajuizamento da ação própria de deserdação, prevista no art. 1.965 do CC, na medida em que a eficácia daquela cláusula depende de comprovação da ocorrência dos fatos invocados e pronunciamento judicial. [...] Agravo de instrumento desprovido. (TJRS, AI 70071255749, 8ª C. Cív., Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 24/11/2016).

5. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. 55, 304.

Todos os herdeiros que integram a ordem de vocação hereditária podem ser declarados indignos, mas exclusivamente os **herdeiros necessários** estão sujeitos à deserdação. Privar os **herdeiros legítimos** da herança não é deserdá-los, pois o testador não precisa indicar qualquer causa para afastá-los da sucessão. Basta simplesmente afirmar que os exclui da sucessão ou destinar a totalidade de seu patrimônio aos herdeiros testamentários (CC 1.850).

Os pressupostos da deserdação são: (a) existência de herdeiros necessários; (b) testamento válido; e (c) declaração de causa.⁶ Como a deserdação dispõe de caráter excepcional, para evitar posturas vingativas e acarretar injustiças, a simples declaração de vontade do testador de deserdar não basta.

Só em testamento se pode deserdar, sendo inidôneo outro instrumento; não serve nem **escritura pública**.⁷ Há mais uma exigência: além da indicação dos motivos, é necessária posterior comprovação judicial de que a causa integra o rol constante da lei (CC 1.961 a 1.963). Esta dupla exigência permite verificar se a motivação do testador é bastante para autorizar a deserdação. Como refere Orlando Gomes,⁸ o motivo indicado deve configurar autêntica **ingratidão**, no significado técnico da palavra: falta de agradecimento ou o mau reconhecimento da pessoa em relação àquela de quem mereceu o benefício. Não reconhecida judicialmente a veracidade do motivo apontado, é **ineficaz a disposição testamentária**, caindo por terra a deserdação, o que não compromete a higidez do testamento. Não há falar em nulidade.⁹

A forma do testamento é livre – público, cerrado, ou particular –, bem como as modalidades especiais – marítimo, aeronáutico e militar.¹⁰ Qualquer dessas espécies de testamento vale para deserdar o herdeiro.

A existência do testamento é **condição de procedibilidade** para a deserdação. Se o testamento é nulo, a deserdação também o é. Sendo nula a deserdação, o deserdado deixa de sê-lo, mantendo sua posição de herdeiro necessário.¹¹ Porém, é possível que os herdeiros promovam ação para a

6. Orlando Gomes, Sucessões, 226.

7. Idem, 227.

8. Idem, 226.

9. Idem, 227.

10. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 529.

11. Eduardo de Oliveira Leite, Comentários ao novo Código Civil, v. 21, 638.

declaração da sua indignidade, se a causa apontada pelo testador configurar alguma das hipóteses legais.

30.2. SUJEITO ATIVO

Diz a lei que podem ser deserdados os **herdeiros necessários** (CC 1.961). Sem qualquer precisão técnica, dois dispositivos elencam as causas que conduzem à deserdação, distinguindo a conduta dos descendentes (CC 1.962) do agir dos ascendentes (CC 1.963). Porém, olvida-se de fazer referência ao cônjuge e ao companheiro, que também são herdeiros necessários (CC 1.845). Ascendentes podem deserdar descendentes e vice-versa. Há surpreendente incongruência na lei ao admitir a deserdação tanto de ascendentes como de descendentes, sem ressaltar que tal só é possível quando são eles herdeiros necessários. O testador deserda netos se não tiver filhos, deserda pais se não tiver descendentes, os quais são os primeiros chamados à sucessão. A única justificativa seria a possibilidade de os herdeiros renunciarem à herança. Cabe um exemplo: tendo o avô (A) tentado matar o neto (E), não há porque o filho (B) deserdar o seu pai (A); isso porque o filho (E) é seu herdeiro necessário. O avô (A), como não sucede o filho (B), jamais receberia sua herança, sendo de todo ineficaz a deserdação.

30.2.1. Cônjuge e companheiro

Apesar de a lei afirmar que os herdeiros necessários podem ser deserdados, não faz qualquer referência à conduta do cônjuge e do companheiro, que igualmente são **herdeiros necessários**. Claro que a omissão não pode significar que o cônjuge e o companheiro não se sujeitam à deserdação. O que houve foi mero – mas imperdoável – cochilo do legislador. Depois de elencar – em rol apartado – a conduta dos descendentes e dos ascendentes, nada fala do cônjuge e do companheiro. Nem por isso está livre de ser deserdado. Nem ele e nem o companheiro, uma vez afirmada, pelo Supremo Tribunal Federal, a igualdade de tratamento de ambos, no âmbito do direito sucessório.¹²

Como a lei promoveu o cônjuge a herdeiro necessário, é impensável não sujeitá-lo à pena de deserdação. Elementar princípio isonômico não permite que se beneficie caso atente contra a vida ou a honra do seu consor-

12. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

te. De qualquer modo, como a lei diz que os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima (CC 1.961), nada, absolutamente nada, pode impedir que a mulher deserde o marido que, por exemplo, matou o único filho do casal. Ainda assim, a doutrina vacila. A maioria exclui a possibilidade de o cônjuge ser deserdado, sob o fundamento de que a enumeração é exaustiva, constitui *numerus clausus*, pois se trata de cerceamento do direito de herdar, que merece interpretação restritiva.¹³ Poucos a admitem.¹⁴ Boa parte sustenta que cabe a deserdação do cônjuge exclusivamente pelos motivos que levam à indignidade.¹⁵ Esta solução híbrida aplica ao cônjuge a regra do art. 1.961 do CC. Porém, não é justa. É descabido privar filhos da herança pela prática de determinado fato e não ser possível excluir o cônjuge que age de modo igualmente reprovável.

A deserdação do cônjuge e do companheiro pode ser levada a efeito mesmo que existam descendentes ou ascendentes, pois dispõem do direito à **concorrência sucessória**. Assim, praticando um dos cônjuges qualquer ato que autorize a exclusão, pode o outro deserdá-lo a fim de afastar o direito de concorrer com os herdeiros. Mesmo sendo deserdado, não perde o cônjuge direito à **meação**. Como não se trata de direito sucessório, o comportamento indevido não permite eliminar direito decorrente do regime de bens do casamento.

30.3. CAUSAS

Cabe mais uma vez destacar a absurda limitação das causas de deserdação à nominata legal. Nitidamente acanhado o elenco, deixando de admitir a possibilidade de outras práticas, tão ou mais severas, levarem à exclusão do herdeiro. Não adianta, mesmo assim a doutrina é uníssona em limitar a deserdação às hipóteses previstas na lei, mesmo reconhecendo que há outras causas que dariam guarida à exclusão.¹⁶

13. Neste sentido: Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 530; Sílvio Venosa, *Direito Civil*, v. 7, 307; Zeno Veloso, *Novo Código Civil comentado*, 1.825; e Rui Carlos Kolb Schiefeler, *Dos excluídos da sucessão*, 78.

14. Neste sentido: Orlando Gomes, *Sucessões*, 226; Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro*, v. 6, 195; e Rui Ribeiro de Magalhães, *Direito das Sucessões no novo Código Civil brasileiro*, 229.

15. Neste sentido: Euclides de Oliveira, *Sucessão legítima à luz do novo Código Civil*; Arnaldo Wald, *O novo Direito das Sucessões*, 211; e Giselda Hironaka, *Deserdação e exclusão da sucessão*, 364.

16. Neste sentido: Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 529.

De todo descabida a tentativa da lei em prever todas as posturas que autorizam a deserdação, até porque é exigida prova cabal da causa que ensejou a exclusão do herdeiro e depende de reconhecimento judicial.¹⁷

Melhor seria deixar ao arbítrio do juiz decidir se o motivo alegado pelo testador foi tão reprovável que justifica ser o herdeiro alijado da herança. A perversidade humana vai muito além da imaginação do legislador.

As regras sobre deserdação demonstram evidente conteúdo econômico, uma **pena** que não atingem direitos de personalidade, somente os direitos patrimoniais, motivo suficiente para que se altere a forma de visualização e seus efeitos.¹⁸ Ninguém mais duvida que a afetividade é princípio geral do direito das famílias, com clara repercussão no campo sucessório. Assim, quando existe quebra de **afeto** entre herdeiros necessários, tal deveria autorizar o autor da herança a deserdá-los. É o que se chama de falta da **boa-fé familiar**, motivação suficiente como causa à deserdação.¹⁹

Apesar da expressão legal, que impõe a indicação da causa da deserdação (CC 1.964), basta o testador indicar o motivo que o levou a excluir o herdeiro. Na ação de deserdação é que se faz necessária a comprovação da causa que ensejou a manifestação do testador.

30.3.1. Comuns à indignidade e à deserdação

As mesmas causas que permitem a declaração de indignidade autorizam a deserdação (CC 1.962 e 1.963). A lei faz remissão às hipóteses da indignidade (CC 1.814). Tanto pode ser deserdado como declarado indigno o **herdeiro necessário** que: (I) pratica delito doloso contra a vida do autor da herança ou de alguns familiares; (II) age contra a honra dele ou de seu cônjuge ou companheiro; ou (III) afronta sua liberdade de testar.

17. Ação de deserdação. Penalidade. Herdeiro necessário. Sucessão. Exclusão. Desamparo. Veracidade Demonstrada. A deserdação consiste em penalidade cominada pelo autor da herança, por meio de declaração testamentária, que objetiva excluir o herdeiro necessário da sucessão, inviabilizando o recebimento da legítima, em decorrência da prática de atos incompatíveis ao recebimento do respectivo legado e expressamente previstos na lei – Denota-se a eficácia da declaração testamentária de deserdação quando comprovada, em ação própria, ajuizada pela legatária, a veracidade da causa alegada pelo testador, a qual alude ao desamparo do herdeiro, filho adotivo, que deixou de dispensar os necessários cuidados afetivos, morais e materiais para com sua genitora idosa e com saúde debilitada. (TJMG, AC 10433150224189001/MG, Rel. Carlos Levenhagen, j. 10/05/2018, p. 15/05/2018).

18. Cristiano Pretto, Apontamentos sobre a deserdação, 27.

19. Bruna Pessoa Guerra, A deserdação ante a ausência de afetividade na relação parental.

Cometido qualquer desses atos, é possível o herdeiro ser deserdado através do testamento. No entanto, se o autor da herança assim não agir nada impede que, depois da sua morte, os demais herdeiros ou outros interessados busquem a declaração da **indignidade** do herdeiro pela prática de algum desses atos.

Ao menos uma dessas causas é difícil contrabandear para a deserdação (CC 1.814 III): a restrição à liberdade de testar. Como lembra Giselda Hironaka, o fato de o testador denunciar em testamento a limitação ao exercício do direito de testar significa que ele recuperou a liberdade de confeccionar o testamento, que em algum momento foi obstada pelo herdeiro, pondo fim à situação viciada.²⁰ Assim, não há como reconhecer que a frustrada tentativa do herdeiro de restringir a liberdade do testador autorize sua deserdação.

30.3.2. Exclusivas da deserdação

Há condutas que necessitam ser denunciadas pelo *de cujus* para ensejar a exclusão do herdeiro. Os demais sucessores nada podem fazer se o ofendido não manifestar expressamente o desejo de deserdar o herdeiro pela prática de ofensa física, injúria grave, relações ilícitas, bem como pelo abandono entre os parentes em linha reta que sofram de alienação mental ou enfermidade grave (CC 1.962 e 1.963). Se quem assim agir não for deserdado, não pode ser declarado indigno. Essas hipóteses, que configuram mais ingratidão do que práticas delitivas, não integram o rol das causas de indignidade.

30.3.3. Causas comuns aos descendentes e ascendentes

Dispositivos legais distintos indicam as práticas que podem conduzir à deserdação. Algumas causas são comuns, quer perpetradas pelos **descendentes**, quer pelos **ascendentes**:

Ofensa física (CC 1.962 I e 1.963 I) – Como a lei fala em “ofensa”, corresponde ao delito de **lesão corporal** (CP 129). Desimporta a intensidade da lesão e nem precisa haver ferimento. Não é necessária sequer a instauração de inquérito policial e muito menos condenação.²¹ A lei não fala em “crime”, que pressupõe que o réu tenha sido condenado. De qualquer

20. Giselda Hironaka, Deserdação e exclusão da sucessão, 364.

21. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 532.

forma, a ação precisa ser **dolosa**. O agir culposo não leva à deserdação. A ofensa física que justifica a deserdação é entre descendente e ascendente. A agressão, ainda que gravíssima, praticada contra outros familiares do autor da herança, não permite a deserdação.

Injúria grave (CC 1.962 II e 1.963 II) – Expressão que não tem correspondência na lei penal como infração autônoma. O que existe é o delito **contra a honra** denominado injúria (CP 140). As formas qualificadas decorrem do emprego de meio aviltante ou utilização de elementos discriminatórios referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou ainda da condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência (CP 140 §§ 2.º e 3.º). Ou seja, a injúria grave prevista na lei civil não remete à prática de delito constante do Código Penal.

De qualquer forma, injúria grave é ofensa capaz de afetar a honra, a reputação, a dignidade do testador, levada a efeito por escrito, verbalmente, por meio da internet ou quaisquer outras formas de comunicação. Em suma, é uma hipótese mais de ingratidão, de desumanidade, de desconsideração.²² A lei não diz, mas é de presumir que a injúria que enseja a deserdação é somente a dirigida ao autor da herança e não a seus parentes. De qualquer modo, a hipótese estaria já contemplada como causa de indignidade, alcançando o cônjuge ou o companheiro do *de cujus* (CC 1.814 II).

30.3.4. Específicas quanto aos descendentes

Certas posturas dos descendentes autorizam o ascendente a deserdá-lo. Isto é, pais podem deserdar filhos, netos, bisnetos etc. A deserdação dos netos só se justifica se eles forem herdeiros, ou seja, em caso de premoriência do genitor. Isso porque, enquanto vivo o pai, seus filhos não são herdeiros do avô. Não fazendo jus à herança, não se justifica a deserdação, a não ser que o testador tema que o seu filho venha a morrer ou a renunciar à herança. Morto o pai antes do avô, a deserdação do neto afasta o direito de ele representar o pai pré-morto na sucessão do avô.

Podem os descendentes ser deserdados pelas seguintes práticas:

CC 1.962 III: Relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto – A redação da lei não pode ser mais infeliz. Às claras, a referência é a práticas de natureza sexual. Causa estranheza o fato de não ser previsto o **incesto** cometido pelos pais, como se essa triste realidade não existisse. No entanto, são padrastos e madrastas que têm autoridade perante enteados

22. Idem, 533.

e os podem induzir a atos libidinosos. Não são os enteados que seduzem seus padrastos ou madrastas. Eventuais tentativas dos enteados precisam ser barradas pelo adulto, que não pode utilizar este tipo de argumento para justificar práticas incestuosas. É de todo descabido penalizar o descendente que foi vítima de **abuso sexual**. A hipótese compreende também os companheiros da união estável. Cabe atentar que o vínculo de afinidade existente entre padrasto, madrasta e enteado não se dissolve com o fim do casamento ou da união estável (CC 1.595 § 2.º). Por isso os parentes afins em linha reta não podem se casar (CC 1.521 II). Assim, mesmo que finda a convivência, poderiam ser chamados de incestuosos os vínculos afetivos de parentes afins. Mas não dá para sustentar que nessa hipótese persista a possibilidade de deserdação.

CC 1.962 IV: Deixar ao desamparo o ascendente alienado mental ou gravemente enfermo – Da forma como está dito, o filho que deixa o pai em total abandono, fazendo-o passar por severas necessidades, não pode ser deserdado, a não ser que o pai esteja mental ou fisicamente muito doente. Talvez por isso Arnaldo Rizzardo admita uma interpretação extensiva, por repugnar à consciência humana o abandono.²³ Tal, no entanto, não é o que diz a lei e, pelo que todos sustentam, as hipóteses de deserdação não admitem interpretação analógica.

Apesar de o Código Civil conferir somente às pessoas capazes o direito de testar (CC 1.857), o Estatuto da Pessoa com Deficiência (L 13.146/15) limitou a incapacidade absoluta aos menores de 16 anos (CC 3.º). A deficiência não afeta a plena **capacidade civil** (EPD 6.º), sendo assegurado o exercício da capacidade legal, por meio de adoção de processo de **tomada de decisão apoiada** (EPD 84 § 2º).

30.3.5. Específicas quanto aos ascendentes

Dispositivo distinto identifica as causas que autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes. Ainda que a causa da deserdação diga com fato acontecido enquanto o descendente era criança, a exclusão só pode ocorrer depois de o filho ou neto completar 16 anos. Antes dessa idade, não pode testar (CC 1.860 parágrafo único). A possibilidade de deserdação dos ascendentes por fatos cometidos contra os filhos e netos dispõe de significado exclusivamente quando o testador não tiver descendentes: nem filhos, nem netos. O raciocínio é singelo. Como os

23. Idem, *ibidem*.

descendentes preferem aos ascendentes na ordem de vocação hereditária, quando há filhos ou netos os pais ou os avós não herdam. Assim, para que ocorram as hipóteses de deserdação previstas na lei, somente se o filho não tiver descendentes é que se justifica ele deserdar o pai. Se o testador tem descendentes, são estes os seus herdeiros, não seus pais. Assim, quando o testador tem filhos ou netos, seu pai não é seu herdeiro e não há qualquer fundamento para deserdá-lo, a não ser que tema pela premoriência de seus descendentes ou pela possibilidade de eles renunciarem à herança. De qualquer modo, podem os ascendentes ser deserdados pelas seguintes práticas:

CC 1.963 III: Relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou do neto, ou com o marido ou o companheiro da filha ou da neta – Só pode ser pudor da lei não usar a expressão **incesto**. As hipóteses referidas nada mais são do que relações incestuosas, **delitos contra a liberdade sexual** praticados no ambiente doméstico. Decifrando: o filho pode deserdar o pai que abusou sexualmente de sua mulher ou de sua companheira. Também a mãe pode ser deserdada se tiver a mesma postura com relação ao genro. Netos podem deserdar avós que assim tenham agido contra seus cônjuges ou companheiros. Claro que abusos homossexuais também levam à deserdação.

CC 1.963 IV: Deixar ao desamparo filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade – Mais uma incongruência do legislador. O pai somente é penalizado se o filho for pessoa com deficiência, segundo a expressão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (L 13.146/15). Assim, pais que deixam de cumprir com os deveres decorrentes do **poder familiar** não podem ser deserdados, ainda que desatendam ao comando constitucional que impõe à família assegurar, com absoluta prioridade, proteção a crianças e adolescentes (CR 227). Logo, o genitor que abandonou o filho ainda criança, deixando-o em total desamparo, pode ser seu herdeiro, mesmo tendo cometido o delito de **abandono material** (CP 244) e estar sujeito à **destituição do poder familiar** (CC 1.638 II). Do mesmo modo, o **abandono afetivo**, que é crime qualificado (CP 133 § 3.º II), não autoriza a deserdação. No caso de o filho falecer sem descendentes, o genitor recebe o patrimônio amealhado sem qualquer auxílio paterno. É bom lembrar que tal postura omissiva não autoriza que o pai pleiteie alimentos ao filho, por desatender ao princípio da solidariedade familiar,²⁴ nada justificando que possa ser seu herdeiro.

24. Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, 345.

30.4. REABILITAÇÃO

Nem a reconciliação, nem o perdão do testador subtraem a eficácia da deserdação. Só existe a possibilidade de ser afastada a deserdação se manifestada expressamente em outro testamento.

Pontes de Miranda sustenta a validade da doação feita ao herdeiro, a título de **adiantamento de legítima**, mesmo depois da deserdação. É o único autor que admite a possibilidade de o testador perdoar a quem havia deserdado, através de ato autêntico, invocando a reabilitação (CC 1.818). Igualmente aceita a revogação do ato deserdativo em novo testamento, em face da possibilidade de revogação parcial do testamento, subsistindo as disposições anteriores (CC 1.818 parágrafo único).²⁵ Um ato testamentário somente deixa de existir através de ato de igual natureza.²⁶

A doação, o adiantamento de legítima, ou mesmo a partilha em vida, levados a efeito antes do ato de ingratidão, ou mesmo antes de o autor da herança ter conhecimento de sua prática, podem não subsistir. O herdeiro pode, em momento posterior, ser deserdado. O doador tem a liberdade de revogar os atos de liberalidade por **ingratidão**. O beneficiário também se sujeita a ser excluído caso os herdeiros promovam ação buscando a declaração de **indignidade**. Como o herdeiro, ao ser excluído da sucessão, deve **trazer à colação** o que percebeu, as transferências patrimoniais que lhe haviam sido feitas perdem eficácia. Ele precisa devolver o que recebeu.

30.5. DESERDAÇÃO PARCIAL OU CONDICIONAL

A lei não fala em deserdação parcial, mas nem por isso é proibida. Admite Pontes de Miranda que o testador limite o quinhão do herdeiro deserdado, deferindo-lhe apenas uma fração da legítima. Por exemplo, pode o pai deserdar o filho, mas deixar-lhe um terço da herança. Também é possível que o pai deserde o filho e institua em seu favor um legado. O filho não recebe a herança, só o bem que lhe foi deixado.²⁷

Ainda que não seja possível deserdar **sob condição ou termo**, não significa que o testador, tendo dúvida sobre a causa da deserdação, subordine sua eficácia à prova do motivo que não tem certeza ter acontecido. Cabe o exemplo: deserdo (B) se ficar provado que ele me injuriou na reunião

25. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 58, 248.

26. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 536.

27. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 58, 248.

ocorrida em tal data e local. O que não se permite é que a deserdação se refira a acontecimento futuro.²⁸

30.6. EFEITOS

Diverge a doutrina sobre os efeitos da deserdação. Na indignidade está expressamente previsto que os **efeitos são pessoais** e os herdeiros do indigno recebem o seu quinhão, como se ele tivesse morrido antes da abertura da sucessão (CC 1.816). Com relação à deserdação, a lei silencia: nem prevê nem proíbe o **direito de representação** dos descendentes.

No entanto, há que se reconhecer a identidade de propósito dos dois institutos, tanto que as causas são praticamente idênticas e a consequência é a mesma: a exclusão do herdeiro. Portanto, é cabível **interpretação analógica** para reconhecer o direito de os descendentes do deserdado receberem o seu quinhão. Esta é a orientação amplamente majoritária.²⁹ Mas não unânime. No entanto, neste sentido vêm decidindo os tribunais.³⁰ O deserdado recebe o mesmo tratamento como se pré-morto fosse. Deserdado o pai, os seus filhos recebem a herança do avô por representação. A deserdação não pode ter o efeito de excluir os descendentes do deserdado, pois são herdeiros necessários do testador.³¹ Porém, é de se aplicar ao deserdado as mesmas restrições impostas ao indigno: não tem direito de usufruto, é-lhe vedado administrar os bens e não pode herdar o que seu filho herdou do avô em seu lugar (CC 1.816 parágrafo único).

Se o deserdado não tiver filhos, seu quinhão é transmitido aos demais herdeiros, pois só há representação na linha reta descendente (CC 1.852). Surge o **direito de crescer** dos demais herdeiros do mesmo grau.

Quanto a efeitos outros, também cabe a concessão de tratamento uniforme à indignidade e à deserdação. Quando da abertura da sucessão, em

28. Idem, 254.

29. Neste sentido: Orlando Gomes, *Sucessões*, 230; Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 535.

30. Inventário. [...] os efeitos da deserdação não afetam o filho do herdeiro excluído. Cabimento. Os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão. São pessoais os efeitos da pena de deserdação Inteligência do art. 1.816 do CC. Adequada a inclusão do descendente do herdeiro deserdado na herança, que sucederá por representação seu genitor Decisão mantida Recurso desprovido. (TJSP, AI 0086580-82.2013.8.26.0000, 8.^a C. Dir. Priv., Rel. Salles Rossi, j. 07/08/2013).

31. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. 58, 275.

face do princípio de *saisine*, ocorre a transferência do acervo hereditário a todos os herdeiros, inclusive ao indigno e ao deserdado. A exclusão depende da chancela judicial e, até lá, o herdeiro conserva o domínio e a posse da herança. A deserdação se constitui quando da lavratura do testamento, mas sua eficácia está sujeita a **condição suspensiva**. Somente se efetiva quando do trânsito em julgado da sentença declaratória da deserdação.

Ratificada a deserdação, ainda que tenha o herdeiro recebido a herança, precisa devolvê-la. Antes do trânsito em julgado da sentença é herdeiro. Este movimento de receber e devolver, no entanto, não tem efeitos tributários, não incidindo imposto de transmissão.

A simetria entre os dois institutos permite que se apliquem à deserdação as mesmas regras da indignidade. São válidas as alienações onerosas feitas a terceiros de boa-fé (CC 1.817). Depois de decretada a deserdação, o herdeiro excluído precisa devolver frutos e rendimentos, tendo o direito de ser indenizado pelas despesas que efetivou (CC 1.817 parágrafo único).

30.7. ASPECTOS PROCESSUAIS

Apresentado o testamento a juízo, efetuado o seu registro, o juiz determina o arquivamento e seu cumprimento (CPC 735 § 2.º).

A **ação de deserdação** é pessoal, não se sujeitando ao juízo do inventário. Nem pode ser proposta nos mesmos autos. Vigora a regra da competência territorial, da residência do réu.

A demanda deve ser instruída com a certidão do testamento, sob pena de o juiz não resolver o mérito (CPC 485 VI). A ação tem eficácia **declaratória** e produz **efeito retroativo** a partir da abertura da sucessão. Dispõem de **legitimidade ativa** para a demanda os herdeiros que irão se beneficiar com a exclusão do deserdado. A ação pode ser proposta pelo **inventariante**, bem como pelo **cônjuge** ou **companheiro** sobrevivente. Também o **onerado** (CC 1.934 parágrafo único), o **testamenteiro** e o **Ministério Público** podem propô-la, pois têm o dever de zelar pelo cumprimento do testamento, onde se encontra a manifestação de vontade do testador de deserdar um herdeiro.³² É do autor o encargo de provar a veracidade da causa da deserdação, pois a motivação do testador precisa ser comprovada (CC 1.965).

Havendo mais de uma pessoa legitimada para a ação é possível a formação de um **litisconsórcio facultativo unitário**. Não há necessidade de

32. Idem, v. 55, 304.

citação dos demais interessados, que, no entanto, podem voluntariamente participar da demanda como **assistentes litisconsorciais** (CPC 124). Os efeitos da sentença a todos aproveitam, pois está em causa direito único.

Falecendo o herdeiro que foi deserddado **antes da abertura da sucessão**, não há falar em deserdação. Como bem refere Pontes de Miranda, deserda-se quem vive,³³ até porque, do contrário, inócuo seria o efeito da exclusão. O herdeiro deserddado recebe o mesmo tratamento da **premoriência**, como se tivesse morrido antes do autor da herança. Assim, em nada se alteraria a ordem de vocação hereditária. Surge o **direito de representação** quer tenha o herdeiro sido deserddado, quer tenha morrido antes do testador.

Porém, o falecimento de quem foi deserddado **depois da abertura da sucessão**, ou durante a tramitação da ação de deserdação, só enseja a extinção do processo se o herdeiro não tem descendentes. Se os tiver, com o seu falecimento, eles recolhem a herança como herdeiros necessários. Os efeitos são os mesmos, o que não justifica a ação. Em qualquer hipótese, serão eles os herdeiros: ou por direito próprio, como herdeiros do pai que faleceu; ou por direito de representação, se o genitor for deserddado. Quando o deserddado não tem descendentes, é cabível a demanda. Caso seja declarado deserddado mesmo depois de falecido, o quinhão que recebeu é devolvido à herança, dividindo-se entre os demais herdeiros. Extinta a ação, a transmissão ocorre aos seus herdeiros. Um exemplo: (B) foi deserddado pelo pai (A). Depois da abertura da sucessão de (A), o filho (B) morre antes de ser proposta a ação de deserdação. Com isso, ele permanece como herdeiro e o quinhão que recebeu se transmite à sua mulher, única herdeira. No entanto, se for declarada a deserdação, mesmo depois de (B) ter morrido, é como se ele não tivesse herdado. O quinhão recebido por (B) pela morte do pai (A) retorna ao acervo sucessório do genitor e é dividido entre os demais herdeiros de (A). Exclui-se, assim, o direito sucessório da mulher de (B).

A propositura da ação de deserdação não impõe a **suspensão do processo do inventário**, mas descabe proceder à entrega do quinhão ao herdeiro enquanto não ultimada a ação. Caso tenha sido feita a partilha antes do ingresso da ação de deserdação, a procedência da demanda impõe que o herdeiro deserddado restitua os bens percebidos, seus frutos e rendimentos.

Na eventualidade de o herdeiro deserddado ter recebido doações, é necessário trazer os bens à **colação** para reposição da parte disponível (CC 2.008 e CPC 640).

33. Idem, v. 58, 275.

Caso não devolva os bens recebidos, quem irá se beneficiar com a restituição pode propor ação de **petição de herança** (CC 1.824). Não cabe a anulação da partilha, mas a **sobrepartilha**.

Não proposta, ou vindo a ser desacolhida a ação, não há falar em deserdação. Assim, a omissão dos legitimados para a demanda vem em proveito do herdeiro excluído pelo testamento. Mantém ele a qualidade de herdeiro necessário, integra a ordem de vocação sucessória e recebe seu quinhão hereditário.

A doutrina, de modo uniforme, reconhece a possibilidade de o herdeiro deserdado ou seus sucessores proporem **ação declaratória da inexistência da causa** descrita pelo testador, hipótese em que ocorreria a inversão do ônus da prova.³⁴ Sílvio Venosa admite a reconvenção para o reconhecimento da deserdação e a exclusão do herdeiro.³⁵ Esta orientação tinha em mira o Código Civil anterior, que previa dita ação (CC/1916 178 § 9.º IV), mas a lei atual não reproduziu o mesmo dispositivo. Portanto, o **herdeiro deserdado** ou seus sucessores são **carecedores de ação** para tentar provar a inexistência da causa da deserdação. Falta-lhes legítimo interesse para agir, o que leva o juiz a não resolver o mérito (CPC 485 VI).

De qualquer forma, quer em face do direito constitucional de acesso à justiça (CR 5.º XXXV), quer pelo direito à tutela preventiva, o eventual futuro deserdado pode buscar a justiça para ver reconhecida a inexistência de causa concreta que possibilite ser excluído da sucessão. Não se justifica ter de aguardar a postura omissiva dos sucessores, não intentando a ação, por discordarem da manifestação do testador de deserdá-lo.

É de **quatro anos** o **prazo** para a propositura da ação. Trata-se de prazo **decadencial** que flui a partir da abertura do testamento (CC 1.965 parágrafo único). O marco inicial é a decisão que determina o cumprimento do ato de última vontade, pois tanto o testamento público como o particular não são abertos.³⁶

LEITURA COMPLEMENTAR

BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. Abandono afetivo e alienação parental podem ser causas de deserdação? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria

34. Neste sentido: Orlando Gomes, *Sucessões*, 227; e Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 537.

35. Sílvio Venosa, *Direito Civil*, v. 7, 306.

36. Orlando Gomes, *Sucessões*, 228.

Berenice (coords.). *Famílias e sucessões*: questões polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 633-668.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Deserdação e exclusão da sucessão. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 367-380.

PRETTO, Cristiano. Apontamentos sobre a deserdação. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 28, jun.-jul. 2012, p. 19-32.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

31

SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Sumário: **31.1.** Quem pode suceder – **31.2.** Sucessão legítima – **31.3.** Sucessão testamentária – Leitura complementar.

Referências legais: CC 133, 544, 560, 1.784, 1.786, 1.788, 1.789, 1.799, 1.800 a 1.802, 1.814 a 1.818, 1.848, 1.849, 1.857 a 1.990, 2.014; Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos – LRP) 80 6.º, 104 parágrafo único, CNJ – Provimentos 18/2012 e 56/2016 – Leitura complementar.

31.1. QUEM PODE SUCEDER

Muita gente acha que falar da morte pode atraí-la. Por isso ninguém pensa em fazer testamento. Até porque a ordem do chamamento à sucessão feita pela lei, em geral, atende aos **vínculos afetivos** de natureza familiar. Normalmente as pessoas desejam que seu patrimônio passe aos seus descendentes, e eles são os colocados em primeiro lugar na vocação legal.¹ Sempre houve verdadeira aversão à prática de testar por razões de caráter cultural ou costumeiro, folclórico, algumas vezes, e psicológico tantas outras.² Fora isso, há o excesso de solenidades do testamento, com o risco sempre latente de o ato sofrer ataques de anulação.³ O legislador regulamenta de forma exaustiva e cansativa a sucessão testamentária em 133 artigos. À sucessão legítima são destinados escassos 27 artigos.

Nunca fez parte da cultura brasileira o uso do testamento. No entanto, as atuais normas do direito sucessório chocam-se com o **regime de bens**, deixando de corresponder ao desejo das pessoas manifestado mesmo antes

1. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 5.

2. Giselda Hironaka, in Francisco Cahali e Giselda Hironaka, Direito das Sucessões, 215.

3. Sílvio Venosa, O testamento em geral, 153.

do casamento e que não é respeitado quando da morte. Não há margem sequer para as pessoas deliberarem sobre o que ocorrerá com o seu patrimônio. Regras obscuras e de compreensão duvidosa vêm gerando distorções incríveis, dando margem até ao **enriquecimento sem causa**. Ao depois, mudanças da **jurisprudência** ocorrem com enorme frequência, ao sabor da eventual composição dos órgãos colegiados, o que gera severa **insegurança jurídica**. Em face das modificações feitas pelo malévolo imbróglio criado pelo legislador, o testamento ganha nova força.⁴ Também começa a se difundir o que passou a se chamar de **planejamento sucessório**.

31.2. SUCESSÃO LEGÍTIMA

A sucessão legítima visa preservar o patrimônio de uma pessoa aos seus familiares. É a **solidariedade familiar** imposta até após a morte. Daí por que metade dos bens destina-se a quem a lei escolhe, de forma compulsória, sobrepondo-se à **vontade** do seu titular. Mas há espaço à livre disposição do patrimônio, ainda que de forma parcial, em respeito ao princípio da **autonomia da vontade**. É assegurado ao titular dos bens, o direito de, por meio de testamento, eleger herdeiros e legatários, isto é, sucessores a título universal ou particular. O testador regula, em ato unilateral, a distribuição dos seus bens, conforme sua própria vontade.⁵ A justificativa para a sucessão testamentária é permitir a destinação de bens e valores a qualquer pessoa. Admite a lei que, por meio de um documento, alguém delibere sobre o destino de seus bens para depois de sua morte. Como diz Zeno Veloso, o último suspiro do testador é o sopro vivificador que dá definitividade e eficácia à mensagem que o documento contém.⁶

31.3. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Para adentrar na seara da sucessão testamentária, algumas distinções se impõem. **Herdeiro** é quem adquire bens em decorrência de direito sucessório. O **herdeiro legal** recebe a herança por integrar a ordem de vocação hereditária, por isso é considerado **herdeiro legítimo**. Como recebe a totalidade ou quota-parte da herança, chama-se **sucessor universal**. Também é denominado de herdeiro quem é contemplado, por testamento,

4. Idem, 154.

5. Orlando Gomes, Sucessões, 84.

6. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 4.

com a herança ou fração dela, daí o nome: **herdeiro testamentário**. Como ele recebe a totalidade ou uma quota-parte não individualizada do acervo hereditário, também é chamado de **herdeiro universal**. Já o **legatário** é brindado com bens ou direitos devidamente singularizados. Por isso, **herdeiro a título singular**. Legatários e herdeiros testamentários são instituídos por testamento. Ao **herdeiro**, o testador deixa a universalidade ou a fração que pode dispor de seus bens; ao legatário, identifica os bens que lhe destina. O legatário recebe legado e o herdeiro (quer legal, quer testamentário) recebe herança.

Mais algumas precisões. **Testamento** é o ato de última vontade pelo qual ocorre a sucessão testamentária. Como observa Orlando Gomes, não é correto dizer que a sucessão testamentária opera por vontade expressa do homem. É a lei que coloca à disposição das pessoas capazes um **meio técnico** de regular a própria sucessão. Os herdeiros instituídos e os legatários nomeados só recebem os bens se o interessado faz uso do **instrumento** próprio que lhe oferece a lei.⁷ Para haver sucessão testamentária é preciso haver: (a) pessoa capaz de dispor dos seus bens para depois da morte; (b) pessoa capaz de recebê-los; (c) declaração de vontade na forma exigida em lei; e (d) observância dos limites ao poder de testar.⁸

O primeiro limite imposto à liberdade de testar é a necessidade de preservar a parte do patrimônio destinada aos **herdeiros necessários** e que recebe o nome de **legítima**. Conforme Pontes de Miranda, o testar só se exerce no que sobra, na outra porção do patrimônio. Se exceder, não se invalida por inteiro o ato de dispor – reduz-se apenas à metade disponível. Também as **doações** têm de caber na quota disponível, pois configuram adiantamento de legítima. A lei fixa a porção testável.⁹

Via testamento, o titular, além de eleger herdeiros, também pode impor algumas restrições à legítima dos herdeiros necessários: clausular a herança tornando-a incomunicável, inalienável ou impenhorável (CC 1.848). Tem a faculdade de deliberar sobre a partilha, indicando os bens que devem compor os quinhões hereditários (CC 2.014). Nada mais. Não pode determinar nem a conversão do quinhão do herdeiro necessário em bens de espécie diversa (CC 1.848 § 1.º).

Na sucessão testamentária, o poder discricionário do titular é quase **absoluto**. Ao fim e ao cabo, como é ato de liberalidade, o testador pode

7. Orlando Gomes, *Sucessões*, 86.

8. *Idem*, 88.

9. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. 56, 89.

quase tudo. É que as concessões de bens ou direitos configuram verdadeiras doações: o titular do patrimônio brinda quem quiser, podendo condicionar o recebimento de direito da forma como lhe aprouver. Ao contrário do que acontece com a herança, cuja transmissão é sempre imediata, na sucessão testamentária tem o testador a liberdade de subordinar o recebimento da herança a termo e a condições e impor encargos, tal qual como ocorre nos negócios jurídicos (CC 121 a 137). Pode sujeitar os herdeiros testamentários a sub-rogação dos bens (CC 1.848 § 2.º). Também tem a faculdade de nomear herdeiros por meio de substituições (CC 1.947) e herdeiros sucessivos via fideicomisso (CC 1.951).

O titular do patrimônio tem o direito de dispor de todos os seus bens. Se tiver herdeiros necessários (CC 1.845) – descendentes, ascendentes ou cônjuge –, só pode dispor da metade (CC 1.846 e 1.789). É o que se chama **parte disponível**. Caso não destine toda a parte disponível aos herdeiros que elege, o que sobra fica para os herdeiros legítimos. A lei diz isso duas vezes: *se as quotas de cada herdeiro testamentário não absorverem a totalidade da herança, o restante pertence aos herdeiros legítimos, segundo a ordem de vocação hereditária* (CC 1.906); *quando o testador dispuser só em parte da quota hereditária disponível, o remanescente pertence aos herdeiros legítimos* (CC 1.966).

Havendo instituição de herdeiros testamentários e nomeação de legatários, se os bens que lhes forem destinados excederem a fração disponível, há necessidade de **recortar** os atos de liberalidade. Primeiro se reduz o quinhão do herdeiro testamentário. Se tal não for suficiente para respeitar a legítima, é que se diminui o legado (CC 1.967 § 1.º). Ou seja, os legatários são mais preservados do que os herdeiros testamentários. Só se mexerá no direito do legatário se a eliminação dos herdeiros testamentários não bastar para assegurar o direito dos herdeiros necessários.

Vez por outra é difícil saber se alguém, ao morrer, havia ou não deixado testamento, o que impedia que sua vontade fosse respeitada. Daí a criação, pelo **Conselho Nacional de Justiça**, da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC) e do **Registro Central de Testamentos On-Line (RCTO)**.¹⁰ A Corregedoria-Geral da Justiça do CNJ tornou obrigatória a alimentação deste banco de dados pelos responsáveis dos serviços extrajudiciais de notas,¹¹ bem como impôs aos juízes que processam inventários judiciais e aos Tabeliães de Notas que lavram

10. CNJ – Provimento 18/2012 da Corregedoria-Geral de Justiça.

11. Site: <www.buscatestamento.org.br>

inventários extrajudiciais, a consulta a este banco de dados para verificar a existência de testamento público ou a aprovação de testamento cerrado.¹²

Não só por meio de testamento o titular do patrimônio pode transmitir-lo aos seus herdeiros: pode fazer doação aos herdeiros necessários a título de **adiantamento de legítima** (CC 544) bem como proceder à **partilha em vida** de seus bens (CC 2.018).

LEITURA COMPLEMENTAR

CARVALHO NETO, Inácio de. A venda de ascendente a descendente no novo Código Civil. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (coord.). *Arte jurídica*: biblioteca científica de Direito Civil e Processo Civil. Curitiba: Juruá, 2006. p. 119-128.

VELOSO, Zeno. *Testamento*. 2. ed. ampl. Belém: CEJUP, 1993.

12. CNJ – Provimento 56/2016 da Corregedoria-Geral de Justiça.

32

LEGITIMIDADE E CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA

Sumário: **32.1.** Capacidade e legitimidade – **32.2.** Capacidade testamentária ativa: **32.2.1.** Idade; **32.2.2.** Discernimento; **32.2.3.** Incapacidade acidental – **32.3.** Legitimidade testamentária passiva – **32.4.** Filiação eventual: **32.4.1.** Fideicomisso – **32.5.** Embriões congelados – **32.6.** Pessoa jurídica – **32.7.** Impedimentos – Leitura complementar.

Referências legais: CR 227 § 6.º; CC 3.º, 4.º, 1.597 III, IV e V, 1.798 a 1.803; Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência); CNJ – Provimento 52/2016; CFM – Resolução 2.168/2017.

32.1. CAPACIDADE E LEGITIMIDADE

Para que ocorra a **sucessão legítima** basta existirem herdeiros legítimos: pessoas nascidas ou já concebidas (CC 1.798) que integrem a ordem de vocação hereditária (CC 1.829). Tal significa que os herdeiros precisam ter **legitimidade sucessória passiva**.

Na **sucessão testamentária** é necessária dupla ordem de legitimação: a **capacidade de testar** do titular dos bens e a **legitimidade dos beneficiários** para suceder por testamento. Para a validade do testamento é exigida também **capacidade para testemunhar** de quem participa do ato de testar, uma vez que em todos os tipos de testamento há a participação de testemunhas.

32.2. CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA ATIVA

Distintos são os momentos para verificar a capacidade de testar e a legitimidade dos beneficiários para serem contemplados. A capacidade do

autor da herança é apurada ao tempo em que fez o testamento. O momento da morte não tem nenhuma importância.¹ A lei vigente na **data do testamento** regula: (a) a capacidade do testador e (b) a forma extrínseca do testamento. É o princípio *tempus regit actum*.² A posterior incapacidade do testador não afeta a higidez do testamento. De outro lado, a superveniência da capacidade não convalida o testamento feito enquanto faltava capacidade ao testador (CC 1.861). Já a lei do tempo da **abertura da sucessão** rege: (a) a legitimidade para suceder e (b) a eficácia das disposições testamentárias. Quando o direito testamentário está sujeito à **condição suspensiva**, aplica-se a lei vigente ao tempo em que ocorrer o evento, e não a data da morte do testador (CC 1.857). Isso porque a condição suspende a aquisição do direito que se transmite somente quando do seu implemento.³

Todo homem é capaz de direitos e obrigações. É o que se chama de capacidade civil (CC 1.º). Capacidade para testar não se confunde com **capacidade civil**. Só as **pessoas físicas** podem testar. As **pessoas jurídicas** não, ainda que possam ser constituídas herdeiras testamentárias. A capacidade constitui a regra e a incapacidade, a exceção: os absolutamente incapazes e os que não tiverem pleno discernimento. Podem fazer testamento todos os que não estão proibidos por lei.⁴ A capacidade se presume. O inverso, a incapacidade, deve ser expressamente prevista e, se alegada, tem de ser provada de maneira cabal, não bastando puros indícios, simples presunções ou meras declarações.⁵

Diz a lei que não podem testar os **incapazes** e os que não tiverem pleno discernimento (CC 1.860). São absolutamente incapazes somente os **menores de 16 anos** (CC 3.º). A partir desta idade, eles podem testar (CC 1.860 parágrafo único). Deste modo, não podem testar os menores de 16 anos e quem não tiver “pleno discernimento”.

32.2.1. Idade

Ainda que relativa a capacidade do jovem entre os 16 e os 18 anos para certos atos da vida civil (CC 4º I), a partir dos **16 anos** qualquer pessoa pode testar (CC 1.860 parágrafo único). Somente o implemento da **idade**

1. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 56, 115.
2. Em tradução livre: o tempo rege o ato.
3. Orlando Gomes, Sucessões, 87.
4. Carlos Maximiliano, Direito das Sucessões, v. 1, 355.
5. Zeno Veloso, Testamento, 47.

confere legitimidade testamentária. Outros meios de atingir a maioridade não. Nem o **casamento** nem a **emancipação** os capacitam para testar. Não cabe também o **suprimento judicial** da capacidade.

Como a legitimação decorre da lei, não é necessário que o adolescente seja **assistido** por seus pais ou representantes. Como diz Zeno Veloso, comparecer um pai “assistindo” o filho na outorga do testamento é coisa disparatada. Caracterizaria intervenção indevida, uma afronta às características de unilateralidade e unipessoalidade, que são essenciais no ato de disposição de última vontade.⁶

Quem completa 16 anos adquire uma **capacidade especial**, que é plena para fazer testamento. Se o testador tinha menos de 16 anos quando testou, o implemento da maioridade não convalida o ato, não lhe empresta validade. A não ser que venha a ratificá-lo. Mas trata-se de outro testamento.

A lei estabelece uma idade mínima, mas não há **limite máximo**. Portanto, com qualquer idade, a pessoa pode testar. Só precisa ter capacidade mental plena. Idade avançada não impede nada.

A **idade avançada** do testador, por si só, também não é causa para anulação do testamento por suposta falta de discernimento.⁷

32.2.2. Discernimento

Segundo a lei civil, outra causa incapacitante para testar é a ausência de “pleno discernimento” (CC 1.860). A expressão é de todo infeliz. Além de não ter conteúdo definido, dispõe de viés pejorativo. Acaba atribuindo ao intérprete elevada dose de discricionariedade.

O **Estatuto da Pessoa com Deficiência** (L 13.146/15) veio consertar vários equívocos. Define **pessoa com deficiência** como *aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas* (EPD 2º). Como diz Flávio Tartuce, houve uma alteração

6. Idem, 52.

7. Ação de anulação de testamento. Incapacidade do testador. A idade avançada e eventual enfermidade do testador, por si só, não comprovam sua incapacidade para testar, que não pode ser presumida, devendo ser robustamente provada. Ausência de prova de que a testadora não tinha pleno discernimento dos atos quando da escrituração do testamento. Apelação desprovida. (TJRS, AC 70073360851, 7ª C. Cív., Rel. Jorge Luís Dall'Agnol, j. 28/06/2017).

no regime de tutela de tais pessoas, substituindo-se a ideia de *dignidade-vulnerabilidade* do sistema anterior pela de *dignidade-igualdade* ou de *dignidade-inclusão*.⁸

O Estatuto limitou a **incapacidade absoluta** aos menores de 16 anos (CC 3.º). Apesar de o Código Civil conferir somente às pessoas capazes o direito de testar (CC 1.857), quem é identificado como **relativamente incapaz** não está impedido de testar (CC 4.º): II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Quanto aos **pródigos** (CC 4º IV), nem se justifica muito ter sua capacidade reduzida quando dispõe do que é seu. De qualquer modo, no ato de testar não há que se falar em tal restrição.

Como negócio jurídico que é, o testamento está sujeito ao controle da capacidade geral prevista para os atos e negócios jurídicos (CC 104 I): a validade do negócio jurídico exige agente capaz. Sendo que toda pessoa capaz pode dispor, por testamento (CC 1.857).

Com as mudanças na teoria das incapacidades, somente devem ser considerados como absolutamente incapazes para o testamento os menores de 16 anos. Quanto aos maiores com alguma deficiência, em regra, são capazes, a não ser que, por causa transitória ou definitiva, não possam exprimir a vontade para o ato testamentário, hipótese em que se enquadram como relativamente incapazes (CC 4º III).⁹

A deficiência não mais afeta a plena **capacidade civil** (EPD 6.º), sendo assegurado o exercício da capacidade legal, pela adoção de **tomada de decisão apoiada** (EPD 84 § 2.º). Como uma pessoa com deficiência pode eleger duas pessoas para prestar-lhe apoio sobre os atos da vida civil (CC 1.783-A), nada impede que também faça testamento. Às claras que nem os apoiadores e nem seus parentes podem ser contemplados.

Em matéria de capacidade testamentária, quer se dar a segurança de que o indivíduo possa exprimir livremente sua vontade, que tenha compreensão, discernimento, que saiba, enfim, o que está fazendo.¹⁰ Assim, não cabe mais falar em “pleno discernimento”. A validade do testamento é presumida e a prova nem sempre é fácil. É complicado aferir a incapacidade de alguém que já morreu, principalmente com referência a uma

8. Flávio Tartuce, O estatuto da pessoa com deficiência e..., 52.

9. Idem, 67.

10. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 32.

manifestação de vontade, que pode ter ocorrido muitos anos antes, quando da elaboração do testamento.

Para o reconhecimento da incapacidade não é necessário que o testador esteja sob **curatela**.¹¹ De outro lado, levantada a curatela, é possível a ação de anulação do testamento que tenha sido elaborado enquanto ele estava interditado.

32.2.3. Incapacidade acidental

A falta de capacidade pode ser permanente ou circunstancial. A incapacidade acidental também pode invalidar o testamento. Quando a alegação é **falta de higidez psíquica**, é necessário provar o estado de insanidade no exato momento em que o testamento foi feito. É o que tenta dizer o legislador em dispositivo de confusa redação (CC 1.861): *A incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade*. Às claras que, tendo o testamento sido elaborado quando o testador gozava de plena capacidade, o fato de tornar-se incapaz, em momento posterior, não pode afetar a higidez da vontade manifestada enquanto era plenamente capaz. Para utilizar a expressão legal, o fato de o testador perder o “pleno discernimento” não invalida o testamento feito enquanto lúcido estava. Cabe o alerta feito por Francisco Cahali: tornando-se incapaz o testador, não se pode revogar o testamento válido feito em momento anterior. Perpetua-se a última vontade expressa em momento de lucidez e plena capacidade.¹²

A obviedade da segunda afirmativa do dispositivo nem requer maior atenção. O testamento feito por incapaz não vale, mesmo que venha ele a adquirir depois a plena capacidade. Assim, se não desfrutava o testador de “pleno discernimento”, quando “ficar curado” tal não convalida o ato viciado. O testamento feito por incapaz é nulo. A sentença é declaratória. A nulidade não se convalida pela cessação da causa incapacitante. Não

11. Ação anulatória de testamento. Ausência do pleno discernimento da testadora. 1. Se o estado de saúde física e mental da testadora era passível de comprometer o seu pleno discernimento, estando ela acometida de limitações físicas e mentais decorrentes de problemas de saúde, não estava apta a testar ex vi do art. 1.860 do CCB. 2. Imperiosa a anulação do testamento levado a efeito, quando a testadora estava com estado de saúde precário e revelava limitações cognitivas. Recurso provido. (TJRS, AC, 70076284165/RS, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 25/04/2018).

12. Francisco Cahali, Sujeitos da sucessão, 17.

há retroatividade da incapacidade superveniente, nem há convalescença posterior daquilo que é viciado.¹³

Questão que atormenta a doutrina é saber se o interdito pode testar em **intervalo lúcido**, ou quando, apesar da cura, não foi levantada a interdição. Uns sustentam que a presunção é de validade, havendo a possibilidade de ser comprovada a higidez do interdito.¹⁴ A maioria, no entanto, inclina-se em não admitir que se convalide o ato, o que traria muita insegurança às relações jurídicas.¹⁵ O fato é que a lei reconhece como absolutamente incapazes somente os menores de 16 anos (CC 3.º).

Além das **restrições** referentes à capacidade de testar, há limitações outras. Pessoas **com algumas limitações** não podem usar determinadas formas de testamento. Quem não sabe ler e escrever não tem como fazer testamento cerrado (CC 1.872). Se o testador não conhece a língua nacional, descabe o uso de testamento público (CC 1.871).

O **ausente** preserva sua capacidade de testar. Transitada em julgado a sentença que determina a abertura da sucessão provisória, procede-se à abertura do testamento (CC 28).

32.3. LEGITIMIDADE TESTAMENTÁRIA PASSIVA

Na sucessão testamentária há que se perquirir também a **legitimidade** para herdar dos herdeiros instituídos, o que, a rigor, não cabe ser chamado de **capacidade passiva**.¹⁶ As regras que identificam as causas da ilegitimidade testamentária são de **ordem pública**. São normas **imperativas, cogentes, obrigatórias**. Delas não pode o testador se afastar. O descumprimento importa nulidade absoluta do ato praticado ao seu arrepio.¹⁷

A regra é que qualquer pessoa – seja física, seja jurídica – pode ser contemplada por testamento. São capazes todos os que a lei não recusa a capacidade. O **herdeiro necessário** pode ser contemplado com a parte disponível, fazendo jus tanto à legítima quanto ao quinhão testamentário. Igualmente o **meeiro**, mesmo quando concorre com herdeiros antecedentes.

13. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 250.

14. Neste sentido: Sílvio Venosa, *O testamento em geral*, 171.

15. Neste sentido: Orlando Gomes, *Sucessões*, 89 e Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 244.

16. Sílvio Neves Baptista, *Ensaio de Direito Civil*, 371.

17. Zeno Veloso, *Testamento*, 442.

O herdeiro instituído por testamento precisa estar **vivo** quando da abertura da sucessão. Como não existe **direito de representação** na sucessão testamentária, a morte do herdeiro antes do testador não transfere a herança aos seus filhos. Aquele que não foi concebido não está “legitimado” a receber a herança se não tem existência quando da abertura da sucessão.¹⁸ Afirmar Zeno Veloso: *aquele que ainda não é também não é herdeiro ainda. Assim, não se pode falar em “capacidade” nem em “capacidade jurídica excepcional”*.¹⁹

A capacidade dos herdeiros existentes à época da abertura da sucessão é a regra e o princípio.²⁰ Mas há exceções. Podem ser beneficiados por testamento (CC 1.798): as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Porém, a recíproca não é verdadeira. Há um leque maior de legitimados na sucessão testamentária (CC 1.799): os filhos da pessoa indicada pelo testador, mesmo que não concebidos quando da abertura da sucessão; as pessoas jurídicas já constituídas; e as fundações, cuja organização for determinada pelo testador.

32.4. FILIAÇÃO EVENTUAL

A doutrina insiste falar em “prole eventual”, expressão em boa hora abandonada pelo Código Civil, que se refere a “filhos ainda não concebidos” (CC 1.799 I). A mudança veio acabar com infundáveis discussões, pois se questionava se “prole eventual” contemplava ulteriores descendentes, como netos ou bisnetos da pessoa indicada no testamento. Com a explicitação não há mais dúvida, só podem ser nomeados herdeiros testamentários **os filhos** da pessoa indicada pelo testador: descendentes em linha reta de primeiro grau. Assim, nada justifica continuar utilizando a expressão “prole eventual”, sendo preferível “filiação eventual”.

O **nascituro** tem legitimidade para suceder, tanto como herdeiro legítimo quanto testamentário (CC 1.798). Porém, os filhos **não concebidos** só podem ser beneficiados via testamento (CC 1.799 I), a favor de quem pode ser instituído fideicomisso (CC 1.952). Para isso o herdeiro deve provir de **pessoa determinada**. É necessário que o testador indique a pessoa cujos filhos ele quer contemplar. Pode haver a eleição dos dois genitores, quando somente os filhos de ambos adquirem a condição de herdeiros. Pode haver

18. Silvio Neves Baptista, Ensaio de Direito Civil, 372.

19. Zeno Veloso, Testamento, 422.

20. Idem, 415.

a indicação de somente um dos futuros pais, ainda que o herdeiro seja casado. Afinal, a **família monoparental** é reconhecida constitucionalmente.

Podem ser contemplados os descendentes da pessoa indicada, que vierem a nascer no período de **dois anos**, depois da abertura da sucessão. Tem o testador a possibilidade de alterar prazo de espera (CC 1.800 § 4.º). A lei não especifica se é para mais ou para menos. Assim, pode ser reduzido ou dilatado.²¹ Não cabe reconhecer a norma como de ordem pública e admitir apenas sua redução por motivo de segurança jurídica e interesse social.

O testador pode eleger qual filho da pessoa indicada quer beneficiar. É possível, por exemplo, escolher o primogênito ou a filha mulher que vier a nascer. Assim, quando do nascimento do herdeiro especificado, recebe ele a integralidade da herança que lhe foi destinada.

Contemplados “os filhos ainda não concebidos”, sem especificação alguma, quando do nascimento de um filho, a ele se transmite a herança. Mas, nascendo outros filhos no período de dois anos, a herança é dividida entre todos. Não há como excluir da sucessão os que eventualmente nascerem nos dois anos após a morte do testador. Beneficiados são “os filhos” e não o primeiro a nascer. Somente após o decurso do prazo legal é que se consolida a titularidade do bem em favor dos que nasceram no período.

Também há a possibilidade de já terem nascido filhos da pessoa indicada, quando da abertura da sucessão. Ainda assim há a necessidade de aguardar o decurso do prazo de dois anos para ver se não irão nascer mais filhos neste período.

Entre a morte do testador e o nascimento com vida do herdeiro, ou o implemento do termo final de dois anos (CC 1.800 § 4.º), a cláusula testamentária fica **suspensa**. Escoado o prazo sem que o herdeiro seja concebido, os bens são transmitidos aos herdeiros legítimos. A disposição testamentária perde a eficácia, ou seja, caduca, como diz a lei. A ineficácia é *ex tunc*, e os sucessores fazem jus aos bens, frutos e rendimentos desde a abertura da sucessão.

Trata-se de cláusula testamentária incerta e condicional.²² Não tem eficácia imediata. Há mera **expectativa de direito** que se consolida com o nascimento com vida, momento em que a personalidade civil tem início (CC 2.º). A transmissão da herança está subordinada ao implemento de

21. Neste sentido: Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 32; e Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 152.

22. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 253.

dupla condição, dois eventos futuros e incertos.²³ Uma **condição resolutiva**: na hipótese de o herdeiro instituído não ter ainda nascido, o genitor do indicado como herdeiro precisa estar vivo quando da abertura da sucessão (CC 1.799 I). Caso o herdeiro já tenha sido concebido, ele herda, ainda que seu genitor já tenha falecido. A disposição testamentária não caduca. Há também uma **condição suspensiva**: a concepção deve ocorrer no prazo de dois anos contado da data da abertura da sucessão.

No momento do nascimento, é como se o herdeiro tivesse nascido à data da morte do testador. Se não nasceu, mas foi concebido antes do decurso do prazo, cabe aguardar o seu nascimento. Nascer com vida, recebe seu quinhão hereditário e mais os **frutos e rendimentos** desde a abertura da sucessão. Na expressão do Código, recebe a deixa a partir da morte do testador (CC 1.800 § 3.º). Esta é a exata dimensão do princípio de *saisine*.

Durante o prazo de espera para que aconteça o nascimento dos herdeiros, os bens ficam **reservados**. Mesmo que o inventário acabe quando da partilha, o acervo a eles destinado resta em mãos de um **curador** (CC 1.800), que é considerado depositário, incumbindo-lhe os deveres próprios de quem administra patrimônio de outrem, respondendo pelos prejuízos e dando conta dos frutos.²⁴ Se não houver indicação do curador no testamento, deve o juiz nomear a pessoa que o testador apontou como pai ou como mãe do herdeiro. Também pode ser nomeado o cônjuge ou companheiro do testador, o testamentário ou pessoa da confiança do juiz (CC 1.800 § 1.º).²⁵ O pai é usufrutuário dos bens do filho (CC 1.689 I). No entanto, o genitor do herdeiro instituído só pode desfrutar dessa prerrogativa depois de o filho ter assumido a herança. Antes disso, é curador e, como tal, não faz jus aos rendimentos da herança.

Como há a possibilidade de o vínculo de filiação ter origem diversa da consanguinidade (CC 1.593), no conceito de filiação eventual se encaixa: (a) o filho resultado de reprodução assistida heteróloga (CC 1.597 V); (b) o que detém a posse de estado de filho; e (c) o filho cuja adoção ocorrer depois da morte do testador (ECA 47 § 7º). Como bem observa Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a expressão “filhos ainda não concebidos”, contida no inciso I do art. 1.799, precisa ser interpretada à luz dos valores e princípios constitucionais.²⁶

23. Suzana Stoffel Martins Albano, Reprodução assistida..., 75.

24. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 255.

25. Equivocada a remissão ao art. 1.775 do CC. A referência correta é ao art. 1.797.

26. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Direito Civil, v. 7, 175.

Em vez de conceber, o genitor indicado no testamento pode se submeter à **reprodução assistida** heteróloga, em que é utilizado material genético de um doador. Também pode adotar ou mesmo constituir outro modo de **filiação socioafetiva, inclusive com o reconhecimento da multiparentalidade**. Mesmo que no testamento conste expressamente manifestação no sentido de beneficiar os **filhos naturais consanguíneos**, o princípio da obediência à vontade do testador (CC 1.899) não pode se sobrepor à vedação constitucional que proíbe diferenciações. Não há como afastar os filhos adotados, nem os concebidos por inseminação heteróloga. Somente uma interpretação conforme os princípios constitucionais pode dar sentido à expressão “não concebidos” como estado de filiação ainda não constituído, seja biológico ou não.²⁷

32.4.1. Fideicomisso

Apesar da semelhança, não dá para confundir a nomeação de herdeiros não concebidos com o fideicomisso, apesar de, em ambas as hipóteses, serem beneficiados herdeiros inexistentes quando da abertura da sucessão. Na nomeação de filho eventual, o herdeiro instituído será concebido. No fideicomisso, há a nomeação de dois sucessores, sendo o herdeiro não concebido o segundo contemplado.

Até o nascimento do herdeiro eventual (CC 1.799 I), o seu quinhão fica em mãos de um **curador**, na qualidade de mero administrador. Quando do nascimento, o herdeiro recebe imediatamente a herança, bem como os frutos e rendimentos, com efeito retroativo à data da abertura da sucessão (CC 1.800 § 3.º). Já no fideicomisso, nascendo o fideicomissário, ele adquire somente a **nua-propriedade** do seu quinhão hereditário, não a posse. Esta permanece em mãos da pessoa indicada pelo testador (fiduciário), na qualidade de usufrutuário (CC 1.952 parágrafo único). O curador é mero administrador, enquanto o fiduciário é titular da herança que recebeu, ainda que sua propriedade seja resolúvel (CC 1.953). Há mais uma diferença: na nomeação de filho esperado, este tem de nascer até dois anos após a abertura da sucessão (CC 1.800 § 4.º). No fideicomisso não há prazo para o nascimento.

Quando da **morte** do fiduciário, a propriedade consolida-se em favor do fideicomissário. No entanto, falecido o curador do herdeiro eventual, é necessária a nomeação de outro curador. Já a morte do fideicomissário, antes do fiduciário, torna definitiva a propriedade do fiduciário.

27. Paulo Lôbo, *Direito Civil: Sucessões*, 120..

Com relação à **renúncia**, também os efeitos são distintos. A renúncia do fideicomissário transfere ao fiduciário a herança de modo definitivo (CC 1.955). Nenhuma dessas duas hipóteses ocorre na sucessão do filho eventual. O Código anterior admitia que a “prole eventual” fosse beneficiada através de **fideicomisso**. A lei atual nada prevê, assim, não proíbe.

É preciso concordar com Sílvio Venosa quando diz que são tantos os problemas que essa possibilidade sucessória pode causar que melhor seria extingui-la, mantendo-se somente o fideicomisso, que atinge a mesma finalidade com maior segurança.²⁸

32.5. EMBRIÕES CONGELADOS

A evolução da engenharia genética trouxe profundos reflexos no âmbito das relações familiares. Basta atentar à possibilidade de uso das técnicas de reprodução assistida em que embriões são congelados e nem todos são utilizados. Tal fato faz surgir questionamento não exclusivamente sobre o destino deste material genético, mas também sobre as sequelas no direito sucessório quando a implantação ocorre depois do falecimento do proprietário do material genético. A primeira dúvida é se os embriões congelados em laboratório devem ser considerados nascituros ou “prole eventual”: filhos não concebidos. Reconhecidos como **nascituros**, teriam personalidade jurídica e desfrutariam da qualidade de herdeiros – e herdeiros necessários –, independentemente de quando fosse levada a efeito a implantação. Com o nascimento, fariam jus ao quinhão hereditário e a seus frutos desde a abertura da sucessão. Considerados **filiação eventual**, só poderiam ser eleitos herdeiros testamentários, e restariam excluídos da sucessão do pai ou da mãe que não conheceram, mas a quem devem a paternidade biológica.²⁹ Débora Gozzo propõe o emprego da analogia para assegurar o direito sucessório resultante das técnicas de reprodução assistida, da mesma maneira que se admite a nomeação de filho eventual.³⁰

A opinião que vem prevalecendo na doutrina é reconhecer a **ruptura do testamento** na hipótese de ocorrer a implantação e o posterior nascimento.³¹ Essa solução não pode vingar, quer se trate de fecundação artificial

28. Sílvio Venosa, O testamento em geral, 179.

29. Giselda Hironaka, in Francisco Cahali e Giselda Hironaka, Direito das Sucessões, 289.

30. Débora Gozzo e Sílvio Venosa, Comentários ao Código Civil brasileiro, v. 16, 42.

31. Neste sentido: Giselda Hironaka, in Francisco Cahali e Giselda Hironaka, Direito das Sucessões, 290; e Sílvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7, 270.

homóloga (quando o material genético é do genitor), quer seja heteróloga, em que há prévia autorização para a utilização de material genético de terceiros (CC 1.597 III, IV e V). Em qualquer dessas hipóteses, não dá para falar em ignorância do testador da existência de herdeiros necessários (CC 1.974). Na reprodução homóloga, submeteu-se a procedimento laboratorial para a retirada de material genético, e, na heteróloga, firmou documento autorizando a fecundação.

A única solução que se avizinha – e que a um só tempo atende à vontade do testador e não exclui herdeiros necessários da sucessão – é **reduzir as disposições testamentárias** (CC 1.967) de modo a respeitar o quinhão do herdeiro necessário que nasceu depois da morte do genitor, mas com seu consentimento.

Apesar de a lei exigir que esteja viva a pessoa indicada como genitor quando da abertura da sucessão, em face das possibilidades de reprodução assistida *post mortem*, não há como impedir que sejam beneficiados os filhos eventuais do próprio testador. Havendo material genético armazenado em laboratório, pode o seu proprietário nomear os filhos a serem concebidos como herdeiros eventuais. Giselda Hironaka nega tal possibilidade, mas alerta que o testador pode obter o mesmo resultado por via reflexa, ao indicar quem irá se submeter à técnica reprodutiva como genitor do herdeiro. Também admite ser possível a indicação do doador do óvulo ou do espermatozoide para a concepção da prole eventual.³² No entanto, tal sugestão esbarra na proibição do Conselho Federal de Medicina de ser conhecida a identidade dos doadores e receptores.³³

Guilherme Calmon Nogueira da Gama praticamente esgota todas as possibilidades. E finaliza afirmando que a solução que harmoniza os princípios constitucionais da dignidade e da igualdade material do filho póstumo, do direito à herança em favor dos herdeiros existentes/nascituros na época da abertura da sucessão e da segurança jurídica dos terceiros adquirentes de bens que integravam a herança, conduz à qualificação da modalidade de **propriedade *ad tempus*** em favor dos herdeiros originalmente vocacionados nos casos de sucessão legítima na qual haja, posteriormente, o surgimento do filho póstumo do autor da sucessão.³⁴

32. Giselda Hironaka, Comentários ao Código Civil, v. 20, 96.

33. CFM – Resolução 2.168/2017.

34. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Herança legítima *ad tempus*, 191.

32.6. PESSOA JURÍDICA

As pessoas jurídicas têm capacidade sucessória somente por meio de testamento (CC 1.799 II). Possuem **legitimidade passiva** para herdar, mas não têm capacidade ativa para fazer testamento.

Como a lei não distingue, não cabe restrição quanto à espécie de pessoa jurídica. Podem ser nomeadas herdeiras ou legatárias as pessoas jurídicas, tanto as de **direito público interno** (CC 41) – União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias –, como as de **direito privado** (CC 44) – sociedade, associação, fundação, organização religiosa e partido político. Do mesmo modo, as pessoas jurídicas **nacionais** e as **estrangeiras**. A limitação diz com a necessidade de os atos constitutivos serem aprovados pelo governo brasileiro (LINDB 11 § 1.º). Ainda que a herança seja considera bem imóvel (CC 80 II), não incide o impedimento de governos ou organizações estrangeiras serem beneficiados por testamento (LINDB 11 § 2.º).

O requisito para pessoas jurídicas serem beneficiadas é que tenham **existência** à época da abertura da sucessão e não quando da elaboração do testamento. A existência legal da pessoa jurídica de **direito privado** começa quando da inscrição do ato constitutivo no respectivo registro (CC 45 e 985). Já a de **direito público** tem existência condicionada à esfera da administração a que pertence. A pessoa jurídica **em liquidação** não pode receber herança porque já deixou de existir e sua personalidade se prolonga apenas para os atos necessários à apuração patrimonial.³⁵

Quanto às **sociedades de fato** (CC 981): sociedades não legalmente constituídas, há controvérsias sobre a possibilidade de serem beneficiadas. Alguns entendem que a falta de personalidade jurídica impede que recebam a herança.³⁶ Outros equiparam as sociedades não dotadas de personalidade jurídica ao nascituro e admitem que seja estabelecido prazo para que a sociedade se torne regular, momento em que se operaria a transmissão.³⁷ Porém, como pondera Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a lei encerra a polêmica, ao estabelecer, expressamente, que a única hipótese de pessoa jurídica ainda não constituída ser vocacionada à sucessão testamentária é

35. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 35.

36. Neste sentido: Silvio Neves Baptista, Ensaios de Direito Civil, 373; e Francisco Cahali, Sujeitos da sucessão, 22.

37. Neste sentido: Orlando Gomes, Sucessões, 92; Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 35; Sílvia Venosa, O testamento em geral, 177; e Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil, v. 6, 49.

a fundação (CC 1.799 III). Excluídas, assim, as sociedades e associações juridicamente inexistentes na época da abertura da sucessão.³⁸ De qualquer modo, não há impedimento de que o testador conceda **prazo** para a constituição da sociedade a ser beneficiada com a herança. Mas o prazo precisa ser **determinado**. Também é possível impor encargo ao herdeiro instituído para transmitir determinada parcela de patrimônio para uma pessoa jurídica a ser formada. Tal, no entanto, não se confunde com nomeação de pessoa jurídica inexistente como herdeira testamentária ou legatária.³⁹

É possível determinar a criação de **fundações** (CC 62) por meio de disposição testamentária (CC 1.799 III). Deve haver a indicação de sua finalidade (CC 62 parágrafo único): assistência social; cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; educação; saúde; segurança alimentar e nutricional, defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; atividades religiosas. O beneficiário precisa constituir-se como pessoa jurídica e se organizar sob a forma de fundação segundo procedimento regulado na lei processual (CPC 764 e 765).

Aqui também há um vácuo temporal entre a morte do testador e a constituição da fundação. Só não cabe dizer que houve instituição de **fideicomisso**. Não dá para fazer analogia e considerar a fundação não formada como pessoa não concebida (CC 1.952). Trata-se de outro caso de legitimidade condicional, em que os direitos atribuídos à fundação ficam na dependência da constituição da pessoa jurídica.⁴⁰

As pessoas jurídicas, como todos os herdeiros, podem **renunciar** à herança. Porém, quando os bens são recebidos pela municipalidade em decorrência da declaração de **vacância**, o ente público não pode abrir mão da herança, até porque não os recebe na condição de herdeiro.

32.7. IMPEDIMENTOS

A lei impõe restrições a determinadas pessoas para serem nomeadas herdeiras testamentárias ou legatárias. Trata-se de **indisponibilidade rela-**

38. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Direito Civil*, v. 7, 44.

39. Francisco Cahali e Giselda Hironaka, *Curso avançado de Direito Civil*, v. 6, 133.

40. Sílvio Neves Baptista, *Ensaio de Direito Civil*, 374.

tiva decorrente da elaboração do testamento ou de alguma circunstância de ordem pessoal. Impede que pessoas sejam beneficiadas pelo receio de que possam forjar disposições, alterando ou induzindo a vontade do testador.⁴¹ Não se trata de incapacidade propriamente dita. O testador não é incapaz de testar nem o herdeiro ou o legatário de receber.⁴²

Por motivos para lá de óbvios, a lei não admite que a **pessoa que redigiu o testamento** a pedido do testador seja contemplada. Há evidente **suspeição** em face da possibilidade de favorecer-se como herdeiro. Pelo mesmo motivo não pode ser beneficiado o cônjuge, o companheiro, o ascendente nem o irmão de quem escreveu o testamento (CC 1.801 I). Todas essas pessoas perdem legitimidade para figurar entre os beneficiários, porque o testamento foi escrito por um parente seu.⁴³ No rol dos familiares do redator do testamento não se encontra o **descendente**. Às claras, houve mera desatenção do legislador. De qualquer modo, não é possível admitir que o filho de quem redigiu o testamento seja nele aquinhado. Ainda que a lei não vede expressamente, o descendente se encaixa no conceito de interposta pessoa, o que o afasta da sucessão (CC 1.802 parágrafo único).

Também quem **elaborou o testamento**, em qualquer de suas modalidades, está impedido de ser herdeiro testamentário. Assim, o tabelião, os oficiais das forças armadas, ou o comandante ou o escrivão da embarcação ou aeronave que participaram do ato do testamento não podem ser beneficiados (CC 1.801 IV). A vedação visa impedir abuso de confiança de quem atuou na sua lavratura. O mesmo impedimento existe com relação às **testemunhas** (CC 1.801 II), que não teriam a isenção necessária. O impedimento diz com as testemunhas que participaram da elaboração do testamento público ou particular, não com relação às que acompanharam a apresentação do testamento cerrado. Como o seu conteúdo não é lido na presença das testemunhas, que só acompanham sua apresentação, não há como saberem se foram beneficiadas ou não.

Do mesmo modo, os **apoiaadores** da pessoa com deficiência, nomeados para **prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre os atos da vida civil** (CC 1.783-A), **não podem ser beneficiados. Nem eles, nem seus parentes.**

Quando a testemunha beneficiada pelo testamento é **herdeira legítima**, não fica excluída da sucessão. Não perde a condição de herdeira. Recebe

41. Idem, 375.

42. Orlando Gomes, Sucessões, 90.

43. Francisco Cahali, Sujeitos da sucessão, 22.

somente o quinhão hereditário e não o que lhe foi deixado por testamento. Dita exclusão só não ocorre se o testamento foi cerrado.

Atos simulados e transmissões **fictícias** via disposições testamentárias não têm validade, considerando-se o herdeiro instituído como **ilegítimo**. Essa ilegitimidade se estende também aos seus descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro (CC 1.802 parágrafo único). Presume a lei serem **interpostas pessoas**. Como se vê, teve o legislador o cuidado de afastar os chamados “laranjas”. Flagrada a tentativa do testador de beneficiar quem não pode ser herdeiro, tal não compromete a validade do testamento, nem leva à sua anulação. Simplesmente são nulas as cláusulas que contêm a simulação.⁴⁴

Contemplada qualquer das pessoas que de algum modo participaram do ato de testar, tal não invalida o testamento. A indicação de mais herdeiros ou deliberações outras não são afetadas pela nulidade de alguma cláusula com referência a determinado herdeiro testamentário. A nomeação de quem não dispõe de legitimidade sucessória não gera caducidade do testamento, somente a **nulidade** da cláusula que beneficiou quem não podia herdar (CC 1.802). O vício é contemporâneo à elaboração do testamento. A **nulidade é relativa**, não podendo ser decretada de ofício pelo juiz. Tanto a nulidade é relativa que há **prazo** para a desconstituição do testamento (CC 1.859) ou da cláusula testamentária (CC 1.909 parágrafo único).

Os outros dois impedimentos apontados pela lei não existem, pois são resquício de um conservadorismo arcaico e preconceituoso. É descabido utilizar a expressão “concubino do testador casado” para impedi-lo de ser beneficiário via testamento (CC 1.801 III). Talvez a intenção fosse fazer referência ao **concubinato** (CC 1.727): relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar. Pelo jeito o legislador quis excluir as **famílias paralelas**, ou seja, as uniões que os homens mantêm concomitantemente com duas mulheres. Como se trata de situação existente, apesar de ainda não regulada, cabe reconhecer que há uma lacuna na lei, o que não significa ausência de direitos. Comprovada a coexistência de dupla entidade familiar, deve o juiz fazer uso da analogia, concedendo o mesmo tratamento conferido à união estável.

A absurda limitação para herdar imposta ao concubino só cessa se o testador estava **separado de fato** há mais de cinco anos (CC 1.801 III). Ora, havendo separação de fato não se pode falar em concubinato, mas em

44. Idem, 23.

união estável, não havendo justificativa para a restrição legal. Cabe alertar: o prazo de cinco anos da separação conta da lavratura do testamento e não da abertura da sucessão. Aplicada a lei ao pé da letra, seria possível excluir o direito de quem convive com o testador há muitos anos, pelo simples fato de ter ele elaborado o testamento antes do prazo de cinco anos do fim do casamento. Mesmo que venha a morrer depois de 20 anos do fim do casamento, o testamento não valeria!

A outra restrição (de o testador ter sido o **culpado** pela separação) que impedia o concubino de herdar não mais existe. O parceiro era punido por ato que não cometeu. A culpa era do falecido, mas o penalizado era o sobrevivente que talvez nem o conhecesse quando da separação. Ora, a tentativa de identificar um responsável pelo rompimento do casamento desapareceu com a Emenda Constitucional 66/2010, que acabou com o instituto da separação e a desarrazoada perquirição da **culpa**.

Com a salutar mudança também acabou a investigação da culpa em sede de direito sucessório.

Falando em concubino, não é possível conceber que conste do Código Civil o art. 1.803: *É lícita a deixa ao filho do concubino, quando também o for do testador*. Para dizer o mínimo, é uma excrescência! Primeiro é usada a expressão “deixa”, que de há muito caiu em desuso, e quer dizer herança. Ao depois, o **filho do concubino**, sendo filho do testador, é herdeiro, e **herdeiro necessário**. Mesmo sendo fruto de relação extramatrimonial. Essa regra, que não existia na lei anterior, incorporou Súmula do STF⁴⁵ que tinha sentido quando foi editada, mas hoje não tem qualquer justificativa para figurar na lei. Desde a Constituição da República, são proibidas designações discriminatórias relativas à filiação (CR 227 § 6.º). Assim, filho é filho, sem qualquer adjetivo. Além de receber a legítima, pelo que diz a lei, pode ser beneficiado com uma “deixa”, instituída em testamento.

A **indignidade** e a **deserdação** não geram impedimentos. O herdeiro que agiu de forma indigna pode ser contemplado, o que configura reabilitação (CC 1.818). Também aquele que foi deserdado em testamento anterior pode ser beneficiado em testamento posterior.

45. STF – Súmula 447: É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina.

LEITURA COMPLEMENTAR

ALBANO, Suzana Stoffel Martins. Reprodução assistida: os direitos dos embriões congelados e daqueles que os geram. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 34, p. 72-98, fev.-mar. 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 191-239.

_____. *Herança legítima 'ad tempus'*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com deficiência causa perplexidade*. Parte I. Disponível em: <www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 22 abr. 2019.

TARTUCE, Flávio. O estatuto da pessoa com deficiência e a capacidade testamentária ativa. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo: FADISP, v. 10, n. 2, p. 50-73, jul.-dez. 2016.

33

TESTAMENTO

Sumário: **33.1.** Vontade após a morte – **33.2.** Natureza jurídica – **33.3.** Características: **33.3.1.** Personalíssimo; **33.3.2.** Unilateral; **33.3.3.** Revogável; **33.3.4.** Unipessoal; **33.3.5.** Formal e solene; **33.3.6.** Gratuito; **33.3.7.** Imprescritível; **33.3.8.** *Causa mortis* – **33.4.** Vicissitudes; **33.4.1.** Revogação; **33.4.2.** Caducidade; **33.4.3.** Nulidade; **33.4.4.** Anulabilidade; **33.4.5.** Rompimento – Leitura complementar.

Referências legais: CC 133, 202 IV, 791, 1.609 III, 1.634 IV, 1.693 III, 1.729, 1.733 § 2.º, 1.818, 1.859; CPC 735 e 736.

33.1. VONTADE APÓS A MORTE

É de tal ordem o alcance do princípio da **autonomia da vontade**, que é respeitado mesmo depois da morte. O testamento é a prova. Aliás, chega a ser chamado de “a lei do homem”. É considerado ato de última vontade para significar ser a derradeira decisão de uma pessoa sobre bens ou outros assuntos de seu interesse.¹ Qualquer pessoa capaz pode testar, contemplando outras com seus bens e direitos, inclusive os maiores de 16 anos (CC 1.860 parágrafo único). O titular do patrimônio pode nomear herdeiros, a quem deixa ou todos os seus bens, ou fração deles. Também tem a faculdade de nomear legatários, destinando-lhes bens certos ou bens determináveis. No testamento domina a **vontade** do testador. A única ressalva é respeitar a legítima dos herdeiros necessários.²

Podem coexistir **vários** testamentos, desde que um não contrarie as disposições dos demais. O posterior pode manter o anterior, complementá-

1. Arnaldo Rizzardo, Sucessões, 231.

2. Karime Costalunga, Direito de herança e separação de bens, 137.

-lo ou apenas alterá-lo em parte. Neste caso, subsistem os dois. Conservam-se todas as disposições do primeiro que se **harmonizarem** com o segundo. Havendo incompatibilidades, prevalecem as disposições mais recentes.

Os testamentos, todos eles, são atos eminentemente solenes, cercados de formalidades essenciais. O **formalismo** tem por fim resguardar a vontade do testador e assegurar a espontaneidade e higidez de sua manifestação de vontade. No entanto, evidenciada a vontade do testador, eventuais erros formais não autorizam a anulação do testamento.³

Ainda que essencialmente voltado a determinações disposições de natureza patrimonial, o testamento pode se limitar a **disposições não patrimoniais** (CC 1.857 § 2.º). Há a possibilidade de conter outras deliberações: disposição do próprio corpo para fins altruísticos ou científicos (CC 14); criação de uma fundação (CC 62); substituição de beneficiário de seguro de vida (CC 791); instituição de condomínio edilício (CC 1.332); reconhecimento de filiação (CC 1.609 III); nomeação de tutor ao filho menor (CC 1.634 VI e 1.729 parágrafo único); revogação de testamento anterior (CC 1.969); instituição de bem de família (CC 1.711); reabilitação do herdeiro indigno (CC 1.818); estabelecimento de cláusulas restritivas (CC 1.848 e 1.911); deserdação de herdeiro necessário (CC 1.964); nomeação de testamenteiro (CC 1.976); despesas de sufrágios por alma do falecido (CC 1.998); dispensa de colação (CC 2.006).⁴ Para evitar eventuais conflitos entre os sobreviventes, são possíveis declarações como: reconhecimento de união estável ou união homoafetiva; autorização para a gestação de embriões excedentários; dispensa de serem trazidos à colação bens que foram doados (CC 2.006). Igualmente, há a possibilidade de se excluir os genitores da administração dos bens doados a menores de idade (CC 1.693 III). Quem institui uma **criança ou um adolescente** herdeiro ou legatário, pode no-

3. Recurso especial. Testamento. Formalidades legais não observadas. Nulidade. 1. Atendido os pressupostos básicos da sucessão testamentária – i) capacidade do testador; ii) atendimento aos limites do que pode dispor e; iii) lúdima declaração de vontade – a ausência de umas das formalidades exigidas por lei, pode e deve ser colmatada para a preservação da vontade do testador, pois as regulações atinentes ao testamento tem por escopo único, a preservação da vontade do testador. 2. Evidenciada, tanto a capacidade cognitiva do testador quanto o fato de que testamento, lido pelo tabelião, correspondia, exatamente à manifestação de vontade do de cujus, não cabe então, reputar como nulo o testamento, por ter sido preterida solenidades fixadas em lei, porquanto o fim dessas – assegurar a higidez da manifestação do *de cujus* –, foi completamente satisfeita com os procedimentos adotados. 3. Recurso não provido (STJ, REsp 1.677.931/MG, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/08/2017).
4. Zeno Veloso, Direito Civil: Temas, 330.

mear-lhe **curador especial**, ainda que o beneficiário se encontre sob poder familiar ou tutela CC 1.733 § 2.º). É possível que no testamento conste uma promessa do testador de, por exemplo, fazer uma doação. Vale a promessa.⁵

Mas regras sobre testamento, bem como sobre os seus efeitos não se encontram exclusivamente no livro do Direito das Sucessões. Nos testamentos, presume-se o **prazo** em favor do herdeiro (CC 133). Quando é nomeado, por testamento, mais de um **tutor** sem indicação de precedência, entende-se que a tutela foi concedida ao primeiro. Os outros o sucederão pela ordem de nomeação, em caso de morte, incapacidade, escusa ou qualquer outro impedimento (CC 1.733 § 1.º).

33.2. NATUREZA JURÍDICA

A lei não define o que é testamento. Limita-se a apontar suas características (CC 1.857 e 1.858). Mas cabe trazer a definição de Pontes de Miranda: ato pelo qual a vontade de alguém é declarada para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, transmitir ou extinguir direitos.⁶

Como diz Zeno Veloso, a autonomia privada se afirma e manifesta, exuberantemente, através do testamento.⁷

Trata-se de um **negócio jurídico**, essencialmente solene, sujeito a **condição suspensiva**, pois sua eficácia está condicionada a evento futuro e certo: a morte do testador. O testamento torna-se perfeito e acabado no momento da declaração de vontade e **irrevogável** quando da abertura da sucessão. O testamento só é eficaz com a morte do testador. Durante a vida deste, só há expectativa, **só existe esperança**. Como diz Zeno Veloso, o beneficiado na deixa mortuária não tem direito atual a coisa nenhuma.⁸

33.3 CARACTERÍSTICAS

A doutrina é unânime em reconhecer que o testamento é um **negócio jurídico**.⁹ Como tal, exige a plena **capacidade** do testador no momento de sua elaboração. A incapacidade superveniente não afeta a higidez do

5. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 56, 100.

6. Idem, 59.

7. Idem, 331.

8. Zeno Veloso, Direito hereditário do cônjuge e do companheiro, 31.

9. Neste sentido: Orlando Gomes, Sucessões, 94; Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 132; e Arnaldo Rizzardo, Sucessões, 229.

ato.¹⁰ A **vontade** é manifestada para compor o **suporte fático** de certa categoria jurídica, à sua escolha, visando a obtenção de efeitos jurídicos.¹¹ O elemento nuclear do negócio jurídico é a manifestação consciente de vontade, dentro de limites predeterminados. O poder de escolha é limitado. Conforme Marcos Bernardes de Mello, nem toda manifestação de vontade pode ser aceita como negocial, isto é, capaz de produzir negócio jurídico. Para que seja **suficiente** a manifestação de vontade, é necessário que estejam caracterizados todos os elementos do suporte fático. Não basta que a pessoa exteriorize sua vontade dispondo sobre seus bens para depois de sua morte, porque o sistema jurídico exige que tal disposição seja feita através de forma própria.¹²

O testamento é um negócio jurídico:

33.3.1. Personalíssimo

É o que diz a lei (CC 1.858). Apenas o testador pode realizá-lo e revogá-lo. É manifestação que só pode emanar, única e exclusivamente, da vontade do testador. Precisa ser por ele próprio declarada, pessoal, indelegável e diretamente, ainda que possa se valer de minuta, notas ou apontamentos (CC 1.864 I). A elaboração do testamento exige a presença do testador.

Não é admitida manifestação através de **procurador** nem de **representante legal**, mas é possível que alguém redija o testamento a rogo (CC 1.868).¹³ Nega-se, por perigosa, a faculdade de testar por intermédio de **procurador**, pois se trata de um documento de longa duração e alcance,

10. Testamento público – abertura, registro e cumprimento – incapacidade da testadora – demonstração de plano – requisito de validade – interdição – rediscussão – via imprópria – arquivamento do testamento – possibilidade. 1. A capacidade da testadora é requisito essencial de validade do testamento, nos termos dos arts. 4º e 1.860 do CC. 2. A demonstração, de plano, que a testadora era incapaz para os atos da vida civil, diante da interdição decretada por sentença transitada em julgado, em data anterior à lavratura do testamento público, obsta a autorização judicial para seu cumprimento. 3. A via estreita da jurisdição voluntária não é adequada para rediscussão acerca da interdição ou de sua limitação. 4. Há que ser mantida a sentença que determinou o arquivamento do testamento, diante da constatação da incapacidade da testadora. 5. Recurso não provido. (TJ-MG – AC: 10710170005734001/MG, Rel. Raimundo Messias Júnior, j. 11/12/2018, p. 19/12/2018).
11. Marcos Bernardes de Mello, Teoria do fato jurídico, 137.
12. Idem, 171.
13. Assinatura a rogo é a feita por terceira pessoa quando a parte não souber ou não puder assinar.

exequível quando já morreu a pessoa mais apta para saber de eventual infidelidade do mandatário. Seria tarde para protestar.¹⁴ Tão somente é admitida a participação indireta de terceiro, que apenas orienta, sob o ponto de vista técnico, o feitiço do instrumento.¹⁵

Há consequências outras decorrentes do chamado **princípio da personalidade do testamento**. A lei fulmina de nulidade disposição do testamento que favoreça pessoa incerta¹⁶ ou delegue a terceiro o encargo de determinar o herdeiro ou fixar o valor do legado (CC 1.900). Cabem os exemplos trazidos por Pontes de Miranda: deixo um terço da minha herança a quem minha mulher indicar; cabe ao meu sobrinho um legado cujo valor será definido por meu filho.¹⁷

33.3.2. Unilateral

O testamento é um **negócio jurídico unilateral**, pois se constitui e se aperfeiçoa apenas e exclusivamente com a manifestação de vontade do testador, ainda que tenha eficácia diferida no tempo. Como tem existência autônoma antes de produzir efeitos, é um negócio jurídico também revogável unilateralmente. A vontade é de resultado, prescrevendo, indicando, ordenando diversas consequências, principalmente de natureza patrimonial.¹⁸

No dizer de Pontes de Miranda é manifestação de vontade **não receptícia**, pois não existe qualquer aceitante, não está condicionada à aceitação

14. Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, v. 1, 335.

15. Giselda Hironaka, in Francisco Cahali e Giselda Hironaka, *Direito das Sucessões*, 217.

16. Testamento. Divergência sobre destinatário de legado. Pessoa incerta. Disposição nula. Patrimônio que deve integrar a sucessão legítima. Ação de inventário. Decisão agravada que determinou a citação da Fundação Santo André, por reconhecer que a entidade foi indicada pela testadora como legatária. Recurso dos herdeiros colaterais da falecida. Divergência interpretativa sobre a declaração de última vontade da testadora. Disposição que indica pessoa incerta, não suprida pelo contexto, documentos ou fatos inequívocos. Nulidade caracterizada, nos termos do art. 1.903, II do CC. Herança que não pode ser considerada jacente, dada a existência de sucessores legítimos. Colaterais que devem ser chamados à sucessão legítima do patrimônio que não constituiu legado, em razão da nulidade verificada. Decisão reformada, para reconhecer a nulidade da disposição testamentária, por consequência afastada a necessidade de integração da Fundação Santo André ao feito, devendo as cotas integrar a sucessão legítima. DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO. (TJSP, AI: 21692446320188260000/SP 2169244-63.2018.8.26.0000, Rel. Viviani Nicolau, j. 14/02/2019, p. 14/02/2019).

17. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. 56, 80

18. Zeno Veloso, *Direito Civil: Temas*, 331.

do beneficiário.¹⁹ Caso comparecesse ao testamento o legatário aceitando o legado, estar-se-ia diante de pacto sucessório, terminantemente proibido (CC 426).

É um **ato unilateral** tanto a manifestação de vontade do testador como o recebimento pelo beneficiário, depois da abertura da sucessão. São atos temporalmente distintos e independentes.²⁰ A higidez do testamento não depende da aceitação do beneficiário. O fato de o herdeiro instituído renunciar à herança não desconstitui o testamento. Somente afeta sua eficácia.

33.3.3. Revogável

A qualquer tempo o testador pode revogar o testamento anterior (CC 1.858), mas somente no que respeita às disposições de caráter **patrimonial**. As disposições **não patrimoniais**, como o reconhecimento de um filho ou de união estável, por exemplo, valem ainda que o testador revogue o testamento. Como o testamento soleniza disposição de última vontade, a vontade pode mudar, variar, até a morte do testador.²¹ Assim, são nulas as cláusulas pré-excludentes de futuros testamentos e as que dizem ser irrevogável o testamento feito. A pessoa não pode se vincular a não revogar o testamento ou o codicilo, ou qualquer disposição de vontade ou cláusula testamentária.²² A possibilidade de ser revogado ou modificado termina no momento da morte, o que torna o testamento **definitivo**.

Às claras que o beneficiado não precisa nem ser comunicado nem muito menos consultado da revogação do testamento levado a efeito pelo testador.

33.3.4. Unipessoal

Cada vontade, um testamento. A lei não admite o testamento feito por duas pessoas no mesmo instrumento. Duas pessoas não podem, em um mesmo ato, fazer disposições de última vontade.²³

19. Idem, 71.

20. Zeno Veloso, Testamentos, 32.

21. Idem, 38.

22. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 59, 371.

23. Testamento conjuntivo. Nulidade. Jurisdição voluntária. Ausência de coisa julgada material. 1. O testamento é ato personalíssimo de manifestação de vontade, sendo nulo na forma conjuntiva, pois vedada, no mesmo ato, a existência de mais de um testador. 2. O procedimento de jurisdição voluntária não faz coisa julgada mate-

É proibido o **testamento conjunto ou conjuntivo** em qualquer de suas modalidades (CC 1.863): **simultâneo** – em um único ato os testadores contemplarem outra pessoa; **recíproco** – os testadores constituírem um herdeiro do outro; e **correspectivo** – uma pessoa instituir o herdeiro por ter sido contemplado por ele. Também não pode haver a concessão recíproca de bens. O velho “toma lá, dá cá”. É o que se chama de **condição captatória** (CC 1.900 I). Ou seja, é proibido contratar herança de pessoa viva, e todas estas modalidades mascaram pacto sucessório (CC 426). A coincidência de algumas cláusulas iguais ou semelhantes não configura testamento conjuntivo.²⁴

O testamento não pode conter declaração de vontade de mais de uma pessoa. Nem os cônjuges podem testar juntos, nem reciprocamente nem a favor de terceiros, o que era chamado de testamento “**de mão comum**”. No entanto, nada impede que, na mesma data, duas pessoas instituíam os mesmos herdeiros, contanto que o façam em testamentos distintos. A reciprocidade pode existir, mas não pode ser intencional. Somente o fato de alguém ter sido beneficiado não impede que beneficie o testador. Como lembra Pontes de Miranda, a reciprocidade das disposições é fato que ordinariamente acontece, pela própria ordinariiedade do caráter recíproco das afeições.²⁵

A razão da proibição decorre do entendimento de que, testar conjuntamente, estaria violando o preceito que veda contrato sobre herança de pessoa viva (CC 426). Ao depois, o testamento conjuntivo tornaria iníqua a revogabilidade que é característica essencial do testamento (CC 1.858).²⁶

Comparecendo duas pessoas perante o tabelião, manifestando o desejo de testar, a ele cabe formalizar o testamento na forma legal, ou seja, individualmente. O erro do tabelião, realizando um único testamento, gera **responsabilidade indenizatória** por parte de quem restou prejudicado.

33.3.5. Formal e solene

rial devido à inexistência de lide. 3. Recurso desprovido.(TJDF 20160110216442/DF 0006654-72.2016.8.07.0001, Rel. Mario-Zam Belmiro, j. 21/09/2017).

24. Ação de anulação de testamento. [...] Cláusulas de benefício recíproco. Inexistência. [...] 2. Não há falar em testamento conjuntivo se cada testador constituiu o próprio instrumento, mesmo que existam disposições iguais ou semelhantes. [...] (TJMG, AC 1.0433.10.318099-1/001, 1ª C. Cív., Rel. Edgard Penna Amorim, j. 14/03/2017).
25. Idem, v. 58, 338.
26. Mauro Antonini, Código Civil comentado: ..., 2.247.

A validade do testamento está condicionada a formas prescritas de modo minucioso, sendo indispensável a obediência às formalidades legais. A forma **escrita** é da substância do ato, exigindo solenidades de estrita observância, sob pena de nulidade.²⁷ Como diz Carlos Maximiliano, a forma tem a virtude de elevar a disposição à altura de ato jurídico. O objetivo da exigência de requisitos exteriores não é dificultar, mas, sim, aumentar a segurança; não constitui obstáculo ao testamento, mas garantia de liberdade de fixar o destino do patrimônio.²⁸

Todas as precauções e formalidades impostas na elaboração do testamento têm como objetivo evitar qualquer **adulteração ou falsificação**, bem como assegurar, ao máximo, que seja cumprida a vontade do autor da herança. Como só terá eficácia após a morte do testador, a observância da forma prevista em lei traz a segurança de validade e de atendimento das disposições de última vontade daquele que já não estará vivo.²⁹ As formas exigidas não são apenas *ad probationem*, mas *ad solenitatem*. Vontade e forma se integram e se fundem, resultando um todo indivisível.³⁰ É impositivo, no entanto, conciliar o rigorismo da forma com a necessidade de fazer prevalecer a última vontade do testador, princípio que recebe o nome de ***favor testamenti***. Nada mais do que o propósito de salvar o testamento.

33.3.6. Gratuito

Patrimoniais ou não, as disposições testamentárias são atos de natureza gratuita. Induzem liberalidade. Os contemplados recebem o que lhes é destinado sem ônus correspondente, sem reciprocidade patrimonial.³¹ Não é imposta ao beneficiário qualquer contraprestação. O testamento não pode criar uma obrigação ao herdeiro ou ao legatário.³² Embora exista a possibilidade de serem impostos **encargos** aos herdeiros instituídos, tal não desvirtua sua condição de gratuidade. Mesmo o legado de alimentos não gera obrigação ao herdeiro. O encargo é do espólio (CC 1.920).

27. Orlando Gomes, Sucessões, 95.

28. Carlos Maximiliano, Direito das Sucessões, v. 1, 390.

29. Silvia Maria Benedetti Teixeira, Planejamento sucessório, 7.

30. Zeno Veloso, Direito Civil: temas, 334.

31. Zeno Veloso, Testamentos, 33.

32. Sílvia Venosa, O testamento em geral, 164.

O **benefício de inventário** (CC 1.792), que separa o patrimônio do *de cujus* e do herdeiro, libera o herdeiro das dívidas da herança, preservando a natureza gratuita do direito sucessório.

33.3.7. Imprescritível

Os testamentos ordinários não perdem a eficácia mesmo que decorra muito tempo de sua elaboração até a morte de seu autor. Por mais tempo que passe, o testamento público, cerrado ou particular não caduca, não está sujeito a prazo prescricional ou decadencial. Valem para sempre, salvo revogação. Só os testamentos especiais – marítimo, aeronáutico e militar – têm **prazo de validade**, o que não se confunde com prescrição. Se o testador não morreu, vale por 90 dias a contar do fim da situação de perigo (CC 1.891 e 1.895). Surpreendentemente, o **testamento excepcional** – de próprio punho e sem testemunhas – não necessita ser ratificado (CC 1.879).

33.3.8. Causa mortis

Enquanto vivo o testador, o testamento não produz qualquer efeito. A morte é o elemento que deflagra seus efeitos, o que nada tem a ver com sua existência e validade. Existe tão logo é elaborado, sendo válido ou inválido desde aí.³³ Apesar de válido, sua eficácia é diferida para depois da morte do seu autor. Daí dizer-se que o testamento é um negócio jurídico *causa mortis*, em contraposição aos negócios jurídicos *inter vivos*.

33.4. VICISSITUDES

Como o testamento nasce em um momento para valer em momento posterior, há um espaço de tempo que o sujeita a algumas vicissitudes:

33.4.1. Revogação

O testamento pode ser revogado (CC 1.969). Mas as disposições sem conteúdo patrimonial, não. Continuam válidas, ainda que revogado o testamento. A revogação do testamento não demanda a necessidade de outro em substituição. Pode o testador limitar-se a revogar o testamento anterior, se o mesmo foi público. Já os testamentos cerrado e particular, basta serem rasgados ou inutilizados.

33. Marcos Bernardes de Mello, Teoria do fato jurídico, 181.

33.4.2. Caducidade

É a revogação do testamento que ocorre por **fato superveniente** e alheio à vontade do testador. Trata-se de acontecimento que afeta a eficácia do testamento, inibindo a produção de efeitos.

33.4.3. Nulidade

Ausente um dos **elementos essenciais** dos atos jurídicos, o testamento está fulminado de nulidade. São da substância do ato: agente capaz, forma prescrita e objeto lícito (CC 104). Quando falta um desses elementos, ocorre **vício de origem** que compromete sua validade.

33.4.4. Anulabilidade

Presente **vício de consentimento** é possível a desconstituição do testamento por erro, dolo, coação (CC 138 a 155). Os demais defeitos dos negócios jurídicos (CC 156 a 165) também podem afetar a validade do testamento.

33.4.5. Rompimento

Muitos consideram o rompimento do testamento como revogação tácita, mas a tendência é reconhecer que se trata de caducidade. Rompe-se o testamento quando surge um herdeiro necessário que o testador desconhecia quando testou.

LEITURA COMPLEMENTAR

KOLLET, Ricardo Guimarães. Testamentos: função notarial, jurisprudência e aspectos formais. In: IBIAS, Delma Silveira (coord.). *Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais*. Porto Alegre: IBDFAM, 2012. p. 269-280.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Formas de testamento. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coords.). *Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006. p. 911-934.

SOUSA, Caren Becker. Do testamento. In: TEIXEIRA, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Pereira (coord.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 703-720.

VELOSO, Zeno. *Direito Civil: Temas*. Belém: Anoreg, 2018.

_____. *Testamento*. 2. ed. Belém: CEJUP, 1993.

34

TESTEMUNHAS

Referências legais: CC 1.801 I, 1.864 II, 1.865, 1.866, 1.867, 1.868 I; CPC 735 a 737.

Para saber se foi respeitada a liberdade do testador e se ter a garantia que o testamento contém sua manifestação de vontade, a saída que a lei encontrou foi impor a presença de testemunhas: pessoas que terão condições de esclarecer a verdade sobre o momento de sua confecção, pelo fato de ter assistido sua realização ou, de algum modo, ter participado do ato de elaboração.

É da essência do testamento a presença de testemunhas. Trata-se de requisito formal indispensável para a sua **validade**.¹ Não servem simplesmente como meio de prova à **existência** do ato. O objetivo é conferir às testemunhas um ofício fiscalizador, tanto da liberdade do testador, como de que sua vontade foi consignada de forma fidedigna. As testemunhas são verificadoras necessárias do que sucede na feitura do ato.²

Como as testemunhas subscrevem o testamento, após a abertura da sucessão, podem ser chamadas a juízo para confirmar os atos presenciados. De preferência devem ser convidadas a testemunhar pessoas que conhecem o testador. Porém, como bem alerta Zeno Veloso, na prática, as testemunhas não têm atendido ao seu mister: assegurar a identidade do testador, verificar

1. Ação de ratificação e confirmação de declaração de última vontade e publicação de testamento particular. Requisitos essenciais não implementados. Documento não assinado por três testemunhas. O documento que os autores pretendem ver declarado válido como testamento particular não está assinado por três testemunhas, como previsto no art. 1.876, § 1º, do CC. Por outro lado, não se está diante de situação excepcional, nos termos do art. 1.879 do CC, a autorizar a dispensa das testemunhas. Assim, não tendo o manuscrito caráter de testamento particular, é de ser mantida a sentença de improcedência. Negaram provimento. Unânime (TJRS, AC 70074809567, 8ª C. Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 19/10/2017).
2. Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, v. 2, 25.

a autenticidade, a seriedade e a liberdade da manifestação de vontade, e se foi fielmente reproduzida.³

Em todas as modalidades de testamentos, quer **ordinárias**, quer **especiais**, é exigida a presença de testemunhas. Em todas não, há uma hipótese excepcional em que são dispensadas: o testamento particular elaborado em circunstâncias excepcionais (CC 1.879). Também o **codicilo** não exige testemunhas. O testamento público e o cerrado exigem a presença de duas testemunhas e no testamento particular são necessárias, no mínimo, três. Já o testamento militar, quando o testador estiver em combate ou ferido, pode ser feito oralmente perante duas testemunhas (CC 1.896).

As pessoas que participam da solenidade de disposições de última vontade são chamadas **testemunhas instrumentárias** e devem presenciar a sua elaboração. Havendo um número maior de testemunhas do que o necessário, elas recebem o feio nome de **extranumerárias**. Mas elas são úteis. Como é exigido um número mínimo de testemunhas capazes, a incapacidade de alguma não compromete a validade do testamento. Daí, o que abunda não prejudica e pode garantir a higidez do testamento.

A falta de **qualificação das testemunhas** não configura infração à formalidade essencial, não afeta a higidez do testamento. A qualificação é mera formalidade *ad probationem*. Sua identidade pode ser posteriormente apurada por ser uma questão de fato, que cabe ao juiz apreciá-la.⁴

Nem todas as pessoas podem ser testemunhas. É necessário que tenham **capacidade e legitimidade** para testemunhar.⁵ Estes requisitos devem ser aferidos no momento da **confecção** do testamento, não havendo motivo para invalidá-lo por **fato superveniente**.⁶

No testamento **cerrado** as testemunhas desempenham papel diferente. Não são instrumentárias do testamento. Participam da apresentação do documento ao tabelião, da lavratura do auto de aprovação e da solenidade de seu fechamento. Precisam ouvir a leitura do **auto de aprovação**, não do testamento. Não tomam conhecimento do seu conteúdo. Assim, pode ocorrer que seja chamado a servir de testemunha quem foi indicado como herdeiro ou legatário. Tal fato não leva nem à invalidade do testamento nem à exclusão do beneficiário.

3. Zeno Veloso, Testamentos, 366.

4. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 227.

5. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Capacidade para testar..., 234.

6. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Direito Civil, v. 7, 182.

Cabe contrabandear para o testamento os impedimentos das testemunhas judiciais (CC 228): *Não podem ser admitidos como testemunhas: I – os menores de dezesseis anos; IV – o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes; V – os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade.* A menoridade é identificada como **incapacidade** e as hipóteses dos incs. IV e V do art. 228, como falta de **legitimidade** para servir de testemunha.⁷

A lei nega legitimidade ao **cônjuge** para ser testemunha. Há que se reconhecer também a ilegitimidade do companheiro da união estável do testador. Sílvio Venosa não vê impedimento de o amigo íntimo participar do testamento como testemunha. Até porque o inimigo capital certamente não será convidado. E conclui: não há como se entender como irremediavelmente nulo o testamento se, por exemplo, um parente do legatário participou como testemunha, sem qualquer outra atividade no ato ou na vontade do testador.⁸

Fora dessas restrições não existe **proibição** para testemunhar, mas há **impedimento** de as testemunhas serem contempladas no testamento (CC 1.801 II). Quem foi testemunha não pode ser beneficiado com herança ou legado. Nem a testemunha nem os seus parentes. O impedimento é **legal** (CC 228 V). Assim, o herdeiro testamentário e o legatário não podem servir de testemunha do testamento que os beneficia. O descumprimento da vedação não compromete a **higidez** do testamento, somente afasta o direito sucessório com que foram brindados. A exceção fica por conta do **testamento cerrado**, em que a testemunha não tem conhecimento do seu conteúdo. Presença somente sua apresentação e a solenidade de fechamento. Deste modo, nada compromete a validade do testamento e nem afasta o direito de ele receber o bem que lhe foi deixado pelo testador.

Nem o **herdeiro legítimo**, nem o **testamenteiro** estão impedidos de servir de testemunha, contanto que não sejam favorecidos no testamento. Ainda que o testamenteiro faça jus a um prêmio, sua natureza é remuneratória por serviços prestados. A **vintena** não é herança nem legado.

Inadvertidamente, não há qualquer proibição de servidores e funcionários do tabelionato em que foi lavrado o testamento público, ou aprovado o testamento cerrado, servirem de testemunhas. A omissão é amplamente criticada, mas decorre do fato de só agora ser admitido que o testamento

7. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Capacidade para testar..., 236.

8. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 247.

seja lavrado pelo substituto do tabelião (CC 1.864 I). Antes era proibido (L 8.935/1994 20 § 4.º). Por óbvio, a ele se estende o impedimento.

Há outros impedimentos: a testemunha não precisa ser brasileira, mas precisa entender o português para acompanhar a leitura do testamento. Ainda que o **analfabeto** não seja impedido de servir de testemunha, quem não sabe assinar o nome não pode ser testemunha testamentária. A **assinatura** é requisito essencial em todas as formas de testamento.⁹ Mas basta que saiba assinar. Não é necessário que saiba ler. Não só quem não sabe, mas também quem não pode momentaneamente assinar está impedido de participar do ato. Não cabe **assinatura a rogo** da testemunha. Somente a assinatura do testador pode ser substituída pela de outra pessoa (CC 1.865 e 1.893). Aliás, quem escreve o testamento a rogo não é testemunha. Mesmo assim não pode ser beneficiado pelo testamento que redigiu (CC 1.801 I).

A **incapacidade da testemunha** fere de morte o testamento. A sanção é de gravidade extrema, determinando a nulidade do ato que deixou de atender a um dos requisitos formais de validade.¹⁰ Como se trata de **nulidade absoluta**, pode ser reconhecida **de ofício**. Também pode ser suscitada pelo **Ministério Público**, que participa do procedimento de registro do testamento (CPC 735 § 2.º) e do inventário, quando existem herdeiros incapazes (CPC 626). No entanto, se a mácula decorre do fato de a testemunha ter sido beneficiada no testamento, tal não contamina todo o ato. Simplesmente afeta de nulidade a cláusula que beneficiou a testemunha impedida de herdar (CC 1.802).

Admite a doutrina a **capacidade putativa** da testemunha, ou seja, a capacidade que se confere a pessoa incapaz, mas que todos reputavam capaz. A capacidade putativa decorre do fato de acreditarem todos, por erro comum, que um certo indivíduo não está impedido de testemunhar.¹¹ O erro comum é tido como verdade, cria o direito. É o **princípio da aparência** protegendo a boa-fé. Assim, quem testemunha de boa-fé, mesmo sendo incapaz para fazê-lo, adquire a **posse de estado** de testemunha capaz.

Dispositivos do **Código Civil** que fazem referência à participação das testemunhas na elaboração dos testamentos:

Art. 1.801. **Não podem ser nomeados** herdeiros nem legatários:

9. Idem, 248.

10. Zeno Veloso, Testamentos, 384.

11. Carlos Maximiliano, Direito das Sucessões, v. 2, 41.

I – a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;

Art. 1.864. São requisitos essenciais do **testamento público**:

II – lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;

III – ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião;

Art. 1.865. Se o testador não souber, ou não puder **assinar**, o tabelião ou seu substituto legal assim o declarará, assinando, neste caso, pelo testador, e, a seu rogo, uma das testemunhas instrumentárias.

Art. 1.866. O indivíduo inteiramente **surdo**, sabendo ler, lerá o seu testamento, e, se não o souber, designará quem o leia em seu lugar, presentes as testemunhas.

Art. 1.867. Ao **cego** só se permite o testamento público, que lhe será lido, em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento.

Art. 1.868. O **testamento escrito** pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades:

I – que o testador o entregue ao tabelião em presença de duas testemunhas;

LEITURA COMPLEMENTAR

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 191-239.

VELOSO, Zeno. *Testamento*. 2. ed. Belém: CEJUP, 1993.

_____. *Direito Civil*: Temas. Belém: Anoreg, 2018.

35

FORMAS DE TESTAMENTO

Sumário: **35.1.** Requisitos formais – **35.2.** Ordinários: **35.2.1.** Público; **35.2.2.** Cerrado; **35.2.3.** Particular; **35.2.4.** Excepcional; **35.2.5.** Testamento das pessoas com deficiência; **35.2.6.** Quem não escreve; **35.2.7.** Quem não lê; **35.2.8.** Deficiente visual; **35.2.9.** Deficiente auditivo; **35.2.10** Deficiente auditivo-visual; **35.2.11** Mudo; **35.2.12** Surdo-mudo; **35.3.** Especiais; **35.3.1.** Marítimo – **35.3.2.** Aeronáutico – **35.3.3.** Militar – **35.3.4.** Nuncupativo – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.801 e 1.802, 1.862 a 1.880, 1.886 a 1.896, 1.972; CPC 735 a 737; Lei 8.935/1994 (Lei dos Notários e Registradores) 7.º II, 8.º, 9.º, 20 § 4.º; Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) 83 parágrafo único.

35.1. REQUISITOS FORMAIS

A lei impõe respeito à vontade dos mortos. Quando ela é manifestada por meio de testamento, sua elaboração é repleta de solenidade e muitas exigências. Como se trata de ato jurídico que produzirá efeitos depois da morte, o legislador cuidou de disciplinar de modo pormenorizado as formalidades a serem cumpridas, uma vez que a análise será feita quando o testador não mais existir.¹ E, como diz Pontes de Miranda, dificultar pela exigência de formalidades não é prejudicar, é proteger a última vontade, cercando-a de forma que a livre de maquinações.² Na interpretação dos textos legais sobre formas testamentárias, não há **solução analógica**,

1. José Carlos Teixeira Giorgis, Notas sobre o testamento particular excepcional, 9.
2. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 58, 279.

nem de **extensão**, ou **equidade**. Porém, a interpretação estrita não pode ser exagerada. O que foi exigido tem de ser observado, sem que se vá ao extremo de sacrificar a vontade do testador.³

Todo o **rigorismo** que a lei impõe visa resguardar a liberdade do testador e garantir que o testamento reproduza sua manifestação de vontade. Assim, está mais do que na hora de introduzir o uso de técnicas de comunicação virtual quando da elaboração do testamento. Nada justifica impedir, por exemplo, que o testamento seja gravado em **vídeo**, bastando que se tenha a segurança de sua autenticidade. Milhares de ações tramitam anos a fio, buscando identificar as condições do testador na hora em que testou. Certamente teriam desate imediato se, por exemplo, a confecção do testamento tivesse sido gravada, e uma cópia da gravação o acompanhasse. Desse modo, haveria a possibilidade de presenciar o ato de testar, constatando-se as condições em que foi colhida a manifestação de vontade do testador. É a sugestão também de Arnaldo Rizzardo: os avanços da cultura e da tecnologia trouxeram novos canais de expressão e comunicação, técnicas que devem ser colocadas à disposição do direito. Conserva-se em vídeo aquilo que expressou a pessoa. Não dá para negar credibilidade a um testamento feito ao vivo. Vendo-se a imagem de alguém expressar sua vontade, não há como negar autenticidade ou valor.⁴

Só é possível testar pelas formas disponibilizadas em lei. Querendo o indivíduo externar as suas disposições de última vontade, terá eu se ater a um dos tipos de testamento previstos e minuciosamente regulados no Código, cumprindo, ademais, todas as solenidades e observando as formalidades para que o ato tenha validade.⁵

Há um leque de possibilidades dividido em duas categorias: testamentos ordinários e especiais. Cada uma comporta três modalidades. São chamadas de formas **ordinárias**: o público, o cerrado e o particular; e de formas **especiais**: o marítimo, o aeronáutico e o militar. São especiais porque só podem ser utilizados em situações específicas – quando há risco de vida – e valem somente por certo período de tempo. Fora essas, há mais uma modalidade, na hipótese de ocorrerem circunstâncias **excepcionais** que impedem ou dificultam a utilização de outra forma de testar (CC 1.879): o redigido pelo próprio punho do testador sem a presença de testemunhas.

3. Idem, 284.

4. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 341.

5. Zeno Veloso, *Direito Civil: Temas*, 335.

Não mais existe o chamado **testamento nuncupativo**, que era a manifestação verbal feita por alguém em perigo de morte, perante seis testemunhas. Confirmado o testamento em juízo, valia como tal. Persiste somente em uma hipótese específica desta hipótese (CC 1.896): a do militar em combate ou ferido, feito perante duas testemunhas.

As formas ordinárias e especiais têm igual valor, não existe hierarquia entre elas. Por isso, eleita uma forma para a elaboração do testamento, é possível revogá-lo por modalidade outra. Assim, o testamento público pode ser revogado por meio de testamento cerrado ou particular. Também o testamento militar pode revogar o testamento público. A exigência de que a revogação seja levada a efeito do mesmo modo e forma pelos quais pode ser feito não é empecilho (CC 1.969).

O testador pode escolher a modalidade que deseja. Só não cabe a conversão ou a mudança de uma forma para outra. Há situações peculiaríssimas que limitam o direito de escolha. Pessoas com deficiência e quem não têm condições de ler ou de escrever se submetem a exigências diferenciadas.

35.2. ORDINÁRIOS

É livre a escolha entre as diversas formas de testamento ordinário, ao contrário dos testamentos especiais, que só têm cabimento nas circunstâncias que não permitem o uso da forma ordinária.

Cada uma das espécies de testamento tem pressupostos formais específicos, não havendo a possibilidade de construção de alguma modalidade híbrida conjugando formas diversas. Como alerta Caio Mário da Silva Pereira, não cabe nenhum ecletismo. A inobservância das solenidades impostas a um tipo de testamento não pode ser suprida com a obediência às de outra forma.⁶

Dos três tipos de testamento ordinário, a interferência do **tabelião de notas** é indispensável em duas delas, ainda que de modo diferenciado. Redige o testamento público e aprova o testamento cerrado (L 8.935/1994 7.º II). Somente o testamento particular prescinde da presença do notário. Ainda que a lei preserve ao máximo o direito de testar, o tabelião não é obrigado a lavrar ou a aprovar o testamento. Basta verificar que falta ao testador condições físicas ou psíquicas, ou quando não reconhece como livre sua manifestação de vontade.

6. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 155.

Sem qualquer razão, a abertura, o registro e a determinação de cumprimento dos testamentos são levados a efeito pelo juiz, por meio de procedimento de jurisdição voluntária (CPC 735 a 737). Nada justifica assoberbá-lo com esta atividade sem nenhum caráter decisório, quando o notário poderia se encarregar desta tarefa com toda a segurança. Afinal, é quem redige e aprova o testamento.

35.2.1. Público

Também chamado de **solene, aberto** ou **autêntico**, o testamento público é o instrumento redigido pelo **tabelião**, contendo as declarações de última vontade manifestadas pelo testador, na presença de testemunhas. Outorgado por **escritura pública**, o testamento tem **fé pública**, fazendo prova plena (CC 215). Fica registrado no livro de notas. Apesar de ser documento público, ninguém tem acesso a seu conteúdo. Somente o testador ou procurador com poderes especiais. Mesmo que o direito de certidão seja assegurado constitucionalmente (CR 5.º XXXIV *b*), nada justifica franquear a quem quer que seja cópia de um **ato individual** que só vai produzir efeito depois da morte do testador. Até porque o testamento pode, a qualquer tempo, ser revogado ou substituído.⁷

Tem a vantagem de ser lavrado perante o tabelião, que é bacharel em Direito e desempenha função pública delegada, o que empresta mais segurança ao ato, havendo menos riscos de ser anulado. É o único que não tem como ser destruído, como acontece com o cerrado e o particular, porquanto fica retido com o notário. Para não mais valer, precisa ser revogado por outro testamento.

A lei não define o testamento público, mas aponta suas **características essenciais** (CC 1.864), cuja obediência estrita é da substância do ato. A preterição de qualquer das formalidades legais o fulmina de **nulidade** insanável. É exigida: (a) a presença do próprio testador; (b) sua declaração de vontade ao tabelião; (c) ser escrito pelo tabelião em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador; (d) ser lido em voz alta pelo tabelião ou pelo testador, na presença de duas testemunhas; e (e) a assinatura de todos os presentes.

Compete ao **tabelião** ou seu substituto legal lavrar o testamento público (CC 1.864 I). Claro que nenhum deles pode ser beneficiado no testamento que lavrou (CC 1.801 IV). Não há previsão de qualquer outro

7. Zeno Veloso, Testamentos, 155.

impedimento. Como se trata de ato público, recomenda Arnaldo Rizzardo respeito às causas de impedimento e suspeição do estatuto processual (CPC 144 a 148).⁸

O ato não necessita ser realizado na **sede no tabelionato** e pode acontecer em qualquer dia e horário. O notário pode ir ao local onde se encontra o testador: sua residência, hospital em que esteja internado e até no escritório do seu advogado. Só não pode lavrar o testamento **fora da circunscrição da sede do seu tabelionato** (L 8.935/94 9.º). No entanto, o testador tem a liberdade de eleger o tabelionato de qualquer parte do país, independentemente do lugar de seu domicílio ou da situação de seus bens (L 8.935/1994 8.º).

Determina a lei que o tabelião tenha um “**livro de notas**”, expressão que identificava o livro onde eram lavradas escrituras públicas de forma manuscrita. Ainda é possível, mas não mais se justifica que seja escrito à mão. Hoje em dia, nem mais é um livro, em face da permissão de ser confeccionado **mecanicamente** (CC 1.864 parágrafo único). Mas continua a lei falando em livro de notas. Não cabe nem mais utilizar modelos semi-impressos. Com o advento dos recursos da informática, o computador tornou obsoleto também este meio. Digitalizado, basta ser impresso e, depois de assinado, encartado na pasta que faz as vezes de livro. A regulamentação dos atos notariais para a confecção do testamento compete às leis estaduais de organização judiciária.

A exigência é que o testamento seja escrito de acordo com as **declarações** do testador, que pode servir-se de minuta, notas ou apontamentos. Divergência há na doutrina sobre a necessidade de o testador ditar ao tabelião o seu testamento, ou se basta entregar uma minuta dizendo que ali está retratada a sua vontade. Zeno Veloso afirma que o testador precisa manifestar oralmente sua vontade ao notário e que os escritos de que dispõe servem para subsidiar sua declaração.⁹ Já Caio Mário diz que a lei não mais exige que o testador esteja apto a ditar de viva voz suas declarações.¹⁰ Tem a opção de prestar as declarações oralmente ou por meio de minuta.¹¹

A lei não diz, mas é indispensável que o testamento seja **escrito em português**, que é o idioma oficial do país (CR 13). E, como se trata de

8. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 295.

9. Zeno Veloso, *Testamentos: noções gerais...*, 147.

10. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. 6, 231.

11. Sílvio Venosa, *Direito Civil*, v. 7, 222.

documento público, deve ser redigido na língua nacional (CC 215 § 3.º). Não é possível a intermediação de intérprete, que poderia não ser fiel.¹²

Não está obrigado o tabelião a reproduzir as próprias palavras e expressões do testador, podendo servir-se de linguagem própria, porque, quase sempre, traduzirá melhor a vontade do testador menos culto.¹³ Também não pode ser escrito mediante perguntas e respostas feitas pelo tabelião ou por outra pessoa. Porém, o tabelião pode fazer alguns questionamentos ao testador para esclarecer algum ponto para melhor redigi-lo.

Cabe ao tabelião proceder à **leitura do testamento**, mas tal pode ser feito pelo testador, se ele desejar (CC 1.864 II). A leitura, no entanto, não deve ser levada a efeito por outra pessoa. Precisa ser lido uma única vez e em voz alta perante todos, e não individualmente por cada uma das testemunhas. Elas precisam entender o português para acompanhar a leitura.

Somente no momento da leitura é indispensável a presença de todos os partícipes: testador, testemunhas e tabelião (CC 1.864 II). Não é exigida a presença das **testemunhas** no momento em que o tabelião colhe as declarações do testador e redige o testamento. Caio Mário sustenta que durante todo o tempo elas devem estar presentes e assistir a todo o ato, posto que instrumentárias.¹⁴ Mas, como alerta Zeno Veloso, não se pode inventar, acrescentar, imaginar a existência de solenidades implícitas. Da leitura do testamento até o final da solenidade todos têm de estar presentes, de forma simultânea, e esse, sim, é requisito essencial, que não pode ser descumprido de maneira alguma.¹⁵

É exigida a presença de no mínimo **duas testemunhas**, que são chamadas **instrumentárias**. Nada impede a presença de um número maior; as testemunhas que excedem o número legal recebem o nome de testemunhas **extranumerárias**. Qualquer pessoa pode servir de testemunha, contanto que seja absolutamente capaz. Não precisa saber ler e escrever, mas precisa saber assinar, pois tem de firmar o testamento. Não podem servir de testemunhas: os **herdeiros beneficiados**, seus cônjuges ou companheiros e nem seus parentes (CC 1.801 II). Claro que o ideal é que as testemunhas conheçam o testador, pois têm função **fiscalizadora** da sua liberdade ao se manifestar e da fidelidade com que foi consignada sua vontade. Mas não é indispensável que assim seja.

12. Clóvis Bevilacqua, Código Civil, v. 6, 88.

13. Eduardo Antpack, Requisitos essenciais do testamento público, 103.

14. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 235.

15. Zeno Veloso, Testamentos, 150.

A **assinatura** é a última formalidade. É preciso que todos assinem. No mínimo, são necessárias quatro assinaturas: testador, tabelião e duas testemunhas. É a ordem da lei, mas não é de rigor. Não há necessidade que seja assinado o nome **por extenso**. Basta a assinatura **habitual**. Porém, não serve a **rubrica** que, afinal, assinatura não é. A assinatura é ato personalíssimo. Caso o testador não saiba ou não possa assinar, deve o tabelião consignar no documento esta circunstância. Não é necessário, mas é recomendável que decline a causa da incapacidade. O tabelião nomeia uma das testemunhas para firmar **a rogo** o testamento.¹⁶ Rogo vem de rogar, que significa pedir. Daí a expressão “a rogo”, nada mais do que “a pedido”. Como refere Zeno Veloso, assinatura a rogo é reminiscência de épocas ultrapassadas. Puro formalismo, inutilidade patente.¹⁷ A testemunha não precisa escrever que está assinando em nome do testador. Basta que tal seja consignado pelo tabelião que, afinal, tem fé pública. Também não há necessidade que a testemunha assine duas vezes o testamento, por firmá-lo em nome do testador. A lei não exige, mas é praxe adotada com frequência apor a **impressão digital** do testador. A indicação da **data** e do **local**, ainda que não exigida expressamente, é elemento essencial de toda e qualquer escritura pública (CC 215 § 1.º I).

Terminada a solenidade, o tabelião entrega ao testador o **traslado** do testamento, nada mais do que uma cópia de tudo o que ficou registrado no livro notarial. Não pode o tabelião fornecer certidão do testamento e nem mesmo informar que o realizou a quem quer que seja.

Quando do falecimento do testador, qualquer interessado, exibindo o traslado ou a certidão de testamento público, pode requerer ao juiz que ordene seu cumprimento (CPC 736).

Alguns Estados, por iniciativa dos colégios notariais, dispõem do que se chama de **Central de Testamentos**, o que em muito facilita descobrir se alguém deixou testamento. Sem a apresentação da certidão de óbito, não é fornecida qualquer informação, se existe ou não testamento.

35.2.2. Cerrado

A grande vantagem do testamento cerrado – que também é chamado de **secreto** – é garantir o absoluto sigilo da manifestação de vontade do testador. Nem as testemunhas tomam conhecimento de seu conteúdo. Mas

16. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 291.

17. Zeno Veloso, *Testamentos*, 151.

há o risco de ser violado ou extraviado, até porque o testador não costuma deixá-lo depositado no tabelionato, apesar de poder fazê-lo. Para evitar este risco, sugere Zeno Veloso a elaboração do testamento em **duplicata**. Nada impede que o testador redija o testamento em duas vias, com o mesmo conteúdo, sendo ambos os documentos submetidos à aprovação e lacrados.¹⁸

No testamento cerrado há dois elementos básicos que se complementam: o **testamento** propriamente dito, que contém a última vontade do testador, e a sua **aprovação**, levada a efeito pelo tabelião em momento posterior. A expressão **auto de aprovação** bem que mereceria ser substituída por autenticação, que mais corresponde à essência do ato. Afinal, o tabelião não aprova o testamento, mas limita-se a declarar sua autenticidade.

São características essenciais da forma cerrada: (a) ser escrito pelo testador ou a seu rogo; (b) ser entregue pelo testador ao tabelião; (c) a presença de duas testemunhas; (d) a manifestação verbal do testador de ser este o seu testamento e que o quer aprovado; (e) a lavratura do auto de aprovação; (f) a leitura do auto de aprovação; (g) a assinatura de todos os presentes; (h) ser cerrado e costurado.

Há a possibilidade de ser elaborado em **língua estrangeira**, contanto que o testador entenda o idioma em que está redigido. Quando da abertura da sucessão, depois de aberto e registrado, o testamento precisa ser vertido para o português por meio de tradutor oficial.

O testamento cerrado pode ser escrito pelo testador ou por outra pessoa, a seu **rogo**, ou seja, a pedido seu. Trata-se de mero redator, pois se limita a escrever o que determina o testador e nem precisa assiná-lo. O que precisa ser pessoal é a **assinatura** do testador. É o que exige a lei (CC 1.868): *por aquele assinado*. Não basta o testador saber **assinar** o nome. É indispensável que saiba **ler** para poder conferir o que foi escrito por outrem (CC 1.872).

É necessário que seja **identificada e qualificada** a pessoa que o redigiu. A cautela é para saber se, eventualmente, ela não foi de alguma forma beneficiada. É que nem o redator, nem seu cônjuge, companheiro ou parentes podem ser contemplados (CC 1.801 I). Caso qualquer deles tenha recebido algum proveito, tal não contamina de **nulidade** o testamento, mas somente a **cláusula** que favorece o subscritor do documento ou seus afins. Não identificado o redator, sustenta a doutrina a **nulidade** do testamento, por falta de elemento essencial. Diz Arnoldo Wald que existe

18. Idem, 164.

vício que pode estar contaminando uma, várias ou todas as cláusulas do testamento, e, não havendo como convalidar o ato jurídico, a única solução é o reconhecimento de sua nulidade.¹⁹ No entanto, não havendo indício de eventual beneficiamento de qualquer pessoa, que poderia decorrer do fato de alguém ter redigido o testamento, nada justifica desconstituí-lo.

O redator do testamento pode ser o **testamenteiro** (CC 1.976): pessoa nomeada pelo testador para dar cumprimento ao testamento. No entanto, quando o redator é eleito testamenteiro, faz jus somente ao prêmio, que não é nem herança nem legado. A **vintena** é a contraprestação ao serviço prestado. Caso o testamenteiro seja afastado, a execução do testamento passa ao encargo de outrem: o cônjuge ou o herdeiro nomeado pelo juiz (CC 1.984).

O testamento pode ser redigido pelo **tabelião**, o que não o impede de aprovar o testamento (CC 1.870).

Pode ser escrito à mão ou mecanicamente, com o uso do **computador**. Todas as páginas precisam ser **numeradas** e **assinadas** pelo testador (CC 1.868 parágrafo único). As testemunhas não assinam o testamento, só o auto de aprovação.

Comparecendo o testador ao tabelionato, deve proceder à entrega do testamento declarando o seu desejo de que seja aprovado. Este gesto tem de ser pessoal e presenciado por **duas testemunhas** (CC 1.868 I e II). O notário pode ir ao encontro do testador, onde ele estiver.

Na presença do testador e das testemunhas o tabelião lavra o **auto de aprovação** (CC 1.868 III). Nada mais do que uma certidão, levada a efeito no próprio documento, de que lhe foi entregue pelo testador. O testador entrega o testamento aberto, e nem o tabelião, nem ninguém deve ler o que está escrito. O tabelião redige somente a certidão no testamento. Começa a escrever logo após a última palavra constante do documento, que deve ser a assinatura do testador. Não havendo espaço para tal, o tabelião apõe no testamento seu **sinale público** – um carimbo – e faz referência a esta circunstância no documento de aprovação que é lavrado em outra folha de papel (CC 1.869). De modo geral, esta folha é colada ao testamento, como uma continuação.

Ainda que não haja a exigência de que o testamento seja datado, no auto de aprovação deve o tabelião indicar a **data** e o **local** da solenidade, pois se trata de um registro público. Também deve identificar o testador e as

19. Arnoldo Wald, Considerações sobre o testamento cerrado, 120.

testemunhas, bem como referir sua observação pessoal sobre as **condições físicas** do testador e que lhe parece estar em seu **juízo perfeito**. Depois deve o tabelião proceder à **leitura** do auto de aprovação, não do testamento. A não ser, é claro, que o testador solicite que o faça.

De imediato, todos **assinam** o auto de aprovação. A lei não impõe que o testador o assine. A exigência é que ele saiba ler e escrever e que assine o testamento, não sua aprovação. Assim, se estiver impossibilitado de escrever no momento da aprovação, não há empecilho para que uma das testemunhas assine a rogo do testador.²⁰ Finalmente, cabe **coser** o testamento. É isso mesmo, o tabelião coloca o testamento em um envelope e simplesmente o costura, como se não existisse nenhuma outra forma de garantir a inviolabilidade de um documento. Fora isso, há o costume de serem colocadas gotas de lacre nos pontos da costura. A praxe é o tabelião apor sobre a cera quente o seu “sinete”. Nada mais medieval!

O tabelião devolve o testamento ao testador e **registra** em livro próprio a solenidade realizada. Este é o único registro que permanece no tabelionato, que não extrai cópia do testamento. O testador não deve violar o envelope ou abri-lo, o que configura sua **revogação** e o reconhecimento da sua nulidade, não possuindo mais nenhum valor.

Nesta modalidade testamentária, as **testemunhas** desempenham papel diferente do que nas outras formas de testamento. Não são instrumentárias do testamento, só de sua apresentação. Simplesmente presenciam a apresentação do testamento ao tabelião, a lavratura do auto de aprovação e ouvem a leitura da certidão, não do testamento. As testemunhas não tomam conhecimento do seu conteúdo. Assim, os herdeiros e os legatários nomeados não sabem quais são seus termos e pode ocorrer que sejam chamados a servir de testemunhas. Às claras que isso não pode levar à invalidade do testamento nem à exclusão do direito do herdeiro nomeado, pelo fato de ter testemunhado o auto de aprovação. Esta é a única hipótese em que não incide a vedação legal de as testemunhas serem nomeadas herdeiras (CC 1.801 II).

Tema que entretém a doutrina é a possibilidade de ser admitido como **codicilo** ou como **testamento particular** o testamento cerrado declarado **nulo** por vício formal. Zeno Veloso preconiza para os testamentos a aplicação do princípio do **aproveitamento dos negócios jurídicos** (CC 170). Porém, ele mesmo alerta que o testamento cerrado não é um testamento particular acrescido do auto de aprovação. Outras formalidades são exigidas, não bastando que seja escrito e assinado pelo testador. No entanto, se

20. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 241.

foram atendidos todos os requisitos do testamento particular, se não valer como cerrado, pode ser aproveitado como particular.²¹ Declarado nulo o testamento que contenha disposições de pequena expressão econômica, tais cláusulas cabem ser cumpridas como **codicilo**.

Como o testamento fica em mãos do testador ou de terceira pessoa, se for aberto ou dilacerado, com ou sem o seu consentimento, tal implica em sua **revogação** (CC 1.972). No entanto, se não foi o testador que o rompeu, nem terceiros por ele autorizados, não resta comprometida a sua validade.

Depois do falecimento do testador, o testamento deve ser apresentado ao juiz, que, verificando inexistirem **vícios externos**, o abre, determina sua leitura, registra-o e ordena o seu cumprimento (CC 1.875). Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária (CPC 735 e 736) que não comporta questionamento sobre a validade de seu conteúdo.²²

35.2.3. Particular

O testamento particular – também chamado de **privado, aberto ou de próprio punho** – é conhecido por uma palavra horrível: **hológrafo ou ológrafo**, expressão que vem do grego e significa escrito inteiro, completo.

Ainda que seja a forma mais acessível e simples de testar, não é muito utilizada, pelos riscos que traz. Afinal, feito pelo testador e por ele guardado, é fácil ocorrer seu desaparecimento quando de sua morte. Deve ser: (a) escrito pelo testador, de forma manuscrita ou mediante processo mecânico; (b) lido pelo testador perante **três testemunhas**; e (c) assinado por todos. As exigências não são muitas, mas todas essenciais, sob pena de ser comprometida sua validade.

O primeiro requisito é que o testador seja **alfabetizado** e tenha condições de ler e escrever. Quando manuscrito, deve ser redigido de **próprio punho** pelo testador. Não pode ser redigido **a rogo** por outra pessoa. Quando redigido à mão, rasuras, correções e acréscimos devidamente **ressalvados** não o invalidam.

21. Zeno Veloso, Novo Código Civil comentado, v. 21, 166.

22. Ação de abertura e registro de testamento. Testamento particular. Requisitos formais. Verificado que os requisitos formais previstos no art. 1.876 do Código Civil foram atendidos, mostra-se possível dar publicidade ao testamento particular. A alegação da apelante de que o testador era cego não está comprovada, devendo ser objeto de ação própria. Apelação desprovida. (TJ-RS – AC: 70075183442/RS, 7.^a C. Cív., Rel. Jorge Luís Dall'Agnol, j. 12/12/2017, p. 15/12/2017).

No entanto, quando digitalizado, não é necessário que o testador domine essa técnica.²³ A digitação pode ficar a cargo de outra pessoa. Mas a lei é mais severa quando feito por processo mecânico. O texto não pode ter **rasuras nem espaços em branco** (CC 1.876 § 2.º).

As **testemunhas** não precisam presenciar a confecção do testamento. São convocadas pelo testador para **ouvirem** sua leitura. É a única forma de testamento que exige a presença das **três testemunhas** simultaneamente. Se as testemunhas apenas assinaram, o testamento é **nulo** por falta de solenidade indispensável.²⁴ É obrigatório que a leitura seja levada a efeito pelo próprio testador. A exigência é legal (CC 1.876 § 1.º): *são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu*.²⁵ A formalidade, no entanto, pode ser mitigada.²⁶

Em seguida, o testamento precisa ser **assinado** por todos. Deve conter quatro assinaturas: do testador e das três testemunhas. Se o testamento tiver

23. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 245.

24. Zeno Veloso, Novo Código Civil comentado, v. 21, 167.

25. Recurso especial. Testamento particular. Pedido de confirmação, registro e cumprimento. Assinatura do testador. Requisito essencial de validade. Abrandamento. Impossibilidade. Assinatura a rogo. Inadmissibilidade. 1. Cuida-se de procedimento especial de jurisdição voluntária consubstanciado em pedido de confirmação, registro e cumprimento de testamento particular. 2. Cinge-se a controvérsia a determinar se pode subsistir o testamento particular formalizado sem todos os requisitos exigidos pela legislação de regência, no caso, a assinatura do testador. 3. A jurisprudência desta Corte tem flexibilizado as formalidades prescritas em lei no tocante às testemunhas do testamento particular quando o documento tiver sido escrito e assinado pelo testador e as demais circunstâncias dos autos indicarem que o ato reflete a vontade do testador. 4. No caso dos autos, além de o testamento não ter sido assinado pelo próprio testador, há fundada dúvida acerca da higidez da manifestação de vontade ali expressa. 5. Segundo a doutrina especializada, na confecção do testamento particular não se admite a assinatura a rogo. 6. Recurso especial não provido. (STJ – REsp. 1618754/MG 2016/0203627-3, 3.ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26/09/2017, DJe 13/10/2017)

26. Direito das sucessões – testamento particular – elaboração por meio mecânico – leitura perante as testemunhas – assinaturas em momento diverso – falecimento de uma das testemunhas – vontade do testador atestada – prevalência – recurso não provido. A ausência das formalidades legais que circundam a elaboração do testamento não enseja a sua nulidade, se por outros meios se permitir a certificação da higidez da manifestação de última vontade do testador. . No caso dos autos, a ausência de leitura do testamento perante as testemunhas reunidas, bem como a assinatura do documento em momentos diversos não são suficientes para desnaturar a certeza da deliberação volitiva do testador. Recurso não provido. (TJ-MG – AC: 10000170734271001/MG, 6.ª C. Cív., Rel. Corrêa Junior, j. 21/11/2017, DJe 29/11/2017)

mais de uma folha, todas devem ser assinadas, ou, ao menos, rubricadas. A lei olvida-se de fazer esta exigência, que existe no testamento público (CC 1.864 parágrafo único) e no cerrado (CC 1.868 parágrafo único). Igualmente não há qualquer referência sobre a inclusão da data e do local em que foi confeccionado. Tratam-se, pois, de requisitos a serem observados no testamento particular; afinal, esta é a única forma de assegurar sua autenticidade.

Ainda que não previsto expressamente, o testamento pode ser redigido em **língua estrangeira**, mas é indispensável que as testemunhas conheçam o idioma (CC 1.880). Depois de publicado, o que só ocorre depois da morte do testador, precisa ser traduzido por tradutor juramentado.

Lisieux Borges sustenta a possibilidade de que pessoa com deficiência visual total elabore o testamento particular em **braile**, bastando que domine esta forma de escrita.²⁷

Deixou a lei processual de exigir a ouvida das testemunhas que assinaram o testamento particular quando do seu registro, dispensa para lá de salutar. Quer por ser uma legislação mais nova, quer porque o Código Civil admite a dispensa de ouvi-las.

35.2.4. Excepcional

Apesar de não destacado como mais uma forma de testar, o documento redigido pelo **próprio testador**, sem a presença de **testemunhas**, é reconhecido como **testamento hológrafo simplificado** (CC 1.879). Trata-se de uma subespécie do testamento particular, em que devem estar consignadas as razões que impediram a convocação de testemunhas. Para Zeno Veloso, é mais uma modalidade de testamento a ser realizado quando ocorrerem circunstâncias excepcionais que impeçam ou dificultem a utilização de outra forma de testar e do próprio testamento particular, em sua configuração normal.²⁸

Ainda que guarde alguma semelhança, esta forma especialíssima de testar não se confunde com o **codicilo**, que tem alcance restrito e cujo uso não precisa ser justificado. Via codicilo não é possível, por exemplo, haver a nomeação de herdeiro, limitação que não existe no testamento excepcional. Também não guarda correspondência com os **testamentos especiais**. Tanto que, se houver a possibilidade de ser feito o testamento marítimo, aeronáutico ou militar, não cabe o uso do testamento excepcional.

27. Lisieux Nidimar Dias Borges, Testamento particular em braile..., 91.

28. Idem, 144.

É **requisito de validade** declinar o testador as circunstâncias excepcionais em que o redigiu. É difícil imaginar as hipóteses que podem ensejar esta forma simplificada de testamento. Embora não o diga o Código, devem ser extraordinárias, inesperadas e de grande urgência, ligadas à proximidade da morte e que impeçam por completo o testador de valer-se de alguma outra forma ordinária ou especial de testamento.²⁹ Como bem observa Sílvio Venosa, mais uma vez a carga de responsabilidade pela confirmação deste testamento excepcionalíssimo é do juiz.³⁰

Exige a lei que seja **redigido à mão e assinado** pelo testador. Não há sequer a exigência de ser datado, requisito que existe no codicilo. Ora, no mundo da informática não se justifica tal exigência. Não se justifica deixar de aceitar que seja feito pelo celular, via *WhatsApp* ou *e-mail*.

De forma surpreendente, não há **prazo de validade**. Mas, se o testador não morrer, superadas as circunstâncias extraordinárias, é necessário reconhecer sua **caducidade**, tal como acontece com as demais formas de testamentos especiais (CC 1.891 e 1.895). Ainda que isto não esteja previsto na lei, não é razoável que se mantenha indefinidamente a forma privilegiada, excepcional, que foi utilizada em uma emergência.³¹ Jornada do Conselho da Justiça Federal aprovou enunciado reconhecendo prazo de eficácia de 90 dias, a contar do fim da circunstância excepcional que ensejou sua confecção.³²

Também esta forma de testar precisa ser **confirmada** em juízo depois da morte do testador. Caso não o seja, as cláusulas que se comportam no molde do codicilo devem ser cumpridas.

35.2.5. Testamento das pessoas com deficiência

O fato de a pessoa ter alguma deficiência, como não poder ler ou escrever, não inviabiliza o uso do testamento. Em algumas hipóteses, maiores são os formalismos e, vezes outras, é limitado o uso de alguma forma de testamento, mas é sempre assegurado o direito de testar.

29. José Carlos Teixeira Giorgis, Notas sobre o testamento particular excepcional, 8.

30. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 239.

31. Zeno Veloso, Novo Código Civil comentado, v. 21, 173.

32. JCJF – Enunciado 611: O testamento hológrafo simplificado, previsto no art. 1.879 do Código Civil, perderá sua eficácia se, nos 90 dias subsequentes ao fim das circunstâncias excepcionais que autorizaram a sua confecção, o disponente, podendo fazê-lo, não testar por uma das formas testamentárias ordinárias.

Diante dos avanços tecnológicos e das moderníssimas técnicas que têm permitido que pessoas com restrições severas possam se comunicar e manifestar sua vontade, nada justifica não admitir o uso dessas novas ferramentas por quem tem desejo de testar e plenas condições mentais e psíquicas de fazê-lo, só lhe faltando alguns atributos físicos.

O **Estatuto da Pessoa com Deficiência** proíbe a notários e registadores negarem ou criarem óbices à prestação de seus serviços, sob pena de constituir discriminação.³³

35.2.6. Quem não escreve

O fato de o testador não saber ou não poder escrever nem assinar não impossibilita que use a forma **pública** de testar. Contorna a lei essa dificuldade, por meio da assinatura **a rogo** de uma das testemunhas do ato (CC 1.865).

O testamento **cerrado** pode ser escrito **a rogo do testador**, mas é indispensável que seja assinado por ele (CC 1.868). A impossibilidade de escrever não impede o uso de testamento **particular**, pois não precisa ser escrito pelo testador. A utilização de meios mecânicos na sua confecção permite que seja redigido por outra pessoa. Só é preciso que o testador tenha condições de **assinar** (CC 1.876 § 2.º).

35.2.7. Quem não lê

A pessoa que não pode ou não sabe ler está impedida de fazer **testamento cerrado** (CC 1.872). Ainda que o documento tenha sido escrito e assinado por ela, é necessário que, quando do auto de aprovação, possa ler. Isso porque é indispensável que tenha condições de saber se o papel entregue ao tabelião é aquele que escreveu. A capacidade de ler precisa existir quando o testador comparecer perante o notário e as testemunhas e declarar que o documento que está entregando é o seu testamento.³⁴

Caso saiba assinar o nome, é possível o uso do **testamento particular**, que pode ser redigido mecanicamente por outra pessoa. Não há qualquer restrição ao portador de tal déficit para o uso da forma **pública**.

33. Lei 13.146/15 83 parágrafo único.

34. Arnoldo Wald, Considerações sobre o testamento cerrado, 122.

35.2.8. Deficiente visual

Limita a lei ao portador de deficiência visual a possibilidade de testar. Só pode fazê-lo pela **forma pública** (CC 1.867), havendo uma exigência a mais: o testamento tem de ser lido em voz alta, **duas vezes**, uma vez pelo tabelião e outra por uma das testemunhas. Essas circunstâncias precisam ficar consignadas no testamento.

Caso possa e saiba assinar, o testador deve fazê-lo. Se não tiver condições para tal, uma das testemunhas assina a seu rogo (CC 1.865). Nada impede que assine a rogo a testemunha que procedeu à sua leitura. A lei não limita. Também não é necessária a intervenção de mais uma pessoa, como ocorre no testamento do deficiente auditivo.

Sustenta Lisieux Borges, com razão, que as diversas tecnologias e *softwares* desenvolvidos para computadores, com leitores em áudio de documentos digitais redigidos em **braille**, bem como o uso de assinaturas digitais, não podem impedir a confecção de testamento particular por deficiente visual total. Assim, não existem razões justificáveis para a vedação da lei civil por afrontar diversas disposições constitucionais que asseguram a igualdade e a dignidade de todos os cidadãos. A Constituição da República traz uma abordagem **inclusiva**. *A ideia de inclusão está diretamente relacionada à ideia de dignidade, de modo que é totalmente lógico e viável que o testamento particular possa ser feito também por pessoa com deficiência visual por meio de braille.*³⁵

35.2.9. Deficiente auditivo

Admite a lei a possibilidade de o portador de carência auditiva fazer uso do **testamento público**. Como pode falar, pode declarar sua vontade ao tabelião. Desimporta se sabe ler ou não. Pode testar. Se souber ler, terá de ler o testamento. Mas, se além da deficiência de audição não tiver condições de ler, deve designar alguém que o leia em seu lugar (CC 1.866). A leitura não pode ser feita pelo tabelião. Assim, no ato de testar, é indispensável a presença de mais uma pessoa: quem o testador designa para ler o testamento.

Apesar de mais esta formalidade ao testamento público do deficiente auditivo, se tiver ele condições de ler e escrever, não está impedido de fazer uso das outras formas de testar. Pode elaborar testamento **cerrado e particular**. Afinal, só não ouve, mas escreve, fala e vê.

35. Lisieux Nidimar Dias Borges, Testamento particular em braille..., 91.

35.2.10 Deficiente auditivo-visual

A lei não indica a forma de o portador de deficiência visual e auditiva testar. Tal, porém, não pode impedir que o faça. O surdo pode testar da forma pública (CC 1.866), sabendo ou não ler. O cego também (CC 1.867). Só há a necessidade de o testamento ser lido duas vezes. Assim, o portador desta dupla deficiência pode fazer uso da forma **pública**, uma vez que pode falar. Pontes de Miranda apenas preconiza a necessidade de três leituras do testamento: a do notário, a de uma testemunha exigida para o cego e a de um terceiro indicado pelo testador, por delegação, devido à surdez.³⁶ Mas a lei não exige.

A restrição ao uso do testamento **particular** não mais se justifica, por afrontar um punhado de dispositivos constitucionais que preconizam a igualdade e a inclusão. É indispensável somente que domine o braile e redija o testamento digitalmente.

35.2.11 Mudo

Não há qualquer impedimento para que a pessoa temporária ou definitivamente impossibilitada de falar faça **testamento**. Como têm condições de escrever, ler e ouvir, nada impede que, depois de ser redigido o testamento, ela acompanhe a leitura feita por terceiros.³⁷

A falta de previsão expressa não impede o uso da forma **pública e nem a elaboração do testamento cerrado**. Ao entregar a minuta ao tabelião, perante as testemunhas, basta escrever que no documento se encontra seu testamento, pedindo que o redija.³⁸ Afinal, tem plenas condições de acompanhar a leitura de sua última manifestação de vontade.

A restrição legal ao uso do testamento **cerrado** é da pessoa privada da capacidade de **ouvir e de falar** (CC 1.873). No entanto, dita limitação não existe se a deficiência for só da fala.

35.2.12 Surdo-mudo

No Código anterior havia um infeliz dispositivo: o surdo-mudo que não pudesse exprimir sua vontade era considerado absolutamente incapaz

36. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 59, 53.

37. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 248.

38. Zeno Veloso, Novo Código Civil comentado, v. 21, 148.

(CC/1916 5.º III). Em boa hora, a lei atual excluiu este absurdo e devolveu-lhe a plena capacidade.

Ainda que capaz, só pode testar por instrumento **cerrado**, sendo indispensável que saiba ler e escrever. Precisa escrever o testamento de próprio punho, não podendo utilizar meios mecânicos nem a assinatura a rogo. A única exigência é que escreva na parte externa do testamento ou no envelope que aquele é o testamento que quer ver aprovado (CC 1.873).

Arnoldo Wald afirma que a linguagem técnica por meio de sinais não é suficiente para que o surdo-mudo possa testar de forma pública, pois é necessário que alguém o interprete e traduza, o que desvirtua a característica personalíssima do testamento.³⁹ Ao depois, é necessário que o testador possa fazer de viva voz suas declarações e verificar, pela sua leitura, se foram fielmente reproduzidas.

35.3. ESPECIAIS

Acontecimentos emergenciais, que sujeitam pessoas a situações de perigo, autorizam o uso de formas especiais de testamento. Mas só podem ser utilizadas quando não são acessíveis as modalidades ordinárias. O espírito da lei é contornar a dificuldade de alguém que, na hora da morte, ou temendo que ela chegue, não pode se socorrer de um tabelião.⁴⁰

Dadas as circunstâncias emergenciais, há diminuição de **formalidades** e redução de **requisitos** essenciais, justamente para facilitar a sua elaboração. Como diz Zeno Veloso, a marca inconfundível dos testamentos especiais é: facilitação de sua elaboração, diminuição de formalidades, redução de requisitos e subtração de exigências dos testamentos ordinários. Há apenas o abatimento e o desconto de solenidades.⁴¹

Aos testamentos especiais se aplicam todos os princípios que regem a capacidade sucessória e todas as demais regras do direito sucessório. Os privilégios restringem-se à **forma**. Quanto à capacidade do testador e das testemunhas, à vedação de testamento conjuntivo e à proibição de beneficiar determinadas pessoas, as regras são as mesmas.⁴²

39. Sílvio Venosa, O testamento em geral, 174.

40. Zeno Veloso, Testamento, 341.

41. Idem, 323.

42. Idem, 179.

Testamentos especiais são o marítimo, o aeronáutico e o militar. Todos estão sujeitos a prazo de **caducidade**: passado algum tempo, perdem a eficácia. Há uma única exceção (CC 1.895): o testamento militar que atendeu aos requisitos legais.

Situações excepcionais não impedem que alguém manifeste sua última vontade. Quando estiver em guerra, mar ou ar, correndo risco de vida, pode testar. Nem isso o legislador se esqueceu de prever.

35.3.1. Marítimo

É assegurada a faculdade de testar a quem se encontra em viagem e, portanto, em situação que impede a utilização das formas comuns de testamento. Assim, qualquer pessoa – seja tripulante, passageiro ou o próprio comandante – que se encontre em navio nacional, de guerra ou mercante pode fazer uso do testamento marítimo. A lei não exige **situação de emergência**. A marca da excepcionalidade é o fato de estar em curso a viagem.⁴³

Há duas maneiras de ser elaborado: uma é semelhante ao testamento público e a outra correspondente ao testamento cerrado. Em ambas as modalidades, o testamento é **elaborado pelo comandante** ou a ele é entregue na presença de duas testemunhas. É atribuída ao comandante autêntica função notarial: age como se tabelião fosse.⁴⁴ O **registro** do testamento é feito no diário de bordo (CC 1.888 parágrafo único). Não declina a lei as formalidades que devem ser cumpridas e quais são dispensadas. De qualquer modo, não é necessário atender à forma do testamento ordinário, sob pena de não se justificar a perda de sua eficácia depois de algum tempo.

Se o navio estiver em um porto onde há a possibilidade de o interessado desembarcar e testar, não pode usar a forma especial (CC 1.892). A lei usa a expressão “**não valerá**”, a evidenciar que o uso indevido da via especial contamina de nulidade o testamento.

Independentemente do fato de o testador falecer ou não durante a viagem, o comandante deve proceder à entrega do testamento no primeiro porto nacional em que atracar.

Se o testador não morreu na viagem nem nos 90 dias subsequentes ao desembarque, o testamento perde a **eficácia**. Conforme a lei, **caduca** (CC 1.891). Cessado o motivo para a concessão da forma especial, não se

43. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito das Sucessões*, 357.

44. Zeno Veloso, *Testamento*, 332.

justifica manter o testamento privilegiado. Afinal, não há mais a atualidade das circunstâncias que ensejaram sua confecção de modo especial.

Porém, se o testador, ao desembarcar, não conseguir fazer outro testamento na forma ordinária – por exemplo, por ter se agravado seu estado de saúde –, mesmo que tenham decorrido mais de 90 dias até a sua morte, o testamento se mantém hígido.

De qualquer modo, caduco o testamento no qual o testador fez o **reconhecimento de filho**, tal disposição se mantém hígida (CC 1.610).

35.3.2. Aeronáutico

O testamento aeronáutico se submete às mesmas regras do testamento marítimo. Quem estiver a bordo de aeronave militar ou comercial tem a possibilidade de testar perante pessoa designada pelo comandante. Podem fazer uso desta prerrogativa tanto tripulantes como passageiros, bem como o próprio comandante.

Ainda bem que não foi conferida exclusivamente ao comandante tal atribuição, pois teria de abandonar a cabine do avião para proceder ao testamento na presença de testemunhas. Como refere Sílvio Venosa, o testamento aeronáutico parece ser um paradoxo, pois não é crível que em uma aeronave em perigo tenha o comandante disponibilidade de se preocupar com o testamento de um passageiro ou tripulante. De qualquer forma, nestas circunstâncias, é de se admitir o uso do testamento excepcional (CC 1.879).⁴⁵

Talvez a única hipótese imaginável de sua confecção no ar seja de o passageiro ou o tripulante passar mal e ficar com medo de morrer a bordo.

35.3.3. Militar

É facultado o uso do testamento militar não só aos militares, mas a todas as pessoas que estejam a serviço das Forças Armadas: Exército, Marinha ou Aeronáutica. A expressão merece **interpretação extensiva**, cabendo englobar outras polícias militares e situações bélicas de qualquer natureza, dentro ou fora do País. Não é necessário que o testador esteja a **serviço militar**, podendo assim testar até os voluntários, os diplomatas, os prisioneiros, os reféns, ou seja, todos os que estão expostos ao mesmo

45. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 240.

drama, aos mesmos riscos, dificuldades e incertezas.⁴⁶ Claro que não pode existir no local tabelião ou seu substituto. Nessa hipótese, não se justifica a dispensa das formalidades legais.

Alguns requisitos precisam estar presentes para o uso dessa forma privilegiada de testar. É necessário que haja **situação de guerra**, ou seja, que se esteja em campanha, em praça sitiada, ou estejam interrompidas as comunicações.

O testamento militar pode ser levado a efeito de três maneiras: de forma semelhante ao testamento público (CC 1.893), cerrado (CC 1.894) ou nuncupativo (CC 1.896). A especialidade desses testamentos diz somente com a **forma**, que é simplificada. Quanto ao **conteúdo** e aos **efeitos**, não há diferença em relação aos testamentos ordinários. Porém, nada impede que seja feito testamento particular (CC 1.876) e até o excepcional (CC 1.879).

Na hipótese de o testador apresentar o testamento aberto ou cerrado, é necessário que tenha sido redigido de próprio punho (CC 1.894). Pelo jeito, não pode ser escrito mecanicamente, como é autorizado para o testamento cerrado, restrição que não dispõe de qualquer razoabilidade (CC 1.868 parágrafo único). Diante da tecnologia virtual, se afiguram ridículas algumas restrições.

35.3.4. Nuncupativo

Militares e demais pessoas a serviço das Forças Armadas, encontrando-se em perigo de morte, têm a possibilidade de testarem oralmente perante duas testemunhas (CC 1.896). É o chamado testamento nuncupativo. Expressão horrível que vem do verbo *nuncupare*: chamar, nomear, declarar.

O testamento nuncupativo é uma espécie de testamento militar. Esta é a única exceção à regra de que os testamentos devem ser feitos por escrito. A declaração deve ser manifestada a duas testemunhas, simultaneamente. Tal possibilidade testamentária é altamente criticada pela doutrina. Silvio Rodrigues a nomina de grande absurdo, pois insere extraordinário elemento de insegurança. E justifica: morta uma pessoa na guerra, nada impede outras de se mancomunarem, apresentando-se como testemunhas e declarando que o falecido testou nuncupativamente em favor de terceiro.⁴⁷

46. Zeno Veloso, Testamentos: noções gerais..., 184.

47. Silvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7, 125.

O procedimento para a sua publicação (CPC 737 § 3º) é o mesmo da confirmação das demais formas de testamento (CPC 735). Porém, esta é a única hipótese em que as testemunhas devem comparecer a juízo independentemente de terem ou não reduzido a escrito o que ouviram do testador. Precisam ser inquiridas sobre todas as circunstâncias em que se deu o fato, esclarecendo o estado em que se achava o testador e reproduzindo, com a maior fidelidade, o que ouviram. Claro que as testemunhas serão ouvidas em separado.

Se o testador não morrer na guerra, o testamento perde a eficácia, caduca, segundo expressão tão ao gosto da lei (CC 1.896 parágrafo único).

LEITURA COMPLEMENTAR

BORGES, Lisieux Nidimar Dias. Testamento particular em braile, por que não? Inclusão já. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 1. jan.-fev. p. 71-94.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Notas sobre testamento particular excepcional. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 9, n. 43, ago.-set. 2007, p. 5-12.

OLIVEIRA, Euclides Bendeito de. Formas de testamento. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coords.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006. p. 911-934.

TARTUCE, Flávio. O estatuto da pessoa com deficiência e a capacidade testamentária ativa. *Revista Pensamento Jurídico*. São Paulo: FADISP, v. 10, n. 2, jul.-dez. 2016.

36

CODICILO

Referências legais: CC 1.881 a 1.885; CPC 735 a 737.

O nome é esquisito: codicilo. Além disso, saiu de moda. A expressão tem origem latina. Diminutivo de *codex*, que significa “código”, daí, pequeno escrito. Apesar de denominado “testamento-anão”, **testamento não é**, ainda que ambos sejam instrumentos que trazem disposições de última vontade.¹ O codicilo não tem as formalidades do testamento solene e não se confunde com a sucessão testamentária.²

Ao fim, nada mais é do que um escrito trazendo recomendações sobre o funeral, deixando esmolas e doações de bens pessoais e de pequeno valor. Diante das modernas formas de comunicação virtual e da difusão da internet, é difícil exigir que o escrito seja manuscrito, datado e assinado. Mas é o que exige a lei. Precisa ser **escrito**, mas não precisa ser redigido pelo próprio titular. Tal como o testamento particular, pode ser elaborado por **processo mecânico** (CC 1.876 § 2.º). Claro que não há como afastar a possibilidade de ser digitalizado. É necessário que seja assinado, mas não há vedação de que seja assinado a rogo. Ou seja, deve ser **datado e assinado**, exigência que não existe em qualquer das formas de testamento. De qualquer modo, a indicação da data não é requisito essencial, cuja ausência comprometa sua validade.

Diante de todas estas exigências legais, melhor mesmo é manifestar estes desejos por meio do que se chama **de testamento vital**, em que são formalizadas as diretivas antecipadas de vontade. Como não dispõe de previsão legal, pode ser adotada qualquer forma, bastando o reconhecimento de sua autenticidade e a capacidade do firmatário.

1. Zeno Veloso, Testamentos, 314.

2. Orlando Gomes, Sucessões, 86.

Admite a lei que sejam deixadas **esmolas de pouca monta** e legados de bens de **pouco valor** (CC 1.881). Ambas as expressões têm conteúdo indefinido, cabendo ao juiz identificar o que seja “pouca monta” ou “pouco valor”. O critério é subjetivo, devendo atentar ao patrimônio do *de cujus* estabelecendo uma proporcionalidade.

Discussão que entretém a doutrina é saber: se a liberalidade foi excessiva, cabe reconhecer a nulidade do codicilo ou dá para adequar sua dimensão? Parte da doutrina entende que não tem cabimento a redução, fazendo analogia com as disposições inoficiosas.³ Porém, nada justifica não invocar a regra que impõe a redução das disposições testamentárias que excedem a parte disponível da herança (CC 1.967). Assim, ao menos em parte, atende-se ao desejo do autor da herança. Para proceder à redução proporcional não há a necessidade de serem ouvidos os interessados. Cabe ao juiz fazer a adequação. É o que diz Zeno Veloso: *salva-se o possível, preserva-se o útil, respeita-se, embora decotando-a, a última vontade do defunto*.⁴

O fato de a lei fazer referência a documento particular não permite que se conclua estar proibida a forma pública ou cerrada.⁵ No entanto, ao serem atendidos os requisitos dos testamentos ordinários, não mais cabe falar em codicilo. O conteúdo das cláusulas testamentárias não subtrai a natureza do testamento. Ainda que todas as deliberações pudessem ser manifestadas por meio de codicilo, o uso das formas solenes não desqualifica o testamento como tal.

Mediante codicilo não se pode instituir herdeiro, mas é possível o **reconhecimento de filho**. Tem validade, se não para se proceder ao registro, ao menos como início de prova da filiação (CC 1.605 I) para subsidiar ação investigatória de paternidade.

Um codicilo pode ser **revogado** por outro ou por testamento posterior que o modifique ou o exclua (CC 1.884). Porém, só a existência de testamento ou de outros codicilos não o revogam. Não há sequer a necessidade de que seja expressamente ratificado. Basta não conflitarem as disposições.

Por meio de codicilo não é possível revogar um testamento (CC 1.969). Porém, disposições testamentárias sobre bens de pouca valia e objetos pessoais, mesmo que tenham sido destinados no testamento, podem ser

3. Neste sentido: Orosimbo Nonato, Estudos sobre sucessão testamentária, v. 1, 99 e Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 170.

4. Zeno Veloso, Testamentos, 318.

5. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 336.

modificadas por codicilo.⁶ Declarado **nulo** o testamento por vício formal, contendo disposição de pequena expressão econômica, tais cláusulas cabem ser cumpridas como codicilo. Afinal, são disposições que não exigem requisitos de forma.

Existe a possibilidade de o codicilo ser feito também nas mesmas circunstâncias que os **testamentos especiais**: marítimo, aeronáutico e militar. Ao menos, ao tratar da execução desses testamentos, a lei faz referência ao codicilo (CPC 737 § 3.º).

Se o documento estiver **fechado** é necessária a mesma solenidade da abertura do testamento cerrado (CPC 735 a 737). A exigência é de todo desarrazoada, até porque não haveria como obedecer à vontade do falecido quanto às instruções sobre o enterro. Afinal, esta é a razão principal desta obsoleta maneira de alguém dizer quais as providências a serem tomadas depois da sua morte.

Mesmo em se tratando de documento **aberto**, de forma para lá de descabida, é necessária confirmação judicial. Determina a lei (CPC 737 § 3.º) que se aplique aos codicilos o procedimento de confirmação do testamento (CPC 735 a 737).

Às claras, todas essas exigências desestimulam a elaboração de codicilo, porque vai ser preciso levá-lo à presença do juiz, lavrando-se ato de abertura. Somente depois de ouvido o Ministério Público é que o juiz manda registrar, arquivar e cumprir o codicilo. Claro que, a essas alturas, o finado já estará enterrado há muito tempo!

O certo é que a lei não pode mais se manter afastada da realidade da vida. As modernas técnicas eletrônicas e de comunicação, cada vez mais populares e portáteis, permitem gravar e filmar qualquer coisa com enorme margem de segurança. Assim, não há como não reconhecer a validade da manifestação de vontade gravada ou filmada pelo *de cujus*, momentos antes de sua morte, e encontrada, por exemplo, em seu telefone celular. Não há codicilo mais seguro. Nada justifica não se dar cumprimento ao último desejo manifestado.

6. Zeno Veloso, Testamentos, 321.

37

DELIBERAÇÕES SOBRE O SUPORTE DA VIDA

Sumário: 37.1. Possibilidades – 37.2. Princípios da bioética – 37.3. Testamento vital – 37.4. Diretivas antecipadas de vontade – 37.5. Ortotanásia – Leitura complementar.

Referências legais: CR 5.º III; CC 13 e 15; Lei 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde); Resolução CFM 1.805/06; Resolução CFM 2.217/18 (Código de Ética Médica) 41 parágrafo único; Resolução CFM 1.995/12 (Diretivas antecipadas de vontade).

37.1. POSSIBILIDADES

Vive-se a era dos direitos humanos, cujo vértice central é o **respeito à dignidade da pessoa**, princípio fundamental de onde derivam todos os demais direitos. A dignidade não visa apenas assegurar um tratamento não degradante e tampouco conduz ao mero oferecimento de garantias à integralidade física do ser humano.¹ Nessa linha, a vida deixa de ser apenas o primeiro e mais fundamental direito tutelado pelo ordenamento jurídico, para se tornar condição essencial de possibilidade de outros direitos. No dizer de Luiz Edson Fachin, desenvolve-se daí a concepção da supremacia da vida humana e que esta, para ser entendida como vida, necessariamente, deve ser digna.²

Os princípios da **liberdade** e de respeito à **intimidade** precisam garantir o **direito de escolha**, como ingredientes dos **direitos da personalidade**.

1. Maria Celina Bodin de Moraes, Danos à pessoa humana..., 116.

2. Luiz Edson Fachin, Direitos da personalidade no Código Civil, 631.

Em respeito à **autonomia privada** há a necessidade de se permitir a livre manifestação de vontade visando limitar a intervenção médica não curativa em certas situações terminais ou de inconsciência irreversível. Atende ao dever de respeito ao princípio da autonomia da vontade autorizar a interrupção de **esforços terapêuticos** no caso de pacientes em estado vegetativo persistente ou em fase terminal de doenças incuráveis. A **morte digna** é também um direito humano e compreende a morte rápida, fulminante, sem dor, sem angústia.³

O Supremo Tribunal Federal rejeitou, em sede liminar, mandado de injunção individual tendo por objeto viabilizar o exercício do direito fundamental à morte digna por parte do impetrante.⁴

O STJ reconheceu a necessidade de ser respeitada a decisão de uma das filhas que, atendendo ao desejo manifestado em vida pelo pai, enviou o seu corpo para os Estados Unidos, Estado de Michigan, para ser mantido congelado, até a ciência descobrir uma forma de ressuscitação. As outras duas filhas insurgiram-se contra, querendo que lhes fosse assegurado o direito de conceder ao pai um “enterro digno”. O Relator afirmou descaber qualquer juízo moral ou religioso sobre a opção do falecido e a cientificidade do procedimento. Embora ele não tenha deixado nenhuma manifestação escrita, restou comprovada sua vontade de ser submetido ao método de congelamento, denominado de **criogenia**. Afinal, a pessoa pode deliberar sobre a destinação de seus restos mortais (CC 14).⁵

3. Diaulas Costa Ribeiro, Um novo testamento, 282.

4. STF, MI 6.825, T. Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, j. 04/12/2017.

5. Recurso especial. Ação ordinária. 1. Discussão travada entre irmãs paternas acerca da destinação do corpo do genitor. Enquanto a recorrente afirma que o desejo de seu pai, manifestado em vida, era o de ser criopreservado, as recorridas sustentam que ele deve ser sepultado na forma tradicional (enterro). 2. Criogenia. Técnica de congelamento do corpo humano morto, com o intuito de reanimação futura. 3. Ausência de previsão legal sobre o procedimento da criogenia. Lacuna normativa. Necessidade de integração da norma por meio da analogia (LINDB, ART. 4º). Ordenamento jurídico pátrio que, além de proteger as disposições de última vontade do indivíduo, como decorrência do direito ao cadáver, contempla diversas normas legais que tratam de formas distintas de destinação do corpo humano em relação à tradicional regra do sepultamento. Normas correlatas que não exigem forma específica para viabilizar a destinação do corpo humano após a morte, bastando a anterior manifestação de vontade do indivíduo. Possibilidade de comprovação da vontade por qualquer meio de prova idôneo. Legitimidade dos familiares mais próximos a atuarem nos casos envolvendo a tutela de direitos da personalidade do indivíduo *post mortem*. 4. Caso concreto: recorrente que conviveu e coabitou com seu genitor por mais de 30 (trinta) anos, sendo a maior parte do tempo em cidade bem distante

Ainda há enorme resistência em admitir o exercício do direito sobre o próprio corpo e a escolha da morte oportuna. Mas, se a lei respeita as disposições de vontade quanto ao patrimônio, manifestadas via testamento, é necessário que ampare as decisões concernentes aos **direitos existenciais**.⁶ O próprio **Estatuto do Idoso** assegura, ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais, o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável (EI 17).

É necessário assegurar à pessoa o direito de decidir sobre si, e assim aceitar ou recusar um tipo de tratamento terapêutico que possa prolongar a vida em caso de doença grave ou estado terminal. Como há situações em que a pessoa se torna incapaz para tomar decisões, começaram a surgir os chamados testamentos vitais ou diretivas antecipadas, com indicações sobre assistência médica a ser ou não realizada em determinadas situações. Passou-se a falar em **consentimento informado**, autonomia mais ampliada que a individual e, em certo sentido, diferente, compreendendo a **autonomia prospectiva**.⁷

37.2. PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA

O direito ao consentimento informado encontra fundamento nos princípios da bioética. O princípio da **autonomia** é o reconhecimento da liberdade individual que deve compreender também respeito à escolha da maneira de morrer e controlar a assistência médica que alguém deseja receber ou não no futuro. O princípio da **beneficência** diz com o respeito à pessoa e às suas opções de vida. **Não maleficência** é não fazer o mal, e significa respeitar as promessas e os compromissos firmados pelo médico com o paciente. Mas é no princípio da **justiça** que de modo mais saliente se vislumbra o direito de suspender os suportes da vida, apesar da resistência ainda encontrada no âmbito da sociedade e da justiça.

da que residem suas irmãs (recorridas), além de possuir procuração pública lavrada por seu pai, outorgando-lhe amplos, gerais e irrestritos poderes. Circunstâncias fáticas que permitem concluir que a sua manifestação é a que melhor traduz a real vontade do *de cujus*. 5. Corpo do genitor das partes que já se encontra submetido ao procedimento da criogenia há quase 7 (sete) anos. Situação jurídica consolidada no tempo. Postulado da razoabilidade. Observância. 6. Recurso provido. [...] 6. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.693.718 – RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 26.03.2019).

6. Vivian Bochat Cabral, O testamento vital e a efetividade da vontade..., 45.
7. Miguel Angel Sánchez, O novo testamento, 92.

O cumprimento do testamento vital e diretivas antecipadas, não raro, acabam batendo às portas dos tribunais. É buscado o **referendo judicial** para o exercício do direito de respeito à autonomia da vontade, como, por exemplo, o direito do paciente de não se sujeitar ao adiamento de sua morte, o que, de modo equivocado, é chamado de **eutanásia**.⁸ E, sempre que se fala em eutanásia, surgem opositores que invocam razões éticas e teológicas, dizendo que a vida é dada por Deus e, portanto, somente ele tem o direito de tirá-la. Mas, como alerta Rubem Alves, em nome de princípios universais, permite-se que uma pessoa morra em meio ao maior sofrimento. Conclui ele de modo irreverente: *se Deus é o senhor da vida, é também o senhor da morte, e qualquer coisa que se faça para impedir a morte seria também uma transgressão à vontade divina*.⁹

Segundo as palavras de Luiz Edson Fachin, o tema da eutanásia não deve ser limitado apenas à tradicional questão da legitimidade da morte consentida, justificada por questões humanitárias. Há que se pensar o que a moderna medicina tem feito em prol da dignidade humana e, principalmente, o que o homem está fazendo com relação à sua dignidade.¹⁰ O direito à morte digna é o reverso da moeda do direito à vida digna.¹¹

No Brasil não há autorização legal para a eutanásia, nem para o **suicídio assistido**, mas o direito à suspensão de esforço terapêutico encontra suporte na Constituição da República, que reconhece a dignidade da pessoa como fundamento do estado democrático (CR 1.º III). E de forma expressa está dito (CR 5.º III): *ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*. É preciso fazer coro às palavras de Cristiano Chaves: não se pode deixar de disparar crítica ao legislador por ter deixado de tratar de importante discussão (ética, jurídica, religiosa e moral) acerca do direito de morrer dignamente (*right to die*).¹²

Como bem adverte Diaulas Costa Ribeiro, a lei, ao submeter à exigência médica a disposição do próprio corpo (CC 13), usa termos paternalistas, pois não mais existe “exigência médica”. A autonomia do paciente deu lugar à indicação, à recomendação, jamais à exigência, à determinação.¹³ O Código Civil admite a recusa a determinados procedimentos médicos (CC

8. Diaulas Costa Ribeiro, Um novo testamento, 277.

9. Rubem Alves, Eutanásia, 2.

10. Luiz Edson Fachin, Direitos da personalidade no Código Civil, 640.

11. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Direito Civil, 224.

12. Idem, ibidem.

13. Diaulas Costa Ribeiro, Um novo testamento, 275.

15) e a **Lei Orgânica da Saúde** (L 8.080/90 7.º III) reconhece o direito à autonomia do paciente. O Código de Ética Médica¹⁴ proíbe abreviar a vida do paciente, ainda que a seu pedido ou de representante legal, mas, nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

37.3. TESTAMENTO VITAL

Há toda uma nova terminologia que surgiu com a fantástica evolução da medicina.

O **chamado testamento vital** não é um testamento. Trata-se de um documento que contém disposições sobre a assistência médica a ser prestada a um paciente terminal. Por isso a expressão vem sendo substituída por **diretivas antecipadas** de vontade: disposições sobre tratamentos médicos em geral, dos quais o paciente pode se recuperar ou não.¹⁵ O desejo manifestado deve ser levado a efeito quando o paciente perder a capacidade. Não se confunde com **consentimento informado** que são manifestação de pacientes capazes.¹⁶

O testamento vital não tem as mesmas características dos **testamentos tradicionais**, que são disposições para vigorarem após a morte do testador. Cuida-se de um **negócio jurídico unilateral** sujeito a condição suspensiva, isto é, advento de causa, mesmo transitória que impeça o declarante de exprimir livremente sua vontade.¹⁷ É preciso que a manifestação seja expressa antes de perder a capacidade, devendo o documento estar acompanhado de declaração do médico assistente que ateste sua plena higidez mental. A declaração deve ser mantida aberta, para o conhecimento da família, dos médicos ou de algum amigo.

Via testamento vital pode ser nomeado **procurador** para que tome as providências necessárias ao cumprimento das suas determinações. Ou escolhido **curador** para o caso de perder a capacidade. É o que se chama **autotutela**.

14. CFM – Resolução 2.217/2018.

15. Diaulas Costa Ribeiro, Um novo testamento, 276.

16. Miguel Angel Sánchez, O novo testamento, 113.

17. Paulo Lôbo, Direito Civil: Sucessões, 260.

Como a pessoa pode manifestar que não sejam mantidos os suportes da vida quando se encontrar em estado vegetativo permanente, o testamento vital tem também uma função secundária, que é a de proteger o **médico**. Como entre ele e o paciente há uma relação contratual, é possível ser responsabilizado civil e criminalmente por seus atos. Assim, estando documentada a vontade livre do doente, poderá defender-se de eventual alegação de ter procedido de forma omissa. Há quem sustente que, para a elaboração do documento, há a necessidade de o paciente estar assessorado por profissional da saúde, com o fim de particularizar e individualizar o caso concreto, evitando-se, assim, a banalização e a consequente perda de efeito prático do instituto do testamento vital.¹⁸

Como se trata de um documento sem requisitos formais, substitui, com vantagem, o **codicilo** (CC 1.881): escrito particular contendo disposições especiais sobre o enterro, esmolas de pouca monta e legados de pequeno valor.

O testamento vital gera efeitos independentemente da **chancela judicial**. Pode ser feita extrajudicialmente. O tabelião pode atestar a livre e consciente manifestação de vontade no momento da escritura. No entanto, pode solicitar a apresentação de atestado médico.

Não pode ser negado acesso à justiça para o estabelecimento das diretivas antecipadas.¹⁹ Trata-se, no entanto, de procedimento de **jurisdição voluntária**. A vontade consciente do paciente deve ser sempre considerada e respeitada.²⁰

18. Beatrice Melo e Sergio Amaral, Testamento de vida como instrumento apto..., 175.
19. Jurisdição voluntária. Pedido de reconhecimento judicial do direito à ortotanásia. Extinção sem julgamento do mérito. Remessa à via extrajudicial ou administrativa. Não cabimento. Garantia constitucional de acesso à justiça. Sentença anulada. Recurso provido. (TJSP, APL 10844052120158260100/SP 1084405-21.2015.8.26.0100, Rel. Giffoni Ferreira, j. 14/03/2017, p. 15/03/2017).
20. Direito à saúde. Autorização para realização de procedimento cirúrgico. Negativa do paciente. Necessidade de ser respeitada a vontade do paciente. 1. O direito à vida previsto no artigo 5º da Constituição Federal não é absoluto, razão por que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica contra a sua vontade, não cabendo ao Poder Judiciário intervir contra esta decisão, mesmo para assegurar direito garantido constitucionalmente. 2. Ademais, considerando que "não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento à qualidade de vida do ser humano", o Conselho Federal de Medicina (CFM), publicou a Resolução n. 1.995/2012, ao efeito de dispor sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente, devendo sempre ser considerada a sua autonomia no contexto da relação médico-paciente. 3. Hipótese em que o paciente está lúcido, orientado e consciente, e mesmo após lhe ser explicado os riscos da não realização do procedimento cirúrgico,

37.4. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

A possibilidade de alguém estipular o tratamento que pretende receber em caso de perda de capacidade de decidir ou sobre o tipo de vida que pretende lhe seja assegurada, é o que se chama de **diretivas antecipadas**. Assegura respeito à faculdade de uma pessoa externar a vontade sobre como deseja ser tratada no futuro, quando não mais tiver capacidade de discernimento.

As diretivas antecipadas atendem ao princípio da **dignidade humana** e de respeito à **autonomia da vontade**. O registro da vontade pode ser feito em **cartório**, na **ficha médica** ou no **prontuário do paciente**. Não são exigidas testemunhas ou assinaturas. A manifestação de vontade não pode ser contestada por familiares. A única pessoa que pode alterá-la é o próprio paciente.

Resolução do Conselho Federal de Medicina²¹ regulamenta as diretivas antecipadas de vontade: conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, a sua vontade.

São estabelecidos critérios para que qualquer pessoa maior de idade e plenamente consciente possa estabelecer sobre o uso de tratamentos considerados invasivos ou dolorosos, em casos clínicos nos quais não exista chance de recuperação. É possível, definir os procedimentos pertinentes e aqueles aos quais não quer se submeter em caso de terminalidade da vida, por doença crônico-degenerativa.

Caso o paciente não tenha elaborado diretivas antecipadas, mas sendo possível conhecer sua vontade – por ter ele expressado, de forma reiterada e clara, à família ou aos amigos, a rejeição ao esforço terapêutico, nas hipóteses de estado vegetativo permanente ou de doença terminal –, é possível buscar judicialmente que seja assegurado o cumprimento da vontade manifestada, ainda que verbalmente.

este se nega a realizar o procedimento, tendo a madrasta do paciente, a seu pedido, assinado termo de recusa de realização do procedimento em questão, embora sua esposa concorde com a indicação médica. 4. Por essas razões, deve ser respeitada a vontade consciente do paciente, assegurando-lhe o direito de modificar o seu posicionamento a qualquer tempo, sendo totalmente responsável pelas consequências que esta decisão pode lhe causar. Negado seguimento ao recurso. (TJRS, AI 70065995078, 1ª C. Cív., rel. Sergio Luiz Grassi Beck, j. 03/09/2015).

21. CFM – Resolução 1.995/2012.

37.5. ORTOTANÁSIA

Também chamada de **eutanásia passiva**, **ortotanásia** não é uma afronta à inviolabilidade da vida, uma vez que o direito de escolha, em se submeter ou não a tratamento, é assegurado pela garantia constitucional de liberdade.²² A **ortotanásia** é praticada pelo médico e consiste em aliviar o sofrimento de um doente terminal através da suspensão de tratamentos que prolongam a vida, mas não curam nem melhoram a enfermidade. Também não antecipa a morte, apenas não a prolonga de maneira artificial.²³

A **ortotanásia** não se confunde com a **eutanásia**, definida como aceleração da morte, para abreviar sofrimentos considerados insuportáveis pelo paciente. Em sentido mais amplo, a ortotanásia é o que se compreende na expressão “morte digna”, entendida como morte rápida, fulminante, sem dor, sem angústia, o que incluiria a própria eutanásia e o suicídio assistido. A expressão é equívoca, pois implica o seu oposto, ou seja, a morte indigna, parecendo-nos mais um juízo de valor que uma categoria científica ou jurídica.²⁴

O Conselho Federal de Medicina²⁵ permite ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente. No entanto, apesar de tal permissivo, sempre houve resistência de alguns profissionais em assumir esta responsabilidade, o que legou a que novos regramentos fossem editados.

Chama-se de obstinação terapêutica ou **distanásia**, o prolongamento artificial da vida. Adia o inevitável, somente acrescentando sofrimento ao doente, confundindo **quantidade** de vida com **qualidade** de vida.²⁶

Utiliza-se a **expressão mistanásia** à chamada **eutanásia social**, sendo mais conhecidas a omissão de socorro e o erro médico. Em algumas épocas e locais por questões de **eugenia** (ligadas à purificação social) pessoas defeituosas ou doentes mentais eram abandonadas ou sacrificadas. Uma má prática não, necessariamente, aplicada a pacientes terminais.²⁷

22. Cristina Ternes, Eutanásia: entre o interesse pessoal de uma morte digna..., 28.

23. Joana Peteffi e Ofélio Luis Santos, Ortotanásia..., 221.

24. Paulo Lôbo, Direito Civil: Sucessões, 238.

25. CFM – Resolução – 1.805/2006.

26. Joana Peteffi e Ofélio Luis Santos, Ortotanásia..., 221.

27. Idem, 222.

LEITURA COMPLEMENTAR

- CABRAL, Vivian Bochat. O testamento vital e a efetividade da vontade do titular do bem jurídico vida. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 28, jun.-jul. 2012, p. 22-47.
- DADALTO, Luciana. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, v.1. jan.-fev. 2014, p. 141-150.
- _____. Testamento vital na prática jurídica brasileira. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e sucessões: questões polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 141-154.
- FACHIN, Luiz Edson. Direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coords.). *Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006. p. 625-643.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. O direito à morte digna e a questão da eutanásia. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- MELO, Beatrice de Moura Erbolato; AMARAL, Sergio Tibiriçá do. Testamento de vida como instrumento apto para alcançar o direito a uma morte digna. *Revista de Direito Notarial*, a. 2, n. 2, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 143-178.
- PETEFFI, Joana; SANTOS, Onélio Luis S. Ortotanásia: a preservação do direito constitucional fundamental à vida. In: WUNDERLICH, Alberto [et al.] *Temas críticos em Direito*. Guaíba: Sob medida, 2012, vol. 2. p. 209-230.
- RIBEIRO, Diaulas Costa. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. São Paulo: IOB/Thomson, 2006, p. 273-283.
- ROSENVALD, Nelson. A sucessão na morte digital. *O Direito Civil em movimento*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 184-187.
- SANT'ANNA, Guilherme Chaves. Formas de testamento. Testemunhas testamentárias. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.). CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria (coords.). *Direito das sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 159-164 (coleção Direito Civil, v. 8).
- TERNES, Cristina. Eutanásia: entre o interesse pessoal de uma morte digna e o respeito à inviolabilidade da vida humana. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 24, out.-nov. 2011, p. 16-32.

38

PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Sumário: **38.1.** Possibilidades – **38.2.** Testamento – **38.3.** Partilha em vida – **38.4.** Adiantamento de legítima – **38.5.** Doação com reserva de usufruto – **38.6.** Deliberação sobre a partilha – **38.7.** Fideicomisso – **38.8.** Previdência privada – **38.9.** Constituição de pessoas jurídicas – Leitura complementar.

38.1. POSSIBILIDADES

Merece ser chamado, no mínimo, de desastroso o atual direito sucessório. Basta atentar ao significativo número de dispositivos de difícil ou quase impossível compreensão. Além disso, há novos institutos que, de forma absolutamente desarrazoada, se afastam dos princípios consagrados no âmbito das relações familiares. A concorrência sucessória – para citar só um exemplo – interfere de forma indevida e trágica em questões patrimoniais, afrontando o princípio da **autonomia da vontade**. O legislador parece insensível às mudanças que vêm acontecendo na própria estrutura das famílias. Como diz Giselda Hironaka, a perspectiva institucionalista da família cede cada vez mais espaço e vez para a realização pessoal dos seus membros, em busca de sua aspiração à felicidade. E, dada a pluralidade de modelos familiares existentes na sociedade atual, devem ser criados novos olhares no Direito a respeito do tratamento jurídico, principalmente no tocante à sucessão, a ser aplicado nesses novos arranjos familiares.¹

Mesmo quando é eleito um **regime de bens** por meio de pacto antenupcial, quando do falecimento de um dos cônjuges, simplesmente não prevalece a vontade do casal. O **cônjuge** tornou-se herdeiro necessário e concorrente, o que o coloca, muitas vezes, em situação mais vantajosa do que os descendentes. O **companheiro** recebe tratamento de todo diferencia-

1. Giselda Hironaka, Planejar é preciso:..., 5.

do. Foi alijado da ordem de vocação hereditária, sendo preterido em favor dos parentes colaterais de quarto grau. Esta é apenas uma das polêmicas que vêm gerando enorme insegurança.

Claro que tudo isso dá ensejo a divergências doutrinárias, havendo decisões judiciais para todos os gostos. O próprio STJ muda de posição com frequência, a depender da composição dos órgãos julgadores. Assim, dá para dizer, sem medo de errar, que ninguém se entende. A pergunta feita por todos é: caso ou vivo em união estável? Qual o regime de bens a escolher? O regime eleito será respeitado só no divórcio ou também quando da morte? Para evitar situações injustas e não desejadas, casais são induzidos a não casar ou a se divorciarem, passando a viver em união estável. E vice-versa. Quem vive em união estável vez por outra resolve casar.

Mas não é só no âmbito sucessório que a interferência surpreende. É vedada a **sociedade entre cônjuges** casados pelo regime da comunhão universal ou da separação obrigatória (CC 977). Também o empresário casado tem a possibilidade de constituir **pessoa jurídica**, alienar ou gravar bens imóveis que integrem o patrimônio da empresa, sem a vênua conjugal, qualquer que seja o regime de bens (CC 978).

Essas alterações têm ensejado a busca de **formas alternativas** de atender à vontade dos titulares do patrimônio. O **planejamento patrimonial** tem um roteiro de organização patrimonial permanente. Está integrado por várias áreas de atuação, como o planejamento fiscal e tributário com vistas a reduzir o impacto fiscal sobre a gestão do patrimônio.² Passou a se chamar de planejamento sucessório a adoção de uma série de providências visando preservar a autonomia da vontade e prevenir conflitos futuros. A falta de pragmáticas e efetivas soluções faz com que os titulares de patrimônio e empresas familiares busquem caminhos para planificar a transmissão de seus bens, recorrendo a intrincados, complexos e caros expedientes na tentativa de assegurar a continuidade e o bom governo da sociedade familiar e do acervo privado.³

Tanto no planejamento patrimonial como o sucessório, são buscados caminhos legais no propósito de planificar a melhor administração dos bens, para a preservação do patrimônio pessoal ou empresarial. Enfatiza Rolf Madaleno que as regras a serem aplicadas estão estritamente dentro

2. Rolf Madaleno, Planejamento sucessório, 17.

3. Rolf Madaleno, A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens, 27.

dos **ditames legais**.⁴ Bem, ao menos devem estar! Além do conteúdo legal, tais planificações precisam ter **conteúdo ético**. Não podem servir a interesses escusos, como burlar a partilha de bens comuns quando do fim do casamento ou excluir algum filho do direito à legítima, quando é considerado “ilegítimo”, feia expressão alijada pela Constituição da República, mas que subsiste em famílias que se dizem tradicionais.

O planejamento sucessório visa contornar a sucessão imposta pela lei, dando lugar ao desejo do titular do patrimônio que tem o direito de eleger a quem deixá-lo. Instrumento capaz de amenizar muitíssimo intercorrências dolorosas e de se conferir – senão na sua integralidade, mas em significativa parcela, ao menos – os direitos que se vê e que não se lê nas linhas das leis, por enquanto. O planejamento sucessório é, por certo, a consequência maior, no ambiente das sucessões, do inegável fenômeno da pluralidade de arranjos familiares que se apresentam na sociedade contemporânea.⁵

Trata-se de atividade estritamente **preventiva** com o objetivo de adotar procedimentos, ainda em vida do titular da herança, com relação ao destino de seus bens após sua morte.⁶ Com isso evitam-se eventuais conflitos, cujos reflexos negativos podem recair sobre o patrimônio deixado.⁷ Apólices de seguro, testamentos, doações, constituições de sociedades são possibilidades de flexibilização de ordem patrimonial. Tais expedientes estão sendo utilizados de modo muito frequente não só para assegurar a transmissão de bens da forma desejada por seus titulares, mas também visando afastar a incidência de pesados **encargos tributários**.

Além das modalidades clássicas, há outras possibilidades de o titular do patrimônio definir a partilha de seus bens: **doações** entre cônjuges e companheiros, a depender do regime de bens não se comunicam (CC 1.659 I e 1.674); doações com **cláusula de reversão** (CC 547) e **doação com reserva de usufruto** (CC 1.390); imposição das **cláusulas restritivas de direito** como a incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade sobre a legítima dos herdeiros necessários, dos herdeiros testamentários e dos legatários (CC 1.911); instituição de **bem de família** por testamento sobre um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição (CC 1.711); nomeação de **tutor** a filhos menores (CC 1.634 IV e 1.729). Fora disso, pode haver a instituição de beneficiário de **seguro de vida** (CC 791).

4. Rolf Madaleno, Planejamento sucessório, 17.

5. Giselda Hironaka, Planejar é preciso:..., 6.

6. Sílvia Maria Benedetti Teixeira, Planejamento sucessório, 6.

7. Moacir César Pena Junior, Curso completo de Direito das Sucessões, 21.

Hipótese raramente utilizada é a constituição de **anticrese** em benefício dos credores alimentados (CC 1.506). Instituto que admite transferir para o alimentando o ônus da administração de um imóvel, tornando-o responsável a obter frutos e rendimentos, correspondentes ao valor dos alimentos, o que desonera o alimentante. De outro lado, protege o credor das vicissitudes econômicas do alimentante.⁸

Também questões aparentemente não patrimoniais têm reflexos sucessórios, como o **reconhecimento de filho** (CC 1.609 III), o **perdão** do herdeiro indigno (CC 1.818) e a **deserdação** do herdeiro necessário (CC 1.964).

38.2. TESTAMENTO

Entre as formas de planejamento sucessório, a mais conhecida é o testamento, que somente tem eficácia para depois da morte. Além disso, exige uma série de formalidades e tem limitações, pois é indispensável preservar a legítima dos herdeiros necessários: descendentes, ascendentes e cônjuge (CC 1.857 § 1.º). A depender do **regime de bens do casamento**, além da condição de herdeiro necessário, o cônjuge concorre com os herdeiros descendentes. Faz jus a uma fração do patrimônio. Quando os herdeiros forem os ascendentes, existe sempre o direito de concorrência do cônjuge, qualquer que seja o regime de bens.

Quando há **herdeiros necessários**, o direito do cônjuge e do companheiro de testar é limitado. O testador precisa: preservar a meação, o direito dos herdeiros necessários, bem como a fração a que faz jus o viúvo ou o companheiro sobrevivente a título de concorrência sucessória.

Quanto à **legítima**, é restrita a autonomia do testador. Pode sujeitar a herança a **cláusulas restritivas**: inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade (CC 1.911). Mas precisa motivar as limitações impostas, havendo os riscos de serem afastadas judicialmente. Também pode proceder à individualização dos bens que irão compor os quinhões hereditários (CC 2.014). Nada ou pouca coisa mais pode ser deliberado para depois da sua morte.

38.3. PARTILHA EM VIDA

É uma modalidade de planejamento sucessório, com relação à parte disponível, pois é preciso preservar o direito dos herdeiros necessários (CC

8. Mairan Gonçalves Maia Júnior, A família e a questão patrimonial.

2.018). Trata-se de verdadeira **sucessão antecipada**. Os bens recebidos não precisam ser trazidos à colação. Feita partilha em vida, se não existirem outros bens a serem partilhados, é desnecessário o processo de inventário. Por meio da partilha em vida é possível atribuir ao cônjuge e ao companheiro bens a serem oportunamente compensados como **adiantamento de direito concorrente**. Com isso, é possível eleger os bens que irão integrar tal fração atribuída a cônjuges e companheiros.

38.4. ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA

É outra forma de programar a sucessão. Nada mais é do que a **doação** aos herdeiros necessários da parte do patrimônio que irão herdar (CC 544). Quando da abertura da sucessão, os bens recebidos precisam ser trazidos à colação para assegurar a igualdade dos quinhões (CC 2.002 e CPC 639). Há a possibilidade de o doador **dispensar a colação**, hipótese em que se considera que o bem doado pertence à parte disponível da herança (CC 2.005). Também o quinhão a que faz jus o cônjuge ou o companheiro a título de concorrência sucessória pode ser alvo de adiantamento. Desse modo, é possível eleger os bens a compor o direito de concorrência do cônjuge ou do companheiro, os quais devem ser trazidos à colação.

38.5. DOAÇÃO COM RESERVA DE USUFRUTO

Desdobrar nua-propriedade e posse é outra forma de deliberar sobre a sucessão durante a vida. Conserva o titular para si o usufruto e transfere a nua-propriedade aos herdeiros. Assim, quando de sua morte, consolida-se o domínio em favor dos herdeiros, o que dispensa o processo de inventário. A doação feita corresponde a adiantamento de legítima.

38.6. DELIBERAÇÃO SOBRE A PARTILHA

Via testamento pode o titular do patrimônio deliberar sobre a própria partilha, identificando os bens que irão compor a meação do cônjuge ou companheiro, o direito concorrente dos mesmos e o quinhão dos herdeiros (CC 2.014).

38.7. FIDEICOMISSO

É a instituição de herdeiros sucessivos. O testador atribui a **titularidade temporária** de bens em favor do fiduciário (primeiro herdeiro

instituído) a ser transmitida ao fideicomissário (o segundo eleito), quando do implemento da **condição suspensiva**. Só pode ser beneficiado como fideicomissário quem não tenha sido concebido quando da morte do testador (CC 1.952). Os bens assim recebidos são considerados particulares e **excluídos da comunhão**, gerando verdadeira **incomunicabilidade** de bens, tanto a favor do fiduciário como do fideicomissário, ao menos até a aquisição definitiva da propriedade. Trata-se de outra modalidade de programar a divisão do patrimônio.

38.8. PREVIDÊNCIA PRIVADA

Previdência privada nada mais é do que uma **aplicação financeira** voltada à aposentadoria. Enfim, uma alternativa em face dos incertos rumos da previdência social (L 8.213/1991).

Trata-se de uma modalidade de **capitalização** de recursos que serve como **investimento** e, muitas vezes, é utilizada como modalidade de **planejamento sucessório**. Reconhecida a **natureza securitária** do investimento, valores pagos a herdeiros necessários, não precisam ser trazidos à **colação**. Tais valores, no entanto, não integram o **inventário**.⁹ (1) Reconhecida feição de aplicação financeira, os valores precisam ser trazidos ao inventário.¹⁰(2)

9. Agravo de instrumento. Ação de Inventário. Decisão que indeferiu o pedido de transferência para os autos de inventário do valor proveniente de seguro contratado pelo “de cujus” com a CEF, do qual é beneficiária a herdeira Maria Benedita Vivan, irmã da agravante – Inconformismo, sob alegação que o “de cujus” deixou outros herdeiros, devendo o numerário ser objeto da colação no inventário por força do artigo 2002 e seguintes do CPC – Descabimento – O instituto da previdência privada possui natureza securitária, não podendo ser equiparado a mera poupança para fins de herança, sob pena de fugir ao próprio escopo da previdência privada – Recurso desprovido (TJSP, AI 21937261220178260000/SP (2193726-12.2017.8.26.0000), 9ª C. Dir. Priv., Rel. José Aparício Coelho Prado Neto, j. 31/01/2019, p. 31/01/2019).
10. Agravo de instrumento. Inventário. I. Determinação de colação do saldo de fundo de previdência privada ostentado pelo *de cujus*. Irresignação da inventariante. Afastamento. II. Fundos de previdência privada. Ausência de feição securitária a franquear a aplicação do disposto no artigo 794 do CC. Inexistência de risco que empresta lastro aos contratos de seguro. Doutrina. III. Valores depositados em Fundos de Previdência Privada que exibem feição de aplicação financeira. Inteligência do artigo 202 da Constituição Federal, de acordo com a EC 20/98. Sujeição desses valores à colação no inventário e partilha nos termos da lei civil. Precedentes desta Câmara e do E. Tribunal. [...] Decisão preservada. Agravo conhecido em parte e desprovido na parte conhecida (TJSP 21399560720178260000 SP (2139956-07.2017.8.26.0000), 3ª C. Dir. Priv., Rel. Donegá Morandini, j. 23/01/2018, p. 23/01/2018).

Existem dois tipos de planos previdenciários: Plano Gerador de Benefícios Livres (PGBL) e Vida Gerador de Benefícios Livres (VGBL), cujas diferenças atentam a inventivos tributários.

Seja qual for o plano eleito, há a **fase de acumulação**, em que o participante faz contribuições durante alguns anos e a **fase de recebimento** do benefício, que pode ocorrer de uma única vez, ou mediante pagamentos mensais, de forma temporária ou vitalícia.

Ocorrendo o falecimento do titular durante o **período de acumulação**, os recursos que foram investidos são pagos aos beneficiários indicados no contrato. Estes podem ser herdeiros ou terceiras pessoas. Não havendo indicação, o pagamento é feito diretamente aos herdeiros, segundo a ordem de vocação hereditária.

Quando a morte do titular acontece na **fase de recebimento**, é necessário distinguir a forma de pagamento avençado.

Estipulado o pagamento por um prazo determinado, até o titular atingir determinada idade, os valores são revertidos a favor dos beneficiários instituídos ou dos herdeiros.

Se a modalidade era de **renda vitalícia**, com o falecimento do titular cessam os pagamentos. Beneficiários ou herdeiros, nada recebem.

Existe a possibilidade de a renda vitalícia ser **reversível** ao cônjuge ou companheiro, com continuidade aos filhos. Assim, após a morte do titular, o cônjuge ou o companheiro passa a receber, percentual da renda por toda a vida. Após a morte do cônjuge ou do companheiro, um percentual da renda passa a ser pago aos filhos até que eles atinjam a maioridade definida pelo plano.

38.9. CONSTITUIÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS

Transferir o acervo patrimonial para pessoas jurídicas é a forma mais usual de se fazer planejamento sucessório. Evita a pulverização societária e os atritos que geralmente surgem entre sócios remanescentes e os herdeiros ou sucessores do sócio falecido. Isso tudo tem mais um atrativo: a redução da **carga tributária**, além de afastar o pagamento do imposto *causa mortis*. Trata-se de materializar juridicamente e de forma antecipada as consequências sucessórias.¹¹ A planificação é minuciosamente estudada para proceder a passagem do controle da empresa de uma geração para

11. Ordélio Azevedo Sette, A sucessão na empresa familiar.

outra, respeitando técnicas de organização preventiva de distribuição, manutenção, administração e bom governo na sucessão da propriedade.¹²

Muitas vezes, por razões econômicas e financeiras, o **patrimônio familiar** está todo na titularidade de uma pessoa jurídica. Mas os estatutos sociais, via de regra, são omissos sobre a forma de apuração de haveres no caso de falecimento de um dos sócios. A ausência de planejamento sucessório pode afetar a própria atividade empresarial. Basta atentar à determinação legal (CC 1.031 § 2º): salvo convenção em contrário, os haveres do sócio retirante serão pagos em dinheiro no prazo de 90 dias. Se não houver previsão contratual de prazo mais dilatado, o cumprimento deste exíguo prazo pode redundar na obrigação de empréstimos bancários ou venda de ativos com o ônus da urgência, já que a atividade empresarial amiúde mantém os ativos imobilizados e afetos ao seu próprio desempenho.¹³

Vem se popularizando a constituição de **holdings** – sociedades juridicamente independentes que adquirem e mantêm ações de outras sociedades empresariais, em quantidade suficiente para controlá-las. Seu objetivo social consiste na participação no capital de outras sociedades como atividade única, de modo a viabilizar investimentos em novos negócios. Segundo João Alberto Borges Teixeira, a *holding* é a única possibilidade de proteger a família dos conflitos latentes que existem no Código Civil.¹⁴

A reorganização societária pela constituição de **holdings pessoais** segue as características individuais de cada sócio, observando sua situação conjugal e a condição de seus herdeiros. É uma pessoa jurídica que substitui a pessoa física, agindo como sócia ou acionista de outra empresa. A **holding coletiva** é o somatório das *holdings* pessoais e detém a totalidade das ações ou das quotas da família na empresa operacional.¹⁵

Trata-se de método que atende a qualquer problema de ordem pessoal ou social, podendo equacionar as conveniências de seus criadores, tais como casamento, divórcio, comunhão de bens, autorização do cônjuge para venda de imóveis, procurações, disposições de última vontade etc. A cada tipo de problema existe um tipo de *holding* que, aliada a outros documentos, pode suprir necessidades humanas, apresentando soluções legais em diversas formas societárias.¹⁶ Dentre as principais vantagens dessas

12. Rolf Madaleno, Planejamento sucessório, 17.

13. Mairan Gonçalves Maia Júnior, A família e a questão patrimonial, 156.

14. João Alberto Borges Teixeira, *Holding* familiar.

15. Ordélio Azevedo Sette, A sucessão na empresa familiar.

16. João Alberto Borges Teixeira, *Holding* familiar.

operações está a redução da carga tributária incidente sobre o rendimento da pessoa física, se feita por intermédio da pessoa jurídica, tributada com base no lucro presumido. A diferença obtida pode retornar à pessoa física sem qualquer tipo de tributação.¹⁷

A *holding* familiar facilita a sucessão hereditária e a administração dos bens, garantindo a continuidade sucessória sem necessidade de se aguardar a demorada tramitação do processo de inventário. Nada impede que o contrato social preveja o não ingresso de cônjuges, companheiros ou certa classe de herdeiros nos quadros sociais, dado o aspecto pessoal das cotas sociais.¹⁸ E, como explicita o casal Mamede, a morte causa danos apenas sentimentais e não danos patrimoniais. Já está definido que todos os herdeiros são sócios da *holding* e, assim, participam dos lucros da empresa, assim como já está definida a administração das atividades negociais, por herdeiros ou administração profissional.

Como há a possibilidade de a pessoa física transferir bens e direitos para a pessoa jurídica, a título de **integralização de capital**, o controlador da empresa pode, por exemplo, fazer doação antecipada da legítima aos herdeiros necessários. Reservado o usufruto em seu favor, a doação não o reduz à insolvência, não se podendo falar em fraude contra credores. O doador continua com a **posse** e a efetividade das quotas ou ações, permanecendo na **gestão** dos negócios. Enquanto o doador estiver vivo, é como se nenhuma doação tivesse ocorrido. Mas, por ocasião do seu falecimento, a titularidade das quotas e ações é transferida automaticamente aos herdeiros, não havendo necessidade do processo de inventário. É suficiente o registro do óbito na Junta Comercial com a alteração contratual. No caso de sociedade anônima, basta o arquivamento da certidão de óbito na própria sociedade e a averbação da transferência nos livros sociais. A *holding* passa a ser sócia do empreendimento, e os estatutos fazem o papel do inventário, pois neles são definidas, entre outras coisas, a participação no capital social e a função de cada sucessor.¹⁹

A constituição de sociedades controladoras permite a indicação dos sucessores da empresa sem ser preciso obedecer a **ordem de vocação hereditária**. Assim, substitui, em parte, a elaboração de testamento, além de trazer benefícios fiscais, pois a tributação é sensivelmente menor. A depender da espécie de sociedade, lucros e dividendos pagos a sócios e

17. Hugo de Brito Machado, Curso de Direito Tributário, 44.

18. Marco Antonio Karan Silveira, A sucessão *causa mortis* na sociedade limitada, 86.

19. Reinaldo Domingos, Planejamento sucessório reduz riscos para empresas e sócios.

acionistas ficam isentos do imposto de renda. As vantagens fiscais também são de outra ordem, pois se elimina a carga tributária que incide quando da abertura da sucessão, isso tudo sem contar com a dispensa do pagamento de taxa judiciária e honorários advocatícios.²⁰

Todas essas alternativas são legais, sem que se possa dizer que se trata de **pacto sucessório**, ou seja, a disposição de herança futura, o que é proibido (CC 426). É possível planejar a partilha do patrimônio até mesmo com a participação dos herdeiros, o que reduz desgastes nos relacionamentos entre cônjuges, filhos e parentes.²¹

Enfim, não há como evitar ou prever a morte, mas é possível garantir a segurança financeira da família. O planejamento sucessório permite a divisão justa de bens e reduz custos, além de evitar dissabores futuros entre herdeiros.

LEITURA COMPLEMENTAR

BERGAMINI, Adolpho. A constituição da empresa, denominada holding patrimonial, como forma de redução de carga tributária da pessoa física, planejamento sucessório e retorno de capital sob a forma de lucros e dividendos, sem tributação. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/50894572/Constituicao-de-Holding-Adolpho-Bergamini>>. Acesso em: 22 abr. 2019..

BRITO, Rodrigo Toscano de. Planejamento sucessório por meio de holdings: limites e suas principais funções. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e Sucessões*: questões polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 669-682.

DANOSO, Denis. Negócios em família. Sociedade empresarial entre cônjuges: análise do Código Civil. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mar-01/sociedade_entre_conjuges_analise_codigo_civil>. Acesso em: 22 abr. 2019.

HIRONAKA, Giselda. Planejar é preciso: planejamento sucessório para as novas famílias. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, n. 10, abr. 2014.

GONZALES, Miguel Angel Sánchez, O novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. Trad. Diaulas Costa Ribeiro. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de (coords.). *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 91-137.

20. Idem.

21. Sílvia Maria Benedetti Teixeira, Planejamento sucessório, 7.

- MADALENO, Rolf. Planejamento sucessório. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 1. jan./fev. p. 11-34.
- _____. A desconsideração da personalidade jurídica na sucessão legítima do Código Civil de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2007. v. 6, p. 271-285.
- MAMEDE, Gladson; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SOUZA, Ivaldo C. de. Quatro casamentos e dois funerais: alguns aspectos das sociedades empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 11, n. 41, p. 43-168, 2008.
- TEIXEIRA, Daniele Chaves. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 795-837.
- TEIXEIRA, Silvia Maria Benedetti. Planejamento sucessório: uma questão de reflexão. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 31, p. 5-18, ago.-set. 2005.

39

HERDEIROS TESTAMENTÁRIOS E LEGATÁRIOS

Sumário: **39.1.** Semelhanças e diferenças – **39.2.** Legitimidade: **39.2.1.** Aceitação e renúncia – **39.3.** Nomeação: **39.3.1.** Nomeação pura e simples; **39.3.2.** Nomeação sob condição (condicional); **39.3.3.** Nomeação para certo fim ou modo (modal); **39.3.4.** Nomeação por certo motivo; **39.3.5.** Nomeação a termo – **39.4.** Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade – Leitura complementar.

Referências legais: CC 553, 555, 1.799, 1.801, 1.808 § 1.º, 1.897 a 1.901.

39.1. SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

Por meio de **testamento** é possível a nomeação de herdeiros e legatários. O testador pode brindar quem quiser com a parte **disponível** de seus bens: ou fração do patrimônio, ou bens determinados. Ao **legatário** são deixados bens certos ou que podem ser determinados. Por isso, é **herdeiro a título singular**. Quem é contemplado com uma universalidade de bens identificada de forma **percentual** chama-se **herdeiro testamentário**. Tanto ele como o herdeiro que recebe a legítima, são chamados de **herdeiros universais**: percebem uma universalidade de bens. Enquanto para os herdeiros testamentários é conferida a herança ou parte dela, ao legatário são deixados bens certos. Conforme alerta Francisco Cahali, os legatários não devem ser confundidos com os herdeiros e merecem tratamento jurídico próprio. São sucessores instituídos por testamento para receber determinado bem (certo e individualizado) a título singular.¹

1. Francisco Cahali, Sujeitos da sucessão, 18.

As diferenças são evidentes, mas nem sempre observadas pelo legislador, que usa de forma indistinta uma expressão por outra. E o que é pior, muitas das disposições, referentes aos legados, aplicam-se também à sucessão testamentária. Isso ocorre sete vezes (CC 1.913, 1.914, 1.918 § 1.º, 1.929, 1.933, 1.935 e 1.939 III). Em todos estes dispositivos que tratam dos legados, a expressão “herdeiro” diz também com o herdeiro testamentário, não só com o legatário.

De modo geral, as normas legais que tratam do legado aplicam-se também à herança testamentária. O uso da expressão “legado” vez por outra diz respeito ao quinhão testamentário. A diferença não é somente quanto ao objeto: **legado** é de bem certo, determinado ou determinável; **herança** é fração do acervo hereditário.

Como alerta Jorge Duarte Pinheiro, a mais importante contraposição entre herdeiro e legatário é a **responsabilidade externa** pelos encargos da herança. Em regra, tal responsabilidade incumbe ao herdeiro. Só excepcionalmente a responsabilidade é do legatário.² Tanto os herdeiros legítimos como os testamentários – ambos **herdeiros universais** – são continuadores das relações patrimoniais do falecido, assumindo os encargos do espólio. Tal responsabilidade, que é limitada às forças da herança, recebe o nome de **benefício de inventário** (CC 1.792 e 1.997). Já o legatário – **sucessor singular** – assume os encargos que oneram o bem recebido e, somente em caráter excepcional, responde pelas dívidas do espólio (CC 1.937).

Todos os herdeiros, legítimos, testamentários e legatários, adquirem os bens quando da **abertura da sucessão** (CC 1.784), isto é, com a morte de seu titular. Não é necessária qualquer manifestação dos herdeiros para que se tenha a herança por aceita. No entanto, para que ocorra a transmissão aos herdeiros testamentários é indispensável que eles estejam **vivos**. Caso os eleitos via testamento tenham falecido antes do testador, a herança ou o legado com que haviam sido contemplados **caduca** (CC 1.939 V). A cláusula testamentária perde a **eficácia**.

Mesmo que os beneficiados tenham descendentes, eles não recebem a herança, pelo simples fato de não existir **direito de representação** na sucessão testamentária. Não há como confundir direito de representação com **direito de crescer** (CC 1.941), que só ocorre quando os herdeiros são nomeados na mesma cláusula testamentária; os bens sejam os mesmos, sem a determinação de cotas para cada um deles.³

2. Jorge Duarte Pinheiro, *Direito da Família e das Sucessões*, 28.

3. Recurso especial. Direito civil. Sucessões. Direito de crescer. Herdeiros testamentários. Quota predeterminada. Impossibilidade. Divisão. Herdeiros colaterais. Arts.

Tanto o herdeiro testamentário como o legatário, precisam ser **pessoa certa**. A única exceção é a possibilidade de ser nomeada herdeira testamentária de **filiação eventual** (CC 1.799 I), a favor de quem pode ser instituído também **fideicomisso** (CC 1.952). Ainda que não tenha sido concebido no momento da feitura do testamento e nem tenha nascido quando da abertura da sucessão, é necessário que seja identificado um ou ambos os pais do herdeiro.

39.2. LEGITIMIDADE

O rol de quem pode ser contemplado via testamento é maior do que os integrantes da ordem de vocação hereditária. São **herdeiras legítimas** as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (CC 1.798). Na sucessão testamentária pode ser nomeado até mesmo quem não foi sequer concebido, a chamada **filiação eventual** (CC 1.799 I e 1.952); **pessoa jurídica** já constituída (CC 1.799 II); e pessoa jurídica que, por determinação do testador, assumir a forma de **fundação** (CC 1.799 III).

A escolha do herdeiro cabe somente ao testador, que não pode deixar a **terceiro** o encargo de determinar o beneficiário nem o valor do quinhão (CC 1.900 III e IV). O **princípio da personalidade do testamento** não

1.829, IV, 1.840, 1.906, 1.941 e 1.944 do Código Civil de 2002. Sobrinhos. Direito de representação. Exceção legal. Concorrência. Possibilidade. Quinhão hereditário. Títulos sucessórios distintos. Compatibilidade. Art. 1.808, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. O direito de acrescer previsto no art. 1.941 do Código Civil de 2002 representa uma forma de vocação sucessória indireta e pressupõe (i) a nomeação dos herdeiros na mesma cláusula testamentária; (ii) que o patrimônio compreenda os mesmos bens ou a mesma porção de bens e (iii) a inexistência de quotas hereditárias predeterminadas. 3. Na hipótese de quinhões determinados, não há falar no direito de acrescer. Se o herdeiro testamentário pleiteado com quota fixa falecer antes da abertura da sucessão, sem previsão de substituto, aquela parcela deve retornar ao monte e ser objeto de partilha com todos os herdeiros legítimos. 4. No caso, o valor da quota-parte remanescente deve ser redistribuído consoante a ordem legal de preferência estabelecida na sucessão hereditária entre os colaterais (art. 1.829 do CC/2002), não havendo impedimento legal para que herdeiros testamentários participem também como legítimos na mesma sucessão hereditária (art. 1.808, § 2º, do CC/2002). 5. Na hipótese, os sobrinhos da falecida herdaram por estirpe, a título de representação, concorrendo no percentual destinado ao herdeiro pré-morto ao lado dos colaterais, na espécie, o único irmão sobrevivente da autora, que herda por direito próprio. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (STJ, REsp 1674162/MG (2017/0121651-1), 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 16/10/2018, p. 26/10/2018)

permite. A exceção é a possibilidade de ocorrer prévia **delimitação**. Ou seja, pode o testador delegar a terceiro a escolha do beneficiário entre duas ou mais pessoas que indicar ou entre os membros de uma família, de uma coletividade ou estabelecimento determinado (CC 1.901 I).

Há algumas pessoas que **não podem ser favorecidas** (CC 1.801). Assim, todos os que direta ou indiretamente participaram da elaboração do **testamento**: aquele que o redigiu, quem assinou a rogo ou foi testemunha do ato. Nem eles nem as pessoas que lhes são próximas. De maneira absolutamente punitiva, só era permitido que o “**concubino**” fosse instituído herdeiro se o testador não tivesse sido culpado pela separação e se, quando redigiu o testamento, já estivesse separado há mais de cinco anos (CC 1.801 III). Esta restrição não tem como subsistir em face da eliminação do instituto da **culpa** que decorreu da reforma constitucional.⁴ Agora a única forma de dissolver a sociedade conjugal é pelo divórcio, que não exige o implemento de prazos nem a identificação de causas.⁵ A decisão do STJ,⁶ afirmando persistir o instituto, diz tão só com a separação consensual, onde também inexistia imputação de culpados.

Para arrematar o absurdo, é considerada “lícita” a deixa ao filho do “concubino”, quando for ele **filho do testador** (CC 1.803). Com certeza este é o artigo mais esdrúxulo do Código Civil. Nada mais diz do que o óbvio: o filho do testador pode ser contemplado por testamento, ainda que seja filho “ilegítimo”. Parece que o legislador esqueceu-se da norma constitucional que proíbe qualquer **designação discriminatória** quando se fala em filiação (CR 227 § 6.º).

39.2.1. Aceitação e renúncia

A aquisição da herança não depende de aceitação. A transferência aos herdeiros ocorre quando da abertura da sucessão. É o que consagra o princípio da *saisine*. Porém, quaisquer dos beneficiados podem renunciar: tanto os herdeiros testamentários como os legatários.

Aplicam-se à sucessão testamentária todas as regras referentes à **renúncia** da legítima (CC 1.804 a 1.813). Mesmo no que diz com o legado,

4. A EC 66/2010 deu nova redação ao § 6.º do art. 226 da CF, acabando com o instituto da separação.

5. Maria Berenice Dias, Divórcio, 47.

6. STJ, REsp. 1247098 – MS (2011/0074787-0), 4.ª T., rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14/03/2017.

insiste a lei em falar em aceitação, ainda que a hipótese seja de renúncia (CC 1.808 § 1.º). O legatário adquire o bem quando da abertura da sucessão. A renúncia é que precisa ser manifestada, não a aceitação, pois houve a aquisição no momento da morte do *de cujus*.

A recusa, quer do herdeiro testamentário, quer do legatário, pode ocorrer por **escritura pública** ou **termo nos autos** (CC 1.806). Possui sempre efeito *ex tunc: retroage* à data da abertura da sucessão. Na sucessão testamentária, não havendo a indicação de substituto ou a instituição de fideicomisso, o bem retorna ao acervo hereditário. O quinhão do herdeiro renunciante é dividido entre os herdeiros legítimos. Nada mais é do que o **direito de acrescer**.

Para se ter certeza de que o herdeiro testamentário não vai renunciar, ele pode ser **notificado** para que manifeste o repúdio à herança. O silêncio implica em aceitação (CC 111 e 1.807). De qualquer modo, depois de o herdeiro agir como herdeiro, não mais pode renunciar. Nem o herdeiro testamentário, nem o legatário. No entanto, nada impede que eles façam **cessão** do direito sucessório que receberam (CC 1.793). A cessão pode ser gratuita ou onerosa e só pode ser levada a efeito por escritura pública, não nos autos do inventário. Afinal, não mais se está em sede de direito sucessório. Trata-se de negócio *inter vivos*. O cessionário escolhe a quem deixar o que recebeu por testamento.

Na hipótese de ser imposto ao herdeiro testamentário algum **encargo** para receber a herança (por exemplo, a imposição da entrega de bem de propriedade do herdeiro instituído a outrem), o inadimplemento configura **renúncia presumida** (CC 1.913).

Quando o testador institui herdeiro testamentário, quem já é herdeiro legítimo assume esta **dupla posição**. Comparece à sucessão a dois títulos: como herdeiro, por força de lei, e por vontade do testador. Assim, dispõe da liberdade de renunciar à herança e ficar com o quinhão testamentário ou vice-versa: pode abrir mão do legado e permanecer como herdeiro necessário.

Também em sede de sucessão testamentária existe **direito de acrescer**: quando são contemplados **conjuntamente** vários herdeiros ou legatários. Desimporta se foram destinados a eles um ou mais bens. Eleitos de forma **conjunta**, a renúncia de um acresce ao quinhão dos coerdeiros ou colegatários. Somente quando a cada herdeiro ou legatário é conferido **quinhão individual**, renunciando algum dos beneficiados, são chamados a receber o quinhão do renunciante os herdeiros legítimos do testador. Caso não existam herdeiros legítimos, o bem recusado é reconhecido como **herança jacente**.

As **pessoas jurídicas de direito público** podem ser contempladas por testamento e, como todo e qualquer herdeiro, têm a faculdade de renunciar. Porém, se os bens foram recebidos pelo ente público por se tratar de herança declarada **vacante**, não cabe a renúncia. Afinal, não desfruta da condição de herdeiro (CC 1.844).

39.3. NOMEAÇÃO

A nomeação de herdeiros testamentários e legatários é ato de **liberdade**, o que confere ao testador plenos poderes para impor o que quiser aos beneficiários. É quase ilimitada sua liberdade, podendo fazer exigências, estabelecer restrições ou impor condições. O limite é não afrontar nem a lei nem a ética (CC 122). Por isso muitas são as modalidades e espécies de imposições possíveis. O cansativo detalhamento a que chega o legislador, tenta adivinhar a real intenção do testador (CC 1.899).

Os herdeiros testamentários e legatários podem estar sujeitos a diversas modalidades de nomeação (CC 1.897):

39.3.1. Nomeação pura e simples

A nomeação é pura e simples quando o testador não sujeita o herdeiro ou o legatário a qualquer encargo, termo ou condição para fazer jus à herança (CC 1.897). A indicação é direta.⁷ Pelo princípio de *saissine*, o **herdeiro testamentário** adquire o que lhe legou o testador desde a abertura da sucessão, mas só recebe o bem quando da **partilha**. Exclusivamente a partir deste momento tem direito a seus acréscimos. Antes disso, por falta de individualização do seu quinhão, não tem como reclamar os frutos e rendimentos. É diferente o que ocorre com o **legado** de coisa certa existente no espólio (CC 1.923). Os **frutos e rendimentos** pertencem ao legatário desde a abertura da sucessão, mesmo antes de ele adquirir a posse direta (CC 1.923 § 2.º). Também ficam sob sua responsabilidade os **encargos** que oneram o legado. Trata-se do princípio de que o acessório segue o principal, chamado de **gravitação jurídica** (CC 1.937). É sua a responsabilidade, mesmo antes de receber a **posse direta** do legado, que não pode exercer por iniciativa própria (CC 1.923 § 1.º). Também as despesas e os riscos da entrega do bem correm por sua conta (CC 1.936).

7. Salomão de Araujo Cateb, *Direito das Sucessões*, 138.

39.3.2. Nomeação sob condição (condicional)

O testador pode nomear herdeiro ou legatário sob **condição**: cláusula que subordina o efeito do negócio jurídico a evento **futuro e incerto**, que pode acontecer ou não (CC 121). Todas as regras sobre condição e encargo que disciplinam os negócios jurídicos são aplicáveis no âmbito da sucessão testamentária.

A condição deriva da vontade das partes, não é imposta pela lei. Pode ser suspensiva ou resolutiva. Identifica-se a condição suspensiva quando são usadas as expressões “se” ou “desde que”. Já a condição resolutiva é reconhecida pelas expressões “até”, “enquanto” ou “com a condição de”.⁸

39.3.2.1. Condição suspensiva

A condição suspensiva, como o próprio nome diz, suspende temporariamente a **eficácia** do ato que cria o direito. É imprescindível o implemento da condição para ter eficácia.⁹ Quando o recebimento do quinhão testamentário está condicionado a algum fato ou acontecimento futuro e incerto, antes de implementada a condição, o herdeiro não faz jus à herança (CC 1.923). Em se tratando de legado, o legatário não tem direito nem ao bem nem aos seus frutos. Por ocasião do implemento da condição, a disposição testamentária produz efeito *ex tunc*. O herdeiro é considerado como tal desde a abertura da sucessão, claro que sem prejudicar terceiros. Além do legado, recebe os frutos e rendimentos. Na eventualidade de não ocorrer a condição, a nomeação torna-se **ineficaz**. Para usar a expressão da lei, o legado **caduca** se o testador não elegeu substituto (CC 1.947) ou se o fideicomissário morrer antes do implemento da condição resolutória (CC 1.958). Na falta de pessoa designada em substituição, a herança objeto do testamento transmite-se aos herdeiros legítimos ou, inexistindo estes, é reconhecida como jacente.

39.3.2.2. Condição resolutiva

Imposta condição resolutiva, o beneficiário adquire a herança desde a abertura da sucessão e faz jus aos seus frutos. Verificada a condição, para todos os efeitos, extingue-se o direito. A herança passa ao substituto ou ao fideicomissário eleito pelo testador. Não havendo pessoa designada, extinto o direito à herança pela ocorrência da condição, o bem se transmite aos

8. Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito Civil*, 356.

9. Salomão de Araújo Cateb, *Direito das Sucessões*, 139.

herdeiros legítimos. Caso já tenha ocorrido a partilha, quando implementada a condição que extingue o direito à herança, é necessário proceder-se à **sobrepartilha**. Sem herdeiros, os bens acabam **vacantes**.

Quer se trate de condição suspensiva, quer resolutiva, o recebimento da herança não pode estar condicionado à prática de ato contrário à **lei**, à **ordem pública** e aos **bons costumes**, ou seja, não se admite **condição ilícita**. Também não é possível impor condição que sujeite o beneficiário ao puro arbítrio de outrem (CC 122 e 123 II). Assim, o testador não pode condicionar o recebimento do quinhão testamentário à execução de um crime. Igualmente não se admite que a condição imposta seja de o beneficiário deixar testamento em favor do testador ou de terceiros. É o que se chama de **condição captatória** (CC 1.900 I). A expressão é horrível, mas vem de captar e significa que serve para conquistar vantagens. É o velho “toma lá, dá cá”!

Quando a condição for **incompreensível ou contraditória**, diz a lei ser inválido o negócio jurídico e não só a condição (CC 123 III). Chama-se de condição **impossível**. Mas a tendência da doutrina é considerar não escrita a condição imposta, seja suspensiva ou resolutiva.¹⁰ A nomeação é considerada pura e simples, o que beneficia o herdeiro instituído e respeita a vontade do testador (CC 1.899).

Falecendo o herdeiro depois da abertura da sucessão, mas antes do implemento da **condição suspensiva**, a cláusula testamentária caduca, ou seja, torna-se ineficaz (CC 1.809). Como o testador quis contemplar especificamente determinada pessoa, e ela não chegou a receber o bem, este não se transfere aos seus sucessores (CC 125). Mesmo que o beneficiário tenha descendentes, não há **direito de representação**, eis que existe mera **expectativa de direito**, ainda não exigível. No entanto, se a condição é **resolutiva**, falecido o beneficiário antes do implemento da condição, a herança transmite-se aos seus herdeiros (CC 127). Com a herança transfere-se a condição, que continua a existir.

39.3.3. Nomeação para certo fim ou modo (modal)

Restrições outras podem ser impostas pelo testador à pessoa que elegeu como beneficiária: um dever, uma obrigação ou uma prestação, em prol do próprio testador, de terceiros ou de uma comunidade. Chama-se de

10. Neste sentido: Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 262; e Orlando Gomes, Sucessões, 154.

nomeação **modal** ou **com encargo** (CC 1.938). Um exemplo é a **sucessão digital** – *legacy contact* – em que o testador deixa como encargo a administração de suas redes e mídias sociais. Não se trata de **condição suspensiva**, em que a transmissão da herança está condicionada à ocorrência de um fato ou um acontecimento. Enquanto a condição não se verificar, o herdeiro não adquire a herança. Seu direito é eventual. No **encargo** é o contrário. O testamento se cumpre, e o beneficiário recebe a herança desde logo, mesmo antes de atender ao encargo (CC 136). Caso não o cumpra, é possível buscar o seu adimplemento. A condição suspensiva não é coercitiva, ao contrário do encargo. O herdeiro não pode ser coagido a cumprir a condição, mas pode ser executado para cumprir o encargo.¹¹

Mesmo com encargo, a transmissão da herança ocorre desde a abertura da sucessão. Determina a lei a aplicação subsidiária das disposições sobre doações com encargo (CC 1.938). Assim, o beneficiário é obrigado a cumprir a contraprestação que lhe foi imposta (CC 553). Se o ônus favorecia o próprio **testador**, sua execução pode ser buscada pelo espólio representado pelo inventariante ou por qualquer dos herdeiros. Porém, se o encargo é a favor de **terceira pessoa**, só ela tem legitimidade para buscar o adimplemento. Sendo beneficiária a **coletividade**, é conferida legitimidade ao **Ministério Público** para buscar a execução do encargo (CC 553 parágrafo único). Também é sua a legitimidade se os contemplados forem **incapazes**.

No caso de **inexecução** (CC 555) ou **mora** no cumprimento (CC 562), em vez do implemento do encargo, é possível a **revogação** da cláusula testamentária. Presume-se que o herdeiro **renunciou** à herança (CC 1.913). Dispõem de legitimidade para a demanda tanto o inventariante como os herdeiros que podem se beneficiar com a exclusão do herdeiro testamentário.

Revogada a cláusula testamentária por não ter o herdeiro cumprido a obrigação que lhe foi imposta, além do quinhão, ele tem de devolver também os **frutos e rendimentos** que percebeu durante o período em que esteve na posse do legado. É que o inadimplemento configura **renúncia**, que tem efeito retroativo (CC 1.804 parágrafo único). Não impor a devolução ensinaria o enriquecimento sem causa do herdeiro que recebeu o bem, dele usufruiu e deixou de cumprir o encargo. Além da desconstituição da cláusula testamentária, o beneficiado relapso se sujeita ao pagamento de **perdas e danos** em favor de quem iria se beneficiar com o cumprimento do encargo.

11. Salomão de Araújo Cateb, Direito das Sucessões, 140.

Ocorrendo a **morte** do herdeiro antes do cumprimento do encargo, além do quinhão, passa a seus herdeiros também a obrigação de cumprir o ônus que paira sobre a herança. É o que se chama **obrigação *propter rem***, obrigação que recai sobre uma pessoa em virtude da titularidade de um direito real. Não deriva da vontade, como as demais obrigações, mas da situação jurídica do indivíduo, por ser ele o titular do domínio ou detentor de determinada coisa.¹² A obrigação acompanha a herança e o adquirente não pode recusar o seu cumprimento. O inadimplemento configura renúncia.

39.3.4. Nomeação por certo motivo

O testador não precisa **justificar** o porquê de deixar sua herança ou algum legado a quem quer que seja. Ainda assim, a lei admite a possibilidade de ser nomeado herdeiro por certo motivo (CC 1.897). É o que Maria Helena Diniz chama de legado *subcausa* ou por certa causa.¹³ Não há qualquer exigência de a nomeação do beneficiário ser motivada. Mas, declinado o motivo, há que ser considerado.

Na ausência de maiores explicitações, aplica-se a regra dos negócios jurídicos (CC 140): o **falso motivo** só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante. Comprovada a inexistência do motivo que inspirou o testador, a disposição testamentária torna-se **anulável**. É o que ocorre se o testador deixou um bem em favor de alguém em agradecimento por uma atitude heroica. Provado que não foi ele o autor do ato que gerou a gratidão do testador, caracteriza-se a ocorrência de **erro** a autorizar a desconstituição do benefício. Havendo a possibilidade de ser identificada a pessoa a quem o testador quis se referir, não se anula a disposição. O legado cabe ser entregue ao autor do ato que motivou o gesto do testador (CC 142 e 1.903).

Na hipótese de o testador instituir legado a título de **remuneração** por serviços que lhe foram prestados, é possível deixar ao arbítrio do herdeiro ou de terceiros a fixação do **valor** (CC 1.901 II).

39.3.5. Nomeação a termo

O testador não pode sujeitar a nomeação do herdeiro a **termo**: evento **futuro e certo** que ocorre independentemente da vontade das partes. Des-

12. Giselda Hironaka e Renato Duarte Franco de Moraes, *Direito das Obrigações*, v. 2, 59.

13. Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro*, v. 6, 303.

cabe impor termo suspensivo ou resolutivo, quer para aperfeiçoar, quer para extinguir o direito do herdeiro. A imposição de causa accidental se tem por **não escrita** (CC 1.898). Tal vedação se justifica pelo princípio de *saísine*. Não há como a sucessão ficar em aberto à espera do implemento do termo. Ainda assim, imposto termo ao recebimento da herança, a nomeação do herdeiro continua válida, excluindo-se somente a indevida limitação. A instituição se tem como pura e simples. A tendência da doutrina é afastar esta vedação legal somente na sucessão testamentária, admitindo-a quando se tratar de legado. Os legados podem ser deixados sob termo suspensivo (inicial) ou resolutivo (final).¹⁴ A hipótese configura legado condicional (CC 1.924). Assim, o que não pode é o testador dizer: deixo meus bens disponíveis ao meu sobrinho a partir do dia 1.º de abril do ano de 2030. No entanto, pode dizer: deixo minha fazenda a meu sobrinho a partir do dia 1.º de abril do ano de 2030.

Somente em duas hipóteses existe a possibilidade da imposição de termo. No **fideicomisso** é possível a indicação da data ou da época em que a herança deve ser transmitida pelo fiduciário (primeiro herdeiro eleito) ao fideicomissário (herdeiro substituto) (CC 1.951). Também no legado de **usufruto** é possível a fixação de tempo, sob pena de ser reconhecido como **vitalício** (CC 1.921).

39.4. INALIENABILIDADE, IMPENHORABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE

É possível a imposição de restrições ao livre exercício dos direitos inerentes à propriedade, tanto sobre a legítima dos herdeiros necessários como sobre o que é deixado aos herdeiros testamentários e legatários. Tem o titular o direito de estabelecer cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade (CC 1.848).

Quando tais restrições incidem sobre a legítima dos herdeiros necessários, é indispensável que seja indicada a **causa** da restrição. Iguais limitações impostas aos quinhões dos herdeiros testamentários e legatários não precisam ser justificadas. O testador não necessita apontar qualquer motivação. .

Na hipótese de herdeiro necessário ser contemplado no testamento, se foram impostas restrições, deve o testador apontar o motivo. Caso não

14. Itabaiana de Oliveira, Tratado de Direito das Sucessões, v. 2, 493.

indique a causa, a limitação só vale com referência ao quinhão testamentário. A legítima fica desonerada.

LEITURA COMPLEMENTAR

CATEB, Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: Direito das Sucessões*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 6.

NOGUEIRA, Claudia de Almeida. *Direito das Sucessões*. Comentários à parte geral e à sucessão legítima. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

40

LEGADOS

Sumário: **40.1.** Características – **40.2.** Legatário: **40.2.1.** Encargos – **40.3.** Aquisição – **40.4.** Modalidades: **40.4.1.** De coisa alheia; **40.4.2.** De bens fungíveis; **40.4.3.** De coisa singularizada; **40.4.4.** De bens localizados – **40.5.** Espécies: **40.5.1.** De imóvel; **40.5.2.** De direitos reais; **40.5.3.** De material genético; **40.5.4.** Do acervo digital; **40.5.5.** De crédito; **40.5.6.** De quitação de dívida; **40.5.7.** De dívida; **40.5.8.** De dinheiro; **40.5.9.** De renda vitalícia ou pensão periódica; **40.5.10.** Em prestações periódicas; **40.5.11.** De alimentos – **40.6.** Caducidade – **40.7.** Aspectos processuais – **40.8.** Referências legais – Leitura complementar.

Referências legais: CC 553, 555, 1.207, 1.799, 1.801, 1.912 a 1940.

40.1. CARACTERÍSTICAS

Legado ou **deixa** é como se chama o que alguém recebe por meio de testamento ou codicilo. Quem recebe um legado chama-se **legatário** ou **honrado**: quem sabe pela honra de ter sido escolhido! Já o testador é denominado de **legante**. Mas há outros nomes esquisitos. **Onerado** é a pessoa indicada pelo testador para transmitir a posse do legado ao legatário. Assim é possível entender a afirmativa: o legante, por meio de codicilo, contemplou o honrado com uma deixa a ser entregue pelo onerado!

Legado é tudo que dentro do testamento não pode ser compreendido como herança. É um conceito a que se chega por exclusão. Para identificar a presença de legado basta que o bem seja destacado pelo testador. O legado assemelha-se à doação *inter vivos*. No mais das vezes é uma liberalidade do testador, que atribui alguma coisa a alguém porque deseja beneficiá-lo.¹ Não se confunde com a **herança**, expressão reservada para identificar a

1. Sílvia Venosa, Direito Civil, v. 7, 265.

universalidade de bens de alguém que, por ocasião de sua morte, é transmitida a um ou mais de um herdeiro, quer legítimo, quer testamentário. Ou seja, herdeiros recebem a herança ou fração dela. Ambos são herdeiros a **título universal**. Legatário é quem recebe determinado bem ou bens a **título singular**. Quem possui herdeiros necessários pode deixar somente a **metade** de seus bens a favor de quem elege como sucessor (CC 1.846). Tanto o herdeiro testamentário como o legatário são eleitos por meio de testamento, e contemplados com a parte disponível do patrimônio do testador.

Essas diferenças que parecem elementares não são respeitadas pelo legislador que, ao tratar dos legados, traz disposições sobre a sucessão testamentária, confundindo legatário, herdeiro testamentário, legado e herança. Disposições que tratam dos legados muitas vezes aplicam-se também aos herdeiros testamentários. De qualquer modo, a **preferência** é dos legatários. Primeiro são atendidos os legados e, só se houver sobra, é que cabe dividir a herança entre os herdeiros testamentários (CC 1.907). Quando há necessidade de **reduzir** as disposições testamentárias, pelo motivo de o testador ter ultrapassado a parte disponível, achatam-se as quotas dos herdeiros instituídos e, somente se a diminuição não bastar para preservar a legítima, é que são atingidos os legados (CC 1.967 § 1.º). O privilégio dos legatários também se flagra ao lhes ser assegurado o direito de exigirem a preferência no **pagamento** dos legados (CC 2.000). Diz Silvio Rodrigues que a preferência do legatário decorre do fato de o legado ser uma **doação causa mortis**. Entende-se que o testador ordenou ao herdeiro que a efetivasse.²

40.2. LEGATÁRIO

Legatário – como o próprio nome diz – é quem recebe um legado: bem certo ou identificado pela espécie, quantidade e qualidade, que lhe é conferido por meio de testamento ou codicilo. O testador pode beneficiar qualquer pessoa estranha à sucessão, mas nada impede que nomeie os próprios herdeiros legítimos, necessários ou facultativos. É o que se chama de **prelegado**. Também pode ser cumulativa a condição de herdeiro testamentário e legatário. São herdeiros a dois títulos: universal e singular.

Quando são contemplados **herdeiros necessários**, indispensável que o testador diga que os está beneficiando com a **parte disponível** de seus bens. Se nada disser, considera-se que simplesmente procedeu à identificação do

2. Silvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7, 221.

bem do herdeiro (CC 2.014). O legado será abatido de sua **legítima**. Caso o herdeiro seja contemplado com a parte disponível (CC 2.018), o bem recebido não precisa ser trazido à **colação**.

O legado pode pressupor a presença de três sujeitos: o testador, o legatário e o onerado, pessoa a quem o testador incumbe o dever de cumprir o legado. O legatário precisa estar vivo quando da abertura da sucessão, a não ser na hipótese de **filiação eventual** (CC 1.799 I) e de **fideicomisso** (CC 1.952). Falecendo o legatário antes do testador, extingue-se o direito hereditário. Para usar a expressão legal, o legado caduca (CC 1.939 V), uma vez que não há **direito de representação** na sucessão testamentária.

Inexistindo a indicação do **onerado** – pessoa a quem o testador impõe o ônus de dar **cumprimento ao legado** – cabe aos herdeiros a execução. Quando há mais de um herdeiro, dividem eles o ônus de cumprir o testamento. Se não há herdeiros legítimos, o encargo é assumido pelos legatários (CC 1.934). Como alerta Luiz Paulo Vieira de Carvalho, não existe solidariedade entre os onerados, vigorando o **princípio da proporcionalidade**.³ Eles dividem entre si o ônus na proporção do que receberem da herança.

A eleição do legatário é **personalíssima**. Cabe ao testador identificar o legatário e indicar o bem que lhe quer deixar. Não pode ser atribuído a terceiro o encargo de escolher o beneficiário ou fixar o valor do quinhão (CC 1.900 III e IV). Mas há exceções. Apontados como legatários uma ou mais pessoas, um dos membros de uma família ou de uma comunidade, a escolha pode ser delegada a outrem (CC 1.901 I). Também pode ser terceirizado o ônus de atribuir valor ao legado deixado em **remuneração a serviços prestados** ao testador por ocasião de sua morte (CC 1.901 II). Já no legado de bem fungível, determinado pelo gênero, a escolha cabe ao herdeiro (CC 1.929).

É possível a concessão de **legado alternativo**, quando é facultado o direito de escolha entre mais de um bem. É do **herdeiro**, não do legatário, a prerrogativa de escolher o bem (CC 1.932). Porém, nada impede que o testador confira ao próprio beneficiário o direito de eleger o legado (CC 1.931 e 1.933).

40.2.1. Encargos

Os herdeiros – todos eles, quer legais, quer testamentários – respondem pelos encargos da herança, mas somente no limite da extensão do

3. Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Direito Civil, 352.

acervo sucessório. É o que se chama de **benefício de inventário**, expresso em dois dispositivos legais: o herdeiro não responde por encargos superiores à força da herança (CC 1.792); a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido (CC 1.997). Como o legatário é sucessor **singular**, está isento de tais responsabilidades. Só subsidiariamente é chamado a atender às dívidas e aos encargos do espólio: quando esgotados os quinhões dos herdeiros. Porém, é o legatário que responde pelos ônus e encargos que oneram o bem objeto do legado. É o **princípio da gravitação jurídica** (CC 1.937), que consagra a regra de que o acessório segue principal.

40.3. AQUISIÇÃO

Tal como acontece com a herança, também o legado se transmite ao beneficiário quando da **abertura da sucessão**. A transferência é imediata e não depende de qualquer manifestação do legatário. Diz a lei (CC 1.923): *desde a abertura da sucessão, pertence ao legatário a coisa certa*. Tal ocorre quando o legado é puro, ou seja, de bem infungível, que não pode ser substituído por outro da mesma espécie, quantidade ou qualidade.

Ainda que adquira a titularidade do legado, de forma para lá de injustificável, ao legatário não se transmite a **posse** do bem (CC 1.923 § 1.º).⁴

4. Embargos de declaração. Apelação cível. Ação de imissão de posse. Sentença de improcedência. Inconformismo. 1- Restou incontroverso que a autora é usufrutuária do imóvel descrito na inicial, em virtude de legado recebida de sua falecida mãe através de testamento público, bem como que o réu, irmão da autora, reside no referido imóvel desde o óbito de sua genitora. 2- A ação de imissão na posse tem como causa de pedir o direito de ter posse (jus possidendi), destinando-se, normalmente, à tutela do direito do proprietário de reivindicar a coisa das mãos de quem injustamente a detenha (art. 1.228, do Código Civil), mas também pode surgir para o legatário (art. 1.932, § 1º, do Código Civil). 3- Até a partilha, o direito dos coerdeiros quanto à propriedade e posse da herança é indivisível e será regulado pelas normas relativas ao condomínio. Inteligência do parágrafo único do artigo 1.791 do Código Civil. 4- Em que pese a abertura, registro e cumprimento do mencionado testamento, o artigo 1.923, § 1º do Código Civil determina que a posse do bem legado não se transfere imediatamente ao legatário, sendo expectativa de direito a despeito de o legatário já ser titular dos frutos, desde a morte do testador (art. 1.923, § 2º, CC). 5- Impossibilidade de imitar a autora na posse do imóvel descrito na inicial, eis que ainda não foi efetuada a partilha, mormente diante da controvérsia acerca da observância, pela testadora, da parte legítima, na forma do disposto no artigo 1.857, § 1º do Código Civil. 6- Quanto aos pedidos de condenação do réu ao pagamento de alugueres e demais encargos vencidos e vincendos até a data da desocupação do imóvel, deve-se ressaltar a autora não possui legitimidade para cobrar em nome próprio os frutos de imóvel que integra o espólio. 7- Precedentes do TJRJ. Majoração dos honorários sucumbenciais para o valor de 20% sobre o valor da condenação, na

Incide o princípio de *saisine* quanto ao **domínio**, não quanto à posse, nem quando o legado se constitui de bem certo. A posse é transferida ao legatário pela pessoa que tem a incumbência de executar o legado: o **onerado** (CC 1.934, parágrafo único). Nada explica tratamento diferenciado entre herdeiro legítimo, herdeiro testamentário e legatário. A posse não vai do testador ao legatário, mas do testador ao herdeiro, e do herdeiro ao legatário.⁵

Quando o legado está sujeito à **condição suspensiva**, a transferência não acontece no momento da abertura da sucessão. Só ocorre com o implemento do evento condicional (CC 125). Antes, o legatário tem simples **expectativa de direito**. Frustrada a condição, o legado transfere-se: ao substituto testamentário (CC 1.947); ao fideicomissário (CC 1.951); ou aos herdeiros legítimos (CC 1.788). Quando o testador condiciona o recebimento do legado à entrega de bem de propriedade do legatário a terceiro, é necessário o adimplemento da condição para que ocorra a transmissão (CC 1.913).

Em se tratando de **bem imóvel**, a aquisição não depende de registro imobiliário, ao contrário do que ocorre na transmissão *inter vivos* (CC 1.227). A morte e o testamento juridicamente existente e válido constituem título translativo.⁶ Ainda assim deve o herdeiro levar o formal de partilha a registro. Quando o legado for de **bem móvel**, é desnecessária a tradição para se perfectibilizar a aquisição.

Não explicita a lei o momento da **transferência da posse**. Não indicado algum herdeiro para cumprir o legado, é do inventariante a obrigação de proceder à entrega depois do **trânsito em julgado da sentença de partilha** (CPC 655). Ora, em se tratando de bem determinado, de todo descabido aguardar tal momento. Porém, nada impede que a transferência ocorra anteriormente.

O legatário tem o direito de pedir o legado (CC 1.924) e exigir que ele seja individualizado, tendo preferência no pagamento (CC 2.000). Pode buscar a entrega do bem mesmo antes de iniciado o inventário. Inclusive tem legitimidade para requerer a abertura do inventário (CPC 616 III). Aliás, o próprio testador pode determinar que a posse ocorra de imediato.

forma do artigo 85, § 11, do CPC. 8- Inexistência de omissão, contradição, obscuridade ou dúvida. Recurso com efeito prequestionatório. Embargos não providos. (TJ-RJ – APL: 00308432620148190042/RJ, 3.ª V. Civ., 16.ª Câ. Civ., Rel. Marco Aurélio Bezerra de Melo, j. 03/04/2018, p. 06/04/2018).

5. Luiz Felipe Silveira Difini, Direito de *saisine*, 249.

6. Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Direito Civil, 368.

A partir da abertura da sucessão, ainda que receba a titularidade do legado, o legatário não adquire a **posse direta** (CC 1.923 § 1.º). Mas a ele pertence os **frutos e rendimentos** (CC 1.923 § 2.º), quer se trate de bem certo, quer de bem fungível. Além do bem, transmitem-se os seus **acessórios** e todos os **encargos** que o oneram (CC 1.937). Assim, se o bem se encontra hipotecado, com dívidas, ou gravado com ônus real, a responsabilidade passa a ser do legatário.

No **legado alternativo** a aquisição não se dá de imediato, pois depende da escolha pelo herdeiro (CC 1.932). Não indicando o testador a quem cabe a escolha, a lei determina que seja feita pelo **onerado**: o herdeiro incumbido de cumprir as disposições testamentárias (CC 1.934). Esta expressão levou a doutrina a identificar como tal a pessoa a quem o testador impõe o ônus de dar cumprimento ao legado. De qualquer forma, trata-se de um herdeiro, que não se confunde nem com o testamentário, nem com o inventariante. Recebeu ele tão somente o encargo de cumprir o legado, e não o testamento (que é dever do testamentário), nem de representar o espólio (encargo do inventariante).

Como todo e qualquer herdeiro, o legatário pode **renunciar** ao legado. Não existe **renúncia parcial** (CC 1.808). No entanto, quando o legado for composto de partes autônomas e separáveis, é possível a renúncia a um ou alguns dos objetos legados, o que não infringe a vedação legal. Considera-se que o herdeiro foi contemplado com dois legados.

40.4. MODALIDADES

A depender da natureza do objeto legado, de sua identificação, titularidade e localização, às vezes é difícil identificar a real intenção do autor do testamento. Por isso tenta a lei socorrer o intérprete, na esperança de descobrir a vontade do testador.

40.4.1. De coisa alheia

Claro que o testador só pode legar bens que lhe pertencem, pois ninguém pode dispor de bens alheios. A lei considera **ineficaz** o legado de coisa que não pertence ao testador (CC 1.912). Mas a regra comporta exceções. Quando o testador dispõe de **bens fungíveis**, identificados pelo gênero, o legado precisa ser cumprido mesmo que não exista entre os bens deixados pelo testador (CC 1.915).

O legado não precisa ser de **propriedade** do testador quando da feitura do testamento. Pode ser adquirido depois. A titularidade cabe ser verificada na hora da **abertura da sucessão**, pois só a partir deste momento é que o testamento produz efeitos.

Há uma possibilidade de legar **bem alheio**. É quando o testador determina que o beneficiário entregue bem de sua propriedade ao legatário (CC 1.913). Tal acaba transformando em legado algo que não pertence ao testador, e sim ao herdeiro instituído. Chama-se de **sublegado** o bem que o testador ordena que seja entregue ao **sublegatário**: o legatário do herdeiro instituído.⁷ Há a nomeação de dois herdeiros testamentários, configurando-se verdadeira operação triangular. O testador institui (A) herdeiro ou legatário, deixando-lhe herança ou legado, sob a condição de transferir a (B) um bem de sua propriedade. Com isso (B) adquire a qualidade de legatário, mas sobre bem alheio. Ou seja, (B) é beneficiado com legado de bem que não pertencia ao testador.

Nesta hipótese existem duas figuras: o herdeiro (A), que deve transmitir o seu bem para (B). Assim (A) recebe herança ou legado **modal**, pois precisa cumprir o **encargo** de entregar bem de sua propriedade para (B). Se (A) não cumprir a determinação entende-se que renunciou à herança (CC 1.913). Não é necessário sequer buscar a **revogação** da cláusula testamentária. A revogação decorre do inadimplemento e dispõe de efeito *ex tunc* à data da abertura da sucessão. O legado de (A) é dividido entre os herdeiros legítimos.

Já com relação a (B) – o legatário que foi eleito para receber bem de propriedade de (A) –, o legado está sujeito a **condição suspensiva**. Só vai recebê-lo quando lhe for transmitido por (A), o herdeiro a quem o testador impôs o encargo de lhe entregar um bem seu. Não cumprindo (A) o encargo, (B) perde o legado. Não pode buscar a execução do encargo (CC 553), pois o inadimplemento de (A) afastou (B) da sucessão. Se a herança já estiver em poder de (A), em face da revogação, terá ele que devolver o bem com seus frutos e rendimentos. Tanto o bem como os seus acréscimos são distribuídos entre os **herdeiros legítimos** e não são atribuídos a (B).

O mesmo ocorre quando o testador ordena a um herdeiro testamentário (A) que **adquira** um bem para ser entregue ao legatário (B). Quando é imposto a mais de um herdeiro o dever de adquirir ou transferir bem ao legatário (B), se um deles cumprir a determinação, tem o **direito de regresso** contra os demais herdeiros instituídos para reembolsar-se do que

7. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 304.

despendeu para adquirir o bem que entregou a (B), salvo se o contrário expressamente dispuser o testador (CC 1.935).

40.4.2. De bens fungíveis

O legado instituído sobre bens fungíveis, ou seja, determinados pelo **gênero, espécie ou qualidade**, precisa ser cumprido mesmo que o bem **não exista** no patrimônio deixado pelo testador (CC 1.915). O princípio é que as coisas identificadas pelo gênero nunca perecem.⁸ Cabe ao onerado ou aos herdeiros adquirirem o objeto do legado para ser entregue ao legatário.

Quando os bens são **indeterminados**, a prerrogativa da escolha cabe ao **herdeiro** (CC 1.929) ou a terceira pessoa, não ao legatário (CC 1.930). Nada impede que o testador confira ao próprio beneficiário o direito de escolher o legado (CC 1.931).

O testador pode indicar o **herdeiro** a quem cabe o direito de escolha. Falecido o herdeiro indicado para eleger o legado, o encargo passa a seus sucessores (CC 1.933). No entanto, pode o testador indicar **pessoa estranha** à sucessão para escolher o bem a ser entregue ao legatário. Com o falecimento do terceiro, ou caso ele não possa ou não queira exercer o direito de escolha, a prerrogativa não se transfere a seus herdeiros. Cabe ao **juiz** decidir (CC 1.930).

A escolha feita pelo herdeiro ou por terceiro deve guardar o meio-termo: não deve ser nem da melhor e nem da pior qualidade (CC 1.929). Assegurada ao legatário tal prerrogativa, ele pode escolher a melhor coisa do gênero determinado que houver na herança. Se não existir o bem, cabe ao herdeiro dar-lhe outro congênere (CC 1.931).

Mesmo que se trate de legado de bens fungíveis, se os bens integram o patrimônio do *de cujus*, o legado é de coisa certa, e o legatário tem direito aos **frutos e rendimentos** desde a abertura da sucessão (CC 1.923 § 2.º).

40.4.3. De coisa singularizada

Quando o testador deixa bem de sua propriedade devidamente **identificado**, chama-se de legado de bem singularizado, certo e individualizado. Só vale se o legado integrar o patrimônio do testador quando de sua morte. Caso não o tenha quando da lavratura do testamento, mas o adquira depois,

8. Sílvia Venosa, Direito civil, v. 7, 267.

o legado permanece. Existindo somente em parte o bem, só **parcialmente** subsiste o legado (CC 1.916). Se não mais existir, não há legado, mesmo que haja outro bem semelhante ou da mesma natureza.

Na hipótese de o testador identificar o objeto pelo **gênero** e não pelas suas unidades, o legado abrange toda a **universalidade** de bens existentes. Muda por completo a natureza do legado identificado pela **quantidade**, a depender do uso do adjetivo “meu”. Assim, se o testador disser: “deixo 40 das ‘minhas’ ovelhas a (A)”, o legado só é eficaz se o testador, ao morrer, tiver esses animais. Se não tiver, o legado caduca. Se o número for menor, o legatário recebe somente as que existirem. Porém se o testador disser: “deixo 40 ovelhas a (A)”, não precisa ser proprietário de nenhum animal. O legado vale e o encarregado de cumprir o testamento terá de adquirir os animais para entregar ao legatário (CC 1.915).

Se o testador se desfizer do bem, ocorre a **revogação** do legado (CC 1.939 II). Mas, se a alienação for parcial, é só parcial a revogação. Caso o testador, depois de instituir o legado, transferir ao legatário o bem, a título gratuito ou oneroso, não há falar em legado.⁹ A instituição perde a eficácia. Isso porque, se vendeu ao legatário, tal demonstra que não tinha mais interesse em legar, em fazer a liberalidade.¹⁰

40.4.4. De bens localizados

Pode o testador identificar o legado somente pelo **local** onde se encontra. Vale se o bem for encontrado no lugar indicado (CC 1.917). Se lá não estiver quando da abertura da sucessão, o legado cai. Prevalece, no entanto, se a remoção ocorreu a título **transitório**. Esta limitação não se justifica se o objeto legado pode ser identificado independentemente da natureza temporária ou definitiva do lugar onde se encontre. Da mesma forma, se a remoção foi levada a efeito dolosamente por terceiros, o legado vale.¹¹ Dizendo o testador: “deixo o meu cavalo reprodutor de nome Garanhão, que se encontra na fazenda de Santiago”, se o animal estiver em outro local, nem por isso o legado perde a eficácia. No entanto, se disser: “deixo as 100 sacas de arroz que se encontram na Fazenda de Santiago”, se lá não estiverem quando do falecimento do testador, não é possível entregar o arroz que se

9. Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito Civil*, 354.

10. Sílvio Venosa, *Direito Civil*, v. 7, 269.

11. Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro*, v. 6, 307.

encontra em outra fazenda. No entanto, se o produto foi removido para uma cooperativa para não perecer, o legado se mantém.

40.5. ESPÉCIES

Como o patrimônio de alguém pode ser composto de várias espécies de bens e direitos, há a possibilidade de seu titular transferi-los a título de legado por meio de testamento. Praticamente tudo pode ser objeto de legado. Por isso o cansativo detalhamento a que chega a lei, visando adivinhar a real intenção do testador (CC 1.899).

40.5.1. De imóvel

A transmissão da propriedade dos bens imóveis por ato *inter vivos* ocorre mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis (CC 1.245). Na transmissão *causa mortis* a alteração da titularidade se dá no momento da **abertura da sucessão**. O legatário adquire neste momento a titularidade dominial do bem, mas não a posse direta (CC 1.923 § 1.º).

O bem imóvel objeto de legado se transfere ao legatário no estado em que encontrava quando da **elaboração do testamento**. Acréscimos posteriores, ainda que em área contígua, não se compreendem no legado (CC 1.922). Esta assertiva da lei merece temperamentos. Como bem alerta Zeno Veloso, na interpretação da vontade do testador o bom senso e a lógica podem determinar outra solução. Traz como exemplo a aquisição do terreno limítrofe e a construção de piscina e salão de festas, que se inserem na unidade jurídico-econômica da casa, formando um conjunto. Não têm sentido, valia ou serventia separados. Nesse caso, transparece inequívoca a intenção do testador de incluir as novas aquisições no imóvel legado.¹² Já Sílvio Venosa sustenta que a ideia é de que o bem seja entregue tal como se ache quando da **morte do testador**. Diz que o melhor espírito do art. 1.922 é que, se o testador deixa a alguém um terreno e depois constrói sobre ele, desejou que este acessório se inserisse no legado.¹³

De qualquer modo, as **benfeitorias** necessárias, úteis ou voluptuárias (CC 96) realizadas **posteriormente ao testamento** se incorporam ao imóvel (CC 1.922 parágrafo único). Como bens reciprocamente considerados (CC 92 a 97), presumem-se legados junto com o principal (CC 1.937). O

12. Zeno Veloso, Novo Código Civil comentado, 243.

13. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 270.

mesmo ocorre com as **acessões** e **construções** levadas a efeito depois da confecção do testamento, mas antes da abertura da sucessão. Seguem as regras do direito das coisas (CC 1.248 a 1.259). Pertencem ao legatário, não havendo obrigação de indenizá-las.

No entanto, se a construção ou plantação **superou** em muito o valor do solo objeto do legado, ocorre o que se chama de **acessão invertida** (CC 1.255 parágrafo único). No caso de o acessório da acessão ter mais valia do que o bem objeto do legado, caduca a liberalidade.¹⁴ Por exemplo, quando o testador legar um terreno a favor de alguém e depois construir sobre ele um edifício de muitos andares. Não dá para atribuir ao legatário o imóvel construído. Não é crível que o testador, ao erguer a construção, tivesse a intenção de incluir o prédio na liberalidade. De qualquer modo, mesmo que ao legatário não seja deferido o prédio, deve ser indenizado pelo **valor do terreno**.

Realizadas benfeitorias, melhoramentos ou acréscimos ao bem objeto do testamento **depois da abertura da sucessão**, o legatário tem o dever indenizar quem as realizou de boa-fé.¹⁵

40.5.2. De direitos reais

Não só bens podem ser deixados por testamento. Como a propriedade admite desdobramento em posse, uso, habitação etc., também os direitos reais sobre bens móveis ou imóveis, materiais ou imateriais podem ser legados. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor de seus bens (CC 1.228) e de transferir o domínio a uma pessoa: o **nu-proprietário**; e o uso ou a posse a outra: o **usufrutuário**. No caso, há a instituição de **dois legatários**. Se o legado foi somente do usufruto, não sendo contemplado ninguém com a nua-propriedade, resta esta em favor dos herdeiros legítimos. O mesmo ocorre quanto aos outros direitos reais limitados.

Aplica-se ao legado de **usufruto** todas as regras que disciplinam o instituto (CC 1.390 a 1.411). O usufruto não restringe o direito de **propriedade**, mas a **posse direta**, que é deferida a outrem, que desfruta do bem alheio, retirando-lhe os frutos e utilidades por ele produzidos.¹⁶

14. Zeno Veloso, Novo Código Civil comentado, 245.

15. Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Direito Civil, 366.

16. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 310.

Igualmente pode ser instituído legado de **servidão** (CC 1.378), de **uso** (CC 1.412) e de **habitação** (CC 1.414). É possível o legado de **posse** (CC 1.196), principalmente para efeitos de **usucapião**. É que, para a aquisição da propriedade, o sucessor singular tem a faculdade de unir sua posse à do antecessor (CC 1.207). É o que se chama de *sucessio possessionis*.

O testador pode impor **termo** de vigência ao desdobramento da propriedade. Se não o fizer, tem-se o legado como **vitalício** (CC 1.921). Extingue-se o usufruto com a **morte do usufrutuário**, consolidando-se a propriedade em favor do nu-proprietário. Beneficiada **pessoa jurídica**, o usufruto não pode exceder o prazo de 30 anos (CC 1.410 III). Não se admite usufruto sucessivo. O usufrutuário não pode legar o direito de usufruto. Somente pode **ceder**, por ato *inter vivos*, a título gratuito ou oneroso, e por prazo certo.

40.5.3. De material genético

Desde que surgiu a possibilidade de armazenamento de material genético para fins **reprodutivos** (espermatozoides, óvulos e embriões), passou a se questionar a possibilidade de ser legado por testamento. Para isso é necessário identificar se é bem alvo de propriedade e pertencente ao seu proprietário. Caso positivo, poderia ser legado por testamento. E, no silêncio do titular, pertenceria ao espólio, sendo atribuído aos herdeiros.

A discussão passa pela tormentosa questão de serem ou não os embriões seres humanos e, como tal, pessoas não sujeitas à apropriação. O Código Civil nada diz. A Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005 5.º § 3.º) limita-se a proibir qualquer tipo de **comercialização**. Na doutrina há posições para todos os gostos. Uma corrente sustenta que os embriões pré-implantatórios e até o décimo quarto dia a partir da fecundação devem ser considerados *res* – uma coisa ou produto. Outros os consideram uma pessoa *in fieri* ou pessoa virtual.¹⁷ Jurisprudência nacional não há. A justiça francesa reconheceu espermatozoides congelados como um tipo único de propriedade. Nas cortes americanas há decisões considerando que os embriões não são sujeitos a propriedade no sentido ordinário do termo.

A tendência é reconhecer o direito de propriedade sobre embriões.¹⁸

17. Silmara Juny Chinellato, Estatuto jurídico do nascituro, 49.

18. Suzana Stoffel Martins Albano, Reprodução assistida, 80.

40.5.4. Do acervo digital

A era da informação virtual permitiu a constituição de um acervo digital, patrimônio intangível que pode ser objeto de legado.

Tanto o Google quanto o Facebook autorizam o usuário a indicar um provedor – *legacy contact* – para o gerenciamento das suas contas digitais. Essa instituição pode ser feita por testamento, sendo o provedor indicado como legatário. Quando há instruções sobre o destino das mídias sociais, trata-se de **legado com encargo**.

40.5.5. De crédito

Quando o falecido é titular de algum crédito, pode deixá-lo como legado. Afinal, créditos são bens que integram o patrimônio do seu titular (CC 1.918). Deixados por testamento, ocorre simples transferência de titularidade. Nada mais do que uma **cessão de crédito** (CC 286 a 298). Quem devia ao autor da herança passa a dever ao legatário.

Há divergência doutrinária sobre o momento em que ocorre a transferência. Tal precisão é indispensável para saber a quem pertencem os **juros, correção e rendimentos** devidos antes da abertura da sucessão: se ao espólio ou ao legatário. Uma parte da doutrina sustenta que o direito do legatário começa da **morte do credor originário**, e só a partir deste termo é que adquire direito aos acréscimos.¹⁹ No entanto, se a cessão de um crédito abrange todos os seus acessórios (CC 287), o legatário faz jus a tudo o que era devido ao testador, com os seus acréscimos, quer vencidos antes, quer depois da morte do testador.²⁰

Os créditos que podem ser objeto de legado são os existentes à data do **testamento** (CC 1.918 § 2.º). Na hipótese de ocorrer o pagamento da dívida antes da abertura da sucessão, o legado torna-se ineficaz, ou seja, caduca.

O fato de o testador ter proposto ação judicial buscando a **cobrança** do débito não tem o condão de revogar tacitamente a disposição testamentária. Só o pagamento faz desaparecer o crédito.

O legado se cumpre mediante a entrega do **título de crédito** ao legatário. A este cabe cobrar a dívida.

19. Neste sentido: Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 421; e Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro*, v. 6, 308.

20. Neste sentido: Orozimbo Nonato, *Estudos sobre sucessão testamentária*, v. 2, 124.

40.5.6. De quitação de dívida

Legado de quitação de dívida ou de remissão de dívida é quando o testador, que tem um crédito junto a alguém, designa esse como legatário, dando assim a dívida por paga (CC 1.918). Lega ao seu devedor o crédito que dispunha junto a ele. Ao fim, é nada mais do que o **perdão por meio de testamento**. Portanto, se o falecido quiser dispensar o devedor do pagamento, basta instituir em favor dele legado da dívida. Com isso extingue-se o débito do devedor para com o falecido. O cumprimento da disposição testamentária ocorre mediante a **entrega do título de crédito** ao devedor-legatário.

O legado diz com a dívida existente na data da **confecção do testamento** (CC 1.918 § 2.º). No entanto, se o legatário nada deve ao testador, caduca o legado. De outro lado, se o devedor pagou parte do débito, há mera **redução** do saldo remanescente, não havendo direito à restituição.²¹ Isso se o pagamento foi feito antes do falecimento do testador. Caso feito o pagamento, sem saber o legatário da disposição testamentária, ele não tem direito a ser reembolsado do que pagou. Só tem direito à devolução das parcelas pagas depois da abertura da sucessão.

Não dispõe de maior significado o testador deixar como legado ao seu credor o débito que tem junto a ele. É que seus bens respondem por suas dívidas e devem ser quitadas pelos sucessores. Aliás, o pagamento é levado a efeito com os bens que integram o acervo sucessório. A vantagem de o devedor legar ao credor o valor do crédito é liberá-lo de habilitar-se no inventário.

No caso de o crédito do testador ultrapassar a **parte disponível** dos seus bens, cabe reduzi-lo, ou seja, considerar perdoada a dívida somente até o montante que o *de cujus* podia dispor. O efeito da **quitação** vale a partir da morte do credor. Abrange a totalidade do débito existente até tal data. Nem os acréscimos devidos desde o vencimento da dívida precisam ser pagos. Desimporta se a dívida venceu antes ou depois da elaboração do testamento. A quitação compreende o débito e todos os encargos existentes.

40.5.7. De dívida

O testador pode **condicionar** o recebimento do legado, contanto que o legatário proceda ao pagamento de dívida do próprio testador ou de terceira pessoa. É o que a doutrina chama de legado de débito ou de dívida: a determinação de que o legatário quite um débito como **condição**

21. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 197.

ao recebimento do legado. Não se trata de legado de dinheiro, em que há coincidência de valores. Instituído o legado do débito, cumpre-se a determinação de última vontade mediante a quitação da dívida, com seus encargos a partir do respectivo vencimento. O cumprimento do encargo só é exigível se o legatário recebeu bens para tanto.²² O não pagamento configura **renúncia** ao legado (CC 1.913).

Contemplar o credor com o montante do débito se justifica caso a dívida já esteja prescrita, pois importa em **renúncia à prescrição** (CC 191). Ou seja, em face da prescrição, a dívida não era mais exigível. O credor não mais poderia cobrá-la nem do testador, nem de seus herdeiros. Mas, no momento em que o devedor lega ao seu credor o valor do débito, significa que abriu mão da prescrição, que assumiu o encargo de pagá-la. Não se trata de mero legado desvinculado da obrigação. Devem ser pagos todos os encargos incidentes desde o vencimento da dívida.

Existe o que se chama de **legado de dívida fictícia**. Não há dívida, mas o legado é válido mesmo que a dívida não exista.²³ O legado deve ser cumprido, o pagamento deve ser feito, o que equivale a legado puro e simples, a ser atendido com a parte disponível da herança.²⁴

De forma para lá de injustificável, a lei não admite **compensação** entre o débito do testador e o legado por ele deixado em favor do credor (CC 1.919). A compensação só é admitida se expressamente prevista. Assim, se o autor da herança tinha uma dívida para com alguém e deixar em seu favor legado, ainda que no valor do débito, tal não configura pagamento. O legatário recebe o legado e pode habilitar-se no inventário para cobrar a dívida. Diz Arnaldo Rizzardo que não há como presumir a compensação, porquanto esta, por sua natureza, constitui um **negócio contratual**, só valendo como pagamento quando as partes convencionarem, tendo capacidade e agindo consensualmente.²⁵

40.5.8. De dinheiro

Ninguém duvida que o dinheiro é bem **fungível** por excelência. Mas muito se discute sobre a natureza do legado de dinheiro, se fungível ou infungível. Trata-se de distinção fundamental quando é nomeado mais de um

22. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 422.

23. *Idem*, *ibidem*.

24. Sílvio Venosa, *Direito Civil*, v. 7, 273.

25. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 423.

beneficiário concomitantemente. Deixada certa importância em dinheiro **a mais de uma pessoa em conjunto**, se um dos beneficiados **renunciar**, for deserdado ou declarado indigno, sua fração do numerário retorna ao acervo sucessório para ser distribuída entre os herdeiros legítimos. Não dá para invocar a regra legal que admite o **direito de acrescer** do legado de coisa certa e determinada (CC 1.942).

O legado de dinheiro é exigível desde a abertura da sucessão. A partir desta data os rendimentos pertencem ao legatário, pois correspondem ao conceito de **fruto** (CC 1.923 § 2.º). Nada justifica condicionar o pagamento ao trânsito em julgado da sentença da partilha (CPC 655). De qualquer modo, enquanto não entregue o numerário, não há mora.

Deste modo, é desnecessária a expedição de **formal de partilha**. Encontrando-se o dinheiro depositado judicialmente, basta a expedição de **alvará**. Se estiver em mãos do inventariante, a ele cabe proceder ao pagamento. Por sua omissão, responde por perdas e danos, mais juros, atualização monetária e honorários de advogado (CC 389).

Não atendendo o herdeiro ao dever de proceder à entrega do dinheiro, os encargos pelo inadimplemento são de responsabilidade exclusiva dele. Não é possível onerar o espólio ou os demais herdeiros.²⁶

40.5.9. De renda vitalícia ou pensão periódica

Como todas as disposições testamentárias, também o legado de renda vitalícia ou de pensão periódica é devido desde a **abertura da sucessão** (CC 1.926).

Nem sempre o legado de renda tem **caráter alimentar**. Trata-se de legado instituído sobre uma **fonte de renda**, cujos ganhos e dividendos devem ser alcançados periodicamente ao legatário. Assim é: o aluguel de algum imóvel, rendimento de aplicação financeira ou participação acionária em empresas.²⁷ É da responsabilidade dos herdeiros manterem **ativa** a fonte de renda para assegurar o adimplemento do legado.

Em face da natureza da obrigação, é descabido aguardar a ultimação do inventário para que tenha início o pagamento.

26. Idem, 430.

27. Idem, 429.

É exigível o pagamento de cada parcela após o término de cada período (CC 1.928). Vencimento antecipado existe somente no **encargo de alimentos** (CC 1.928 parágrafo único).

Mesmo depois da partilha persiste o encargo, que passa à responsabilidade dos herdeiros. No entanto, o adimplemento não pode comprometer a **legítima** dos herdeiros necessários, nem ultrapassar a parte **disponível** da herança.

40.5.10 Em prestações periódicas

Nada mais é do que legado de determinada importância em dinheiro a ser pago de forma **parcelada**, em prestações periódicas. Não se confunde com legado de renda vitalícia, de pensão periódica (CC 1.926) e nem com o legado de alimentos (CC 1.920).

A **renda vitalícia** perdura durante toda a vida do beneficiário e a prestação periódica persiste até a quitação do legado.

Ao contrário do que ocorre com o legado de **alimentos**, a prestação vence após o decurso de cada período, cujo termo inicial conta da data da morte do testador (CC 1.928 parágrafo único).

Falecido o legatário antes de vencido o prazo de pagamento, não se extingue o legado. O **crédito** correspondente às prestações faltantes passa aos sucessores do legatário. O fato de o pagamento ser em prestações não transforma a natureza do legado: continua sendo do valor integral, ainda que o pagamento seja parcelado (CC 1.927).

40.5.11 De alimentos

É possível a instituição de legado de alimentos, mesmo não existindo obrigação alimentar. O testador pode beneficiar alguém ainda que não tenha nenhum vínculo obrigacional para com o legatário. Pode estabelecer o **valor** das prestações. Caso não o faça, aponta a lei os itens que o legado deve cobrir (CC 1.920): sustento, cura, vestuário e casa. Se o beneficiário for criança ou adolescente, também compreende os custos da **educação**. As expressões não podem ser mais inadequadas, mas ao menos sinalizam que os alimentos precisam atender às necessidades básicas. De qualquer modo, sua quantificação não está sujeita ao parâmetro possibilidade-necessidade que rege a fixação do encargo alimentar decorrente do poder familiar ou do dever de mútua assistência (CC 1.694 § 1.º).

Entre os dispositivos que regem o legado de alimentos há um dos mais salutares e que urge ser contrabandeado para o direito das famílias. Nem o Código Civil, nem a Lei de Alimentos (L 5.478/1968) indicam o momento da **exigibilidade** da obrigação alimentar, tendo a jurisprudência o entendimento predominante de que o pagamento deve ocorrer depois de vencido o período de 30 dias. Muito mais coerente a regra em sede de legado de alimentos. As prestações deixadas a título de alimentos devem ser pagas no **começo de cada período** (CC 1.928 parágrafo único). A razão é por demais óbvia. Como é verba para garantir a subsistência, nada justifica que o pagamento ocorra depois de vencido um mês. Afinal, ninguém resiste tanto tempo sem comer!

O legado de alimentos é **impenhorável, inalienável e intransmissível**. Ainda que a lei consagre a transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos (CC 1.700), tal não se aplica ao legado de alimentos. Isso porque não existe “obrigação alimentar”, mas simples ato de liberalidade. Nada dizendo o testador, o legado persiste enquanto o legatário viver. Mas nada impede que seja estabelecido um **termo final**. Por exemplo, pode o testador instituir o encargo até que o beneficiário atinja determinada idade ou conclua os estudos. Como o encargo deve ser pago dentro das forças da herança e no limite da parte disponível, exaurido o numerário, se extingue o legado e cessa a obrigação pelo pagamento. Daí a vantagem de serem reservados bens cujos rendimentos alcancem a finalidade de suprir as necessidades do legatário.

Parte da doutrina sustenta que, se o beneficiário tem plenas condições de subsistência, o legado de alimentos deve ser considerado como concessão genérica de renda.²⁸ Mas esta transformação da natureza do legado não está na lei. O fato de o legatário não precisar de alimentos, ou cessar a sua necessidade, não leva à extinção do direito. Nenhuma mudança na vida do beneficiário – para melhor ou para pior – autoriza qualquer alteração, pois os alimentos decorrentes do direito sucessório são inalteráveis.²⁹

Os alimentos são devidos desde a morte do testador. Ainda que, em geral, os pagamentos dos legados sejam feitos depois da partilha, pela natureza do encargo, o adimplemento deve iniciar-se tão logo o inventariante **preste compromisso**. Nada justifica aguardar a últimação do inventário.

Só pode ser beneficiado com legado de alimentos quem tem **legitimidade** para ser herdeiro testamentário. Mas existe divergência

28. Neste sentido: Orlando Gomes, *Sucessões*, 186; e Sílvio Venosa, *Direito Civil*, v. 7, 271.

29. Sérgio Gilberto Porto, *Doutrina e prática dos alimentos*, 43.

doutrinária. Há quem sustente que as restrições legais (CC 1.801) não prevalecem quando o legado é de alimentos, sob o fundamento do caráter de subsistência do direito à vida.³⁰ Porém, não há como excepcionar o que a lei não excepciona.³¹ É descabido admitir que o testador possa instituir legado de alimentos em favor, por exemplo, do filho de quem redigiu o testamento.

O cumprimento do encargo cabe ao **onerado**. Omitindo-se o testador em indicar quem cumpre executá-lo, o adimplemento deve ser feito pelos herdeiros legítimos contemplados com a herança, na proporção do respectivo quinhão. O encargo só se transmite aos herdeiros testamentários caso não existam herdeiros legítimos (CC 1.934). Havendo **testamenteiro**, cabe a ele proceder ao adimplemento do legado (CC 1.980).

O testador pode determinar que o legado seja pago **em dinheiro** ou **in natura**, impondo ao herdeiro que forneça hospedagem, sustento e educação, se o beneficiado for criança ou adolescente (CC 1.701). Caso o testador não especifique o valor do pensionamento nem indique o modo de cumprir o legado, o herdeiro que tiver o dever de cumpri-lo pode escolher: proceder ao pagamento em dinheiro ou *in natura*.

Não indicando o testador o **valor dos alimentos** e não havendo consenso entre o legatário e o herdeiro que tem o encargo de pagar, o *quantum* é fixado pelo juízo do inventário (CC 1.701 parágrafo único), que deve atender ao **princípio da proporcionalidade** (CC 1.694 § 1.º). Existindo questões que exijam prova, o jeito é remeter as partes às **vias ordinárias**. Como não se trata de ação de alimentos, a competência é do juízo do inventário, não se deslocando para as varas da família.

Ainda que não se trate de ato ilícito, admite-se para o adimplemento do legado de alimentos a **constituição de capital** cuja renda assegure o pagamento do encargo (CPC 533). Mesmo que o encargo não decorra de decisão judicial, e sim do testamento, a modalidade de cobrança é a mesma. Havendo inadimplemento, a forma de cobrança obedece ao rito do **cumprimento da sentença** (CPC 523). No entanto, ainda que se trate de crédito de natureza alimentar, não cabe a execução sob o rito de **prisão** (CPC 528). A diversidade da origem do crédito não autoriza tal possibilidade executória.

30. Neste sentido: Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, v. 6, 196; e Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Direito Civil, 363.

31. Sílvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7, 207.

40.6. CADUCIDADE

O testamento é o exemplo clássico do negócio jurídico sujeito a **condição suspensiva**: a morte do testador. Não há qualquer possibilidade de não ocorrer o implemento da condição. Os herdeiros instituídos e os legatários têm mera **expectativa de direito**, que só se constitui quando da abertura da sucessão. Assim, se alguém é nomeado herdeiro por disposição testamentária, adquire o direito à herança somente quando do falecimento do seu autor. Porém, algum fato pode afetar a **eficácia** da disposição testamentária, fazendo o herdeiro deixar de receber o que lhe foi deixado. É o que se chama caducidade, feia expressão que significa **perda da capacidade de produzir efeitos**. A caducidade ocorre quando um obstáculo estranho ao cumprimento do testamento faz com que ele caia por terra, caduque, perca a eficácia.³² A caducidade pertence ao plano da **eficácia**, e não se confunde com a **nulidade**. O vício nulificante acompanha o ato desde o seu nascimento. A caducidade leva à inutilização por motivo **superveniente**.

A ineficácia pode atingir tanto o testamento como as cláusulas testamentárias. Essa distinção não é feita com clareza na lei. É tratada destacadamente a caducidade dos legados (CC 1.939 e 1.940), e as referências à caducidade do próprio testamento são esparsas (CC 1.788, 1.891 e 1.895). Ainda assim não se pode confundir **caducidade do testamento e caducidade de alguma de suas cláusulas**. Ambas atingem o plano da eficácia. Enquanto a caducidade do testamento contamina todo o seu conteúdo, a caducidade de uma ou mais cláusulas testamentárias não afeta outras disposições.

Apesar de a lei falar em caducidade do **legado** (CC 1.939 e 1.940), algumas das hipóteses aplicam-se igualmente à **sucessão testamentária**. O fato de ser deixado por testamento um bem determinado ou uma fração da herança não tem significado maior. Assim, onde se lê “legado”, leia-se “herança”, pois as referências ao legatário, no mais das vezes, podem dizer com os herdeiros testamentários.

Elenca a lei cinco causas de caducidade do legado, mas as duas últimas dizem também com a caducidade da herança (CC 1.939):

I – se, depois do testamento, o testador modificar a coisa legada, ao ponto de já não ter a forma nem lhe caber a denominação que possuía – Se o testador, depois de instituir o legado, o altera substancialmente, o legado desaparece. É o que ocorre, por exemplo, se o testador deixa em

32. Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito Civil*, 372.

favor de alguém as madeiras armazenadas em determinado lugar e depois ele mesmo constrói uma casa com o material. O legatário não faz jus à casa construída com a madeira que lhe havia sido destinada. Na hipótese de o legado ser da casa de madeira situada em lugar determinado, e o testador, depois disso, põe a casa abaixo e constrói outra de material diverso, subsiste o legado. A referência ao material de construção não diz com a forma do objeto, nem altera sua denominação. Continua sendo uma casa no lugar indicado. Também persiste o legado se a modificação não decorreu da vontade do testador. O mesmo acontece, por exemplo, se a casa incendiar. O legatário continua fazendo jus ao legado. Os herdeiros terão de construir outra.

II – se o testador, por qualquer título, alienar no todo ou em parte a coisa legada; nesse caso, caducará até onde ela deixou de pertencer ao testador – A transferência a título gratuito ou oneroso do bem legado ou de parte dele significa que o testador **desistiu** de contemplar o legatário. Cabe uma distinção que depende da natureza do bem legado. Caso o legado seja de bem **infungível**, na hipótese de o testador o alienar e depois adquirir novamente o mesmo bem, subsiste o legado. Ou seja, se o testador recomprar a casa que havia deixado em testamento, o legatário merece recebê-la. Porém, se o bem for **fungível**, mais uma distinção se impõe: legada madeira armazenada em determinado lugar, sua venda após o testamento faz o legado caducar. Mesmo que o testador compre mais madeira, mas a coloque em outro lugar, o legado não subsiste. Mas se a madeira adquirida for colocada exatamente no local indicado no testamento, não há caducidade. Cabe figurar mais uma hipótese. Vendido pelo testador o bem objeto do legado, vindo a ser anulada a alienação, é necessário identificar a **causa da anulação**. Caso a venda tenha sido desfeita por **vício de vontade** ou **incapacidade** do alienante, o legado se mantém. Porém, se a anulação decorreu de vício na **forma** do negócio, o legado não mais subsiste, pois a intenção do testador era transferir o bem e excluir o legado, o que só não se concretizou por circunstância alheia à sua vontade.

III – se a coisa perecer ou for evicta, vivo ou morto o testador, sem culpa do herdeiro ou legatário incumbido do seu cumprimento – A perda do objeto legado antes ou depois da morte do testador, por fato alheio à sua vontade, faz o legado caducar. Assim, se o animal que foi legado morrer, ou se o testador perder a casa deixada ao legatário em virtude de decisão judicial – fenômeno que se chama de **evicção** (CC 447 a 457) –, não há mais legado. Porém, se o herdeiro ou o **onerado** (a pessoa indicada para cumprir o testamento) tiver responsabilidade pela perda, o legado subsiste. Claro

que neste caso, como o bem se perdeu, terá o responsável de, ou comprar outro para substituir o perdido, ou pagar perdas e danos.

IV – se o legatário for excluído da sucessão, nos termos do art. 1.815 – A referência é à **indignidade** e diz tanto com o legatário como com o herdeiro testamentário. O beneficiado por testamento que ofender a integridade física ou psíquica do testador, de seu cônjuge ou companheiro, de seus ascendentes ou descendentes, perde o direito à herança. Declarada por sentença a indignidade, a disposição caduca, e o bem retorna ao acervo sucessório (CC 1.788). Ainda que sejam pessoais os efeitos da exclusão (CC 1.816), em sede de sucessão testamentária não há **direito de representação**. Os descendentes do herdeiro testamentário declarado indigno não recebem a herança em nome do excluído.

V – se o legatário falecer antes do testador – O legatário ou o herdeiro testamentário, tanto faz. É o fenômeno que se denomina **premoriência**: a morte do herdeiro antes do autor da herança. A caducidade decorre do fato de não existir **direito de representação** na sucessão testamentária. Assim, se o pré-morto é herdeiro legítimo, seus descendentes o representam na sucessão, recebem a herança em seu lugar. Os filhos recebem a herança do pai que faleceu antes do avô. Tal fato ocorre somente na sucessão legítima, não na sucessão testamentária. O direito do herdeiro escolhido pelo testador é **personalíssimo**, não se transfere aos seus descendentes. Falecido o legatário ou o herdeiro testamentário, o direito à herança caduca. O bem retorna ao acervo hereditário para ser dividido entre os herdeiros legítimos por **direito de acrescer** (CC 1.788).

Outro dispositivo que trata da caducidade traz duas previsões que, de tão óbvias, até seriam dispensáveis (CC 1.940): se o legado for de duas ou mais coisas **alternativamente**, e alguma delas perece, subsiste quanto às restantes; perecendo parte de uma, vale o legado remanescente. Trata-se de **legado alternativo** (CC 1.932). É quando diz o testador: “deixo para (A) uma vaca ou um cavalo”. Se um dos animais morreu antes do testador, persiste o direito do legatário sobre o animal que sobreviveu. E se ele disse: “deixo para (A) 5 vacas de minha propriedade”, e uma ou mais morreram, o direito sobre as sobreviventes permanece. A hipótese abriga somente o legado de **coisa certa**. Sendo fungível o bem legado, o perecimento não limita nem exclui o direito do legatário. Assim, se o testador diz: “deixo 5 vacas a (A)”, se morrer alguma, e até se não existir nenhuma, o legado tem de ser cumprido. É necessário que os animais sejam comprados.

Outras hipóteses de caducidade dizem tanto com a **sucessão testamentária** como com o **legado**.

Toda vez que o testador sujeita o recebimento do legado à **condição suspensiva** (fato futuro e incerto), não vindo esta a se verificar, o testamento perde a eficácia, isto é, caduca. Um exemplo é quando o testador elege como herdeiro pessoa que ainda não nasceu e não foi sequer concebida. É o que se chama **filiação eventual**: nomear herdeiro o filho de determinada pessoa que deve nascer dentro do prazo de dois anos, a contar da data da abertura da sucessão (CC 1.799 I). Na hipótese de o herdeiro não ser concebido dentro do prazo, a disposição testamentária perde a eficácia, e os bens que foram reservados a ele cabem aos herdeiros legítimos (CC 1.800 § 4.º).

Prevê a lei duas causas de caducidade no **fideicomisso** (instituição de herdeiros sucessivos): quando o fideicomissário (aquele que recebe a herança em segundo lugar) **morre** (CC 1.958), ou quando ele **renuncia** (CC 1.955). Em ambos os casos consolida-se a propriedade do fiduciário (o que primeiro recebeu a herança). Torna-se ineficaz a nomeação do fideicomissário. A herança não passa aos sucessores do fideicomissário, fica para o fiduciário.

Na **revogação parcial** do testamento é possível a substituição do herdeiro ou legatário (CC 1.970). O testador nomeia um herdeiro (A). Em novo testamento, nomeia em substituição (B). Caso (B) fique fora da sucessão, seja pelo motivo que for (indignidade, incapacidade ou renúncia), persiste o afastamento de (A). Ele não volta à condição de herdeiro pela exclusão de (B), que o substituiu. O legado retorna ao acervo sucessório para ser distribuído entre os herdeiros legítimos (CC 1.788).

Ainda que fale a lei em **caducidade do testamento** (CC 1.971), a declaração de indignidade do herdeiro, o reconhecimento de sua incapacidade ou o fato de renunciar à herança não subtrai a eficácia do testamento. Somente caduca a cláusula testamentária que nomeou o beneficiário. A não ser, é claro, quando a substituição do herdeiro for o único objeto do testamento.

Caio Mário aponta outras causas em que ocorre caducidade de disposições testamentárias: (a) quando o herdeiro é excluído por indignidade; (b) se o herdeiro ou legatário repudiar a herança; (c) se não ocorrer o implemento de condição suspensiva imposta pelo testador; (d) se o nomeado morrer antes do implemento da condição ou do termo; (e) se ocorrer comoriência; e (f) caso aconteça a modificação substancial ou o perecimento da coisa legada por caso fortuito.³³

33. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 347.

40.7. ASPECTOS PROCESSUAIS

Ainda que pertença ao legatário o bem certo que lhe foi legado (CC 1.923), a ele não se transfere de imediato a posse. Porém, nada impede que a **posse** do legado puro e simples ocorra antecipadamente. Nos autos do inventário o legatário tem direito de pedir o legado (CC 1.924) e exigir que seja discriminado desde logo (CC 2.000). Porém, a transferência da **propriedade** somente acontece depois do trânsito em julgado da partilha (CPC 655). O legatário recebe um formal de partilha.

Ultimado o inventário, deixando o inventariante ou o onerado de transmitir ao legatário a posse dos bens recebidos, distintas são as vias judiciais, a depender na natureza do legado. Em se tratando de **bem imóvel**, a posse é buscada por meio de **ação possessória**. Afinal, o legatário é titular não só da propriedade, mas também da posse, ainda que indireta. Composto o legado de dinheiro, de bem móvel ou de coisa fungível, cabe o uso da via expropriatória.

Com o fim do processo do inventário extingue-se o juízo universal e desaparece a figura do inventariante. Todas as demandas precisam ser movidas contra os herdeiros, não mais contra o espólio. Como acabou a força atrativa do juízo do inventário, as ações merecem regular distribuição.

40.8. REFERÊNCIAS LEGAIS

Aos legados é destinado um capítulo do Código Civil, mas disposições sobre a instituição de legatários e o destino dos legados existem em todo o livro das sucessões:

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, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de 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.

Art. 1.808. Não se pode **aceitar ou renunciar** a herança em parte, sob condição ou a termo.

§ 1.º O herdeiro, a quem se testarem legados, pode aceitá-los, renunciando a herança; ou, aceitando-a, repudiá-los.

§ 2.º O herdeiro, chamado, na mesma sucessão, a mais de um quinhão hereditário, sob títulos sucessórios diversos, pode livremente deliberar quanto aos quinhões que aceita e aos que renuncia.

Art. 1.814. São **excluídos da sucessão** os herdeiros ou legatários:

I – que houverem sido autores, coautores 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.

Art. 1.815. A **exclusão** do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença.

§ 1.º O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em 4 (quatro) anos, contados da abertura da sucessão.

§ 2.º Na hipótese do inciso I do art. 1.814, o Ministério Público tem legitimidade para demandar a exclusão do herdeiro ou legatário.

Art. 1.828. O **herdeiro aparente**, que de boa-fé houver pago um legado, não está obrigado a prestar o equivalente ao verdadeiro sucessor, ressalvado a este o direito de proceder contra quem o recebeu.

Art. 1.849. O **herdeiro necessário**, a quem o testador deixar a sua parte disponível, ou algum legado, não perderá o direito à legítima.

Art. 1.897. A nomeação de herdeiro, ou legatário, pode fazer-se **pura** e simplesmente, **sob condição**, para certo fim ou modo, ou por certo motivo.

Art. 1.900. É **nula** a disposição:

I – que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro;

II – que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar;

III – que favoreça a pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro;

IV – que deixe a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado;

V – que favoreça as pessoas a que se referem os arts. 1.801 e 1.802.

Art. 1.901. Valerá a disposição:

I – em favor de pessoa incerta que deva ser determinada por terceiro, dentre duas ou mais pessoas mencionadas pelo testador, ou pertencentes a uma família, ou a um corpo coletivo, ou a um estabelecimento por ele designado;

II – em **remuneração de serviços prestados** ao testador, por ocasião da moléstia de que faleceu, ainda que fique ao arbítrio do herdeiro ou de outrem determinar o valor do legado.

Art. 1.903. O **erro** na designação da pessoa do herdeiro, do legatário, ou da coisa legada anula a disposição, salvo se, pelo contexto do testamento, por outros documentos, ou por fatos inequívocos, se puder identificar a pessoa ou coisa a que o testador queria referir-se.

Art. 1.942. O **direito de acrescer** competirá aos colegatários, quando nomeados conjuntamente a respeito de uma só coisa, determinada e certa, ou quando o objeto do legado não puder ser dividido sem risco de desvalorização.

Art. 1.943. Se um dos coerdeiros ou colegatários, nas condições do artigo antecedente, **morrer** antes do testador; se **renunciar** a herança ou legado, ou destes for **excluído**, e, se a condição sob a qual foi instituído não se verificar, acrescerá o seu quinhão, salvo o direito do substituto, à parte dos coerdeiros ou colegatários conjuntos.

Parágrafo único. Os coerdeiros ou colegatários, aos quais acresceu o quinhão daquele que não quis ou não pôde suceder, ficam sujeitos às obrigações ou encargos que o oneravam.

Art. 1.944. Quando não se efetua o direito de acrescer, transmite-se aos herdeiros legítimos a **quota vaga** do nomeado.

Parágrafo único. Não existindo o direito de acrescer entre os colegatários, a quota do que faltar acresce ao herdeiro ou ao legatário incumbido de satisfazer esse legado, ou a todos os herdeiros, na proporção dos seus quinhões, se o legado se deduziu da herança.

Art. 1.945. Não pode o beneficiário do acréscimo **repudiá-lo** separadamente da herança ou legado que lhe caiba, salvo se o acréscimo comportar encargos especiais impostos pelo testador; nesse caso, uma vez repudiado, reverte o acréscimo para a pessoa a favor de quem os encargos foram instituídos.

Art. 1.946. Legado um só **usufruto** conjuntamente a duas ou mais pessoas, a parte da que faltar acresce aos colegatários.

Parágrafo único. Se não houver conjunção entre os colegatários, ou se, apesar de conjuntos, só lhes foi legada certa parte do usufruto, consolidar-se-ão na propriedade as quotas dos que faltarem, à medida que eles forem faltando.

Art. 1.947. O testador pode **substituir** outra pessoa ao herdeiro ou ao legatário nomeado, para o caso de um ou outro não querer ou não poder aceitar a herança ou o legado, presumindo-se que a substituição foi determinada para as duas alternativas, ainda que o testador só a uma se refira.

Art. 1.950. Se, entre muitos coerdeiros ou legatários de partes desiguais, for estabelecida **substituição recíproca**, a proporção dos quinhões fixada na primeira disposição entender-se-á mantida na segunda; se, com as outras anteriormente nomeadas, for incluída mais alguma pessoa na substituição, o quinhão vago pertencerá em partes iguais aos substitutos.

Art. 1.951. Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao **fiduciário**, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário.

Art. 1.953. O fiduciário tem a **propriedade** da herança ou legado, mas restrita e resolúvel.

Parágrafo único. O fiduciário é obrigado a proceder ao inventário dos bens gravados, e a prestar caução de restituí-los se o exigir o fideicomissário.

Art. 1.954. Salvo disposição em contrário do testador, se o fiduciário **renunciar** a herança ou o legado, defere-se ao fideicomissário o poder de aceitar.

Art. 1.955. O fideicomissário pode renunciar a herança ou o legado, e, neste caso, o fideicomisso **caduca**, deixando de ser resolúvel a propriedade do fiduciário, se não houver disposição contrária do testador.

Art. 1.956. Se o fideicomissário aceitar a herança ou o legado, terá direito à parte que, ao fiduciário, em qualquer tempo **acrescer**.

Art. 1.967. As disposições que **excederem** a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes.

§ 1.º Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do her-

deiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor.

§ 2.º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente.

Art. 1.968. Quando consistir em **prédio divisível** o legado sujeito a redução, far-se-á esta dividindo-o proporcionalmente.

§ 1.º Se não for possível a divisão, e o excesso do legado montar a mais de um quarto do valor do prédio, o legatário deixará inteiro na herança o imóvel legado, ficando com o direito de pedir aos herdeiros o valor que couber na parte disponível; se o excesso não for de mais de um quarto, aos herdeiros fará tornar em dinheiro o legatário, que ficará com o prédio.

§ 2.º Se o legatário for ao mesmo tempo herdeiro necessário, poderá inteirar sua legítima no mesmo **imóvel**, de preferência aos outros, sempre que ela e a parte subsistente do legado lhe absorverem o valor.

Art. 1.977. O testador pode conceder ao testamenteiro a posse e a administração da herança, ou de parte dela, não havendo cônjuge ou herdeiros necessários.

Parágrafo único. Qualquer herdeiro pode requerer **partilha imediata**, ou devolução da herança, habilitando o testamenteiro com os meios necessários para o cumprimento dos legados, ou dando caução de prestá-los.

Art. 1.987. Salvo disposição testamentária em contrário, o **testamenteiro**, que não seja herdeiro ou legatário, terá direito a um prêmio, que, se o testador não o houver fixado, será de um a cinco por cento, arbitrado pelo juiz, sobre a herança líquida, conforme a importância dela e maior ou menor dificuldade na execução do testamento.

(...).

Art. 1.988. O herdeiro ou o legatário nomeado testamenteiro poderá preferir o prêmio à herança ou ao legado.

Art. 1.990. Se o testador tiver distribuído toda a herança em legados, exercerá o testamenteiro as funções de **inventariante**.

Art. 2.000. Os legatários e credores da herança podem exigir que do patrimônio do falecido se discrimine o do herdeiro, e, em concurso com os credores deste, ser-lhes-ão **preferidos no pagamento**.

LEITURA COMPLEMENTAR

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MADALENO, Rolf. Legados e direito de acrescer entre os herdeiros e legatários. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 319-342.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 277-293.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 7.

41

SUBSTITUIÇÕES

Sumário: **41.1.** Pressupostos: **41.1.1.** Substituição e fideicomisso – **41.2.** Legitimidade – **41.3.** Causas – **41.4.** Com encargo – **41.5.** Vulgar – **41.6.** Coletiva – **41.7.** Recíproca – **41.8.** Compendiosa – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.793 § 1.º, 1.941, 1.943, 1.947 a 1.950.

O poder conferido ao autor da herança é de tal ordem que tem ele o direito de escolher **mais de um herdeiro**. Antevendo a hipótese de o herdeiro escolhido morrer antes dele, ou se o mesmo não quiser ou não puder receber a herança, pode o testador nomear outro herdeiro para receber o bem. É o que se chama substituição: instituição subordinada a outra, em que o primeiro herdeiro instituído é denominado de **substituído**, e o segundo, **substituto**.¹ O testador nomeia um herdeiro e – na expressão de Orlando Gomes – um “suplente”.² O substituto é um herdeiro ou legatário em segundo lugar. Só é convocado se o nomeado em primeiro lugar não aceitar a herança ou for excluído da sucessão. O testador escolhe um herdeiro ou um legatário e indica quem deve substituí-lo caso o eleito não possa ou não queira receber o bem que lhe foi deixado. Somente se o herdeiro nomeado abrir mão da herança ou for excluído o bem se transfere para o substituto. Ele aproveita as mesmas vantagens e se sujeita aos mesmos encargos sucessórios do substituído.³

41.1. PRESSUPOSTOS

O instituto da substituição só existe na sucessão testamentária entre **herdeiros testamentários** ou **legatários** e no que diz com a **parte disponí-**

1. Itabaiana de Oliveira, Tratado de Direito das Sucessões, v. 2, 582.

2. Orlando Gomes, Sucessões, 201.

3. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Substituições e fideicomisso, 346.

vel da herança. O testador não pode nomear substituto na **sucessão legítima**. A substituição dos **herdeiros necessários** ocorre segundo a **ordem de vocação hereditária**. Se o herdeiro não quiser a herança ou for excluído, são convocados os substitutos **legais**. Não há espaço para o testador instituir substituição. A não ser, é claro, quando ele nomeia herdeiros testamentários, os herdeiros necessários. Neste caso, somente quanto a parte disponível dá para obedecer o desejo do testador, vigorando a substituição instituída.

A substituição testamentária é **negócio jurídico condicional**, que se aperfeiçoa se e quando implementada a **condição** imposta pelo testador.⁴ Depende de **evento futuro e incerto** (CC 121). Admite a lei disposição **alternativa** submetida a **condição**.⁵ A nomeação de substituto é instituição **subsidiária e condicional**.⁶ Via substituição, o titular evita que seus herdeiros legítimos recebam a herança. E, se ele não tiver herdeiros, impede que seus bens restem como herança vacante. Nomeado herdeiro sem a indicação de substituto, se o herdeiro instituído não puder ou não quiser aceitar o que lhe foi deixado via testamento, a herança vai para os herdeiros legítimos por **direito de acrescer**.

O herdeiro testamentário nomeado fica sujeito a condição suspensiva: ausência do herdeiro instituído em primeiro lugar. O exemplo: (A) nomeia (B) seu herdeiro e, em substituição, (C). Assim, quando da abertura da sucessão, a falta de herdeiro (B) permite a convocação de (C), que recolhe a herança. A indicação do substituto (C) pode ser determinada no mesmo testamento em que houve a escolha do herdeiro (B), ou em momento posterior, por meio de outro testamento que, **sem revogar** o anterior, o complementa. Só não pode ser feita por **codicilo**, que não serve para nomear herdeiros nem em substituição.

O substituto não é herdeiro. Só adquire esta qualidade se o herdeiro instituído repudiar a herança, for afastado ou já tiver morrido. Portanto, não pode renunciar à herança antes de ser chamado à sucessão. Ninguém pode renunciar direito que não tem.⁷

Enquanto não se realizar a condição a que se acha subordinado o seu direito eventual, o substituto não é herdeiro, pois, se o herdeiro aceitar a liberalidade ou não for excluído, não haverá substituição.⁸

4. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código Civil comentado, 1.176.

5. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 294.

6. Clóvis Beviláqua, Código Civil, v. 6, 187.

7. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 303.

8. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 335.

Há três momentos: (1) a instituição da substituição levada a efeito no testamento; (2) a abertura da sucessão; e (3) a abertura da substituição.

A substituição pode ocorrer por ocasião da morte do testador, como no caso de **premoriência**. Ou seja, quando da abertura da sucessão, o herdeiro nomeado em primeiro lugar, já tenha morrido. Também pode acontecer que a causa determinante da substituição ocorra **depois da abertura da sucessão**, pela renúncia ou exclusão do herdeiro por indignidade.⁹ Quer a substituição ocorra de imediato, quer depois, o substituto herda **diretamente** do falecido. A transferência ocorre do testador (A) para o substituto (C). Não passa pelo substituído (B). É que todas as causas que afastam o herdeiro nomeado em primeiro lugar têm efeito *ex tunc*, desde a data da abertura da sucessão. O herdeiro fica excluído como se nunca tivesse sido nomeado. O afastamento tem **efeito retroativo**. Simplesmente (B) não adquire a qualidade de herdeiro. Assim, na substituição, não incide **dupla tributação**. Como a transferência é **única**, há um só **fato gerador** do imposto *causa mortis*.

Cabe trazer as características do instituto elencadas por Guilherme Calmon Nogueira da Gama: (a) a pessoa instituída como substituta deve ter **capacidade** para suceder e não incidir em nenhuma das hipóteses de falta de legitimação; (b) é possível instituir **vários substitutos** a um só herdeiro ou legatário, bem como prever um só substituto para muitos herdeiros ou legatários; (c) a substituição pode ser feita na **mesma cédula** testamentária em que foi prevista a instituição do herdeiro ou legatário, ou em testamento posterior, com a observância dos requisitos de validade; (d) o substituto se sujeita a cumprir o **encargo** ou a condição imposta ao substituído, salvo se o testador previu regra diferente ou tal resultar das circunstâncias (CC 1.949).¹⁰

41.1.1. Substituição e fideicomisso

O capítulo que trata da substituição tem duas seções. Em uma é feita referência a duas modalidades de substituição: a vulgar e a recíproca, bem como a substituição coletiva. Distinta seção trata da substituição fideicomissária. Também é substituição, mas com características próprias. Justifica-se que a substituição fideicomissária disponha de um espaço diferenciado. Ambas são substituições, mas não se confundem. A diferença

9. Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Direito Civil, 380.

10. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Substituições e fideicomisso, 348

mais significativa entre os dois institutos é que **na substituição a herança passa do testador ao substituto**, caso o herdeiro instituído não a aceite ou venha a ser afastado. Em nenhum momento o herdeiro nomeado permanece com a herança na condição de sucessor. Já no fideicomisso **a herança fica por um certo tempo com o primeiro herdeiro e só depois passa ao segundo**.

Há outras diferenças. Como substituto pode ser nomeado **qualquer pessoa**, mas o fideicomisso só pode ser instituído a favor de quem **não estava concebido** quando da abertura da sucessão (CC 1.952). Não há limites na substituição. Pode o testador nomear quantos substitutos quiser, de forma **sucessiva**. Prevendo a possibilidade de também os nomeados recusarem, pode nomear outros em substituição. Ou seja, pode eleger o substituto do substituto, em número ilimitado. A lei não proíbe. Esta vedação só existe no fideicomisso (CC 1.959). E não há como contrabandar para as substituições regra que trata da substituição fideicomissária. É incabível aplicação analógica de **regras restritivas**. A indicação pode ser sucessiva no infinito, e, no momento em que qualquer dos substitutos aceitar, consolida-se a sucessão.¹¹

41.2. LEGITIMIDADE

Como a substituição ocorre em sede de sucessão testamentária, é necessário que os nomeados tenham **legitimidade para herdar**. Os **impedimentos** para herdar estão presentes tanto com relação ao herdeiro instituído, quanto ao substituto. Assim, nenhum dos beneficiários pode ter direta ou indiretamente participado da elaboração do testamento (CC 1.801 e 1.802). Se por qualquer dos motivos legais (B) foi excluído da sucessão, opera-se a substituição em favor de (C). Porém, se o herdeiro substituto (C) renunciar ou for excluído, não há substituição e o bem retorna aos herdeiros legítimos.

Podem ser nomeados tanto como substitutos como substituídos: filiação eventual; pessoa jurídica existente ou a constituir-se em forma de fundação (CC 1.799). Cabe exemplificar. **Filiação eventual** como herdeira: deixo a parte disponível de meus bens aos filhos eventuais de (B) e, se não se concretizar o nascimento, para (C). Filiação eventual como substituta: deixo a parte disponível de meus bens para (B); se ele recusar ou for excluído, nomeio em substituição os eventuais filhos de (C). Também há a

11. Dimas Messias de Carvalho e Dimas Daniel de Carvalho, *Direito das Sucessões*, 164.

possibilidade de a nomeação recair a favor de filhos adotivos e dos que forem fruto de técnicas de reprodução assistida heteróloga.¹²

41.3. CAUSAS

Para ocorrer a substituição, a lei fala em “não querer” ou “não poder”. Na sucessão legítima são coisas diferentes e geram consequências bem diversas, em face do **direito de representação**. A morte do herdeiro antes de aberta a sucessão impõe a convocação dos seus descendentes para o representarem. O mesmo ocorre quando o herdeiro é deserdado ou declarado indigno. Na sucessão testamentária, não. A morte prematura ou a indignidade do herdeiro instituído via testamento simplesmente torna **ineficaz** a liberalidade feita a seu favor. Para usar a expressão da lei, o legado caduca (CC 1.939 IV e V). Não há a convocação de seus sucessores. O bem retorna ao acervo sucessório para ser atribuído aos herdeiros legítimos.

Assim, as expressões “não querer” ou “não poder” não têm qualquer significado em sede de sucessão testamentária. Havendo a indicação de substituto, não importa se o herdeiro já havia morrido, não quis a herança ou foi excluído. Em qualquer desses casos ocorre a substituição. Nem precisa o testador prever se a exclusão do herdeiro é voluntária em face da renúncia, ou houve expulsão coacta, pela declaração de indignidade. Mesmo que faça referência a apenas uma dessas alternativas, o efeito é o mesmo. É convocado o substituto. Diz o testador (A): deixo meu relógio para (B) e, se ele renunciar, para (C). Caso (B) seja excluído por indignidade, o relógio fica para (C). Desimporta a causa que afastou o legatário instituído. Ainda que de forma pouco clara, é o que está dito na lei (CC 1.947). Se o testador pretender que a substituição ocorra somente em uma única hipótese, deve expressamente consignar esta circunstância. Do contrário, a lei presume que se referiu às duas situações.¹³ Voltando ao exemplo. Diz o testador (A): deixo meu relógio para (B) e, somente na hipótese de ele renunciar, ficará para (C). Deste modo, exclusivamente se (B) renunciar o relógio vai para (C). Mas se (B) for excluído por indignidade, o relógio retorna ao acervo sucessório.

Ocorrendo **premortência**, ou seja, no caso de o herdeiro nomeado (B) já ter morrido quando da abertura da sucessão, o substituto (C) é chamado à sucessão. Mesmo que o herdeiro pré-morto (B) tenha **descendentes**, eles

12. Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito Civil*, 383.

13. Sílvio Venosa, *Direito Civil*, v. 7, 302.

não herdam em seu lugar. Não existe **direito de representação** na sucessão testamentária (CC 1.939 V).

A **renúncia** do herdeiro instituído não devolve o quinhão aos herdeiros que integram a ordem de vocação hereditária, como ocorre na sucessão legítima (CC 1.810). Assim, se (B), o primeiro herdeiro nomeado, renunciar, a herança se transfere a (C), o herdeiro instituído em segundo lugar. Na hipótese de o substituto (C) também abrir mão da herança, ou por algum motivo não puder sucedê-lo, o bem retorna ao monte hereditário para ser dividido entre os herdeiros legítimos do *de cujus*. Deste modo, se (B) renunciar, quem herda é (C), e não os herdeiros do testador (A). Somente na hipótese de também (C) renunciar ou ser afastado é que a herança retorna aos herdeiros de (A). Se não houver herdeiros, é recolhida como herança sem dono.

Há também a possibilidade de o herdeiro (B) ser declarado **indigno**. Isso o exclui da sucessão, abrindo espaço para (C) e não para os sucessores de (B). Em todas essas hipóteses, o bem vai direto do testador para o substituto.

Situações outras fazem a herança passar diretamente do testador (A) para o substituto (C): se ocorrer **comoriência** (CC 8.º), ou seja, se no mesmo evento morrer o testador (A) e o herdeiro instituído (B), elimina-se o vínculo sucessório entre eles. Também acontece se (B) for declarado **ausente** ou houver o reconhecimento da **morte presumida**. Igual ocorre na eventualidade de (B) estar **impedido** de herdar, por ter participado do ato de elaboração do testamento (CC 1.801 e 1.802), desencadeia-se a substituição. Em todas essas hipóteses, é (C) quem assume a herança como substituto.

Há situações que levam à **caducidade da substituição**: quando o primeiro herdeiro instituído (B) aceitar a herança; quando falecer o substituto (C) antes do herdeiro nomeado (B); quando (C) renunciar ou for incapaz para suceder (CC 1.801 e 1.802); quando não ocorrer a condição imposta à substituição. Maria Helena Diniz aponta mais uma causa: quando a herança for aceita pelos sucessores de (B), que morreu antes de aceitar a herança.¹⁴

41.4. COM ENCARGO

Ocorrendo a substituição, o substituto toma o lugar do substituído. Faz jus a todas as vantagens, mas também se sujeita aos mesmos ônus. Imposto algum encargo, este se transmite ao substituto. No entanto, pode o testador livrar o substituto do dever que impôs ao primeiro herdeiro

14. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 253.

eleito. Se nada disser, a transmissão do encargo depende da sua natureza. Cabe o exemplo. Diz o testador (A): deixo uma fazenda a (B) para que ele, em 5 anos, construa uma igreja e, se ele não a construir, instituo em substituição (C). Com o legado, vai o encargo que foi imposto, ou seja, (C) precisa construir a igreja, a não ser que o testador o tenha expressamente dispensado do encargo (CC 1.949). No entanto, se a condição é personalíssima, infungível, opera-se a transferência do legado, mas não do encargo. De novo o exemplo. Diz o testador (A): deixo uma fazenda a (B) contanto que ele, no prazo de 2 anos, faça uma escultura de minha mulher. Se ele não a fizer, nomeio em substituição (C). Como (C) nem escultor é, o encargo não se transmite a ele, só a fazenda.

41.5. VULGAR

Sabe-se lá o porquê deste nome, mas é chamada de vulgar a substituição quando o testador indica somente um herdeiro e apenas um substituto para receber a herança, para a hipótese de o nomeado em primeiro lugar não poder ou não querer recebê-la. O nome é substituição vulgar, mas de fato se trata de **substituição simples** ou **direta**. Cuida-se de disposição subsidiária e condicional. **Subsidiária** porque só terá lugar se a disposição principal não produzir efeito. **Condicional** porque a eficácia da instituição fica na dependência de evento futuro e incerto, ou seja, o não recebimento da herança pelo substituto.¹⁵

A substituição só começa a produzir efeitos a partir do momento em que se verificar o evento ao qual se encontra subordinada. Antes do implemento da condição, o substituto não é sucessor para nenhum efeito. Nada recebe. Caso venha a falecer, nada transmite aos seus herdeiros. Somente se e quando se verifica a condição suspensiva, uma das hipóteses legais, é que se aperfeiçoa o negócio jurídico da substituição testamentária.¹⁶

41.6. COLETIVA

O testador pode escolher mais de um herdeiro ou legatário e indicar como substituto uma ou mais pessoas. Também pode nomear um herdeiro e vários substitutos, ou o inverso: vários herdeiros e um único substituto. Também tem a faculdade de instituir a reciprocidade entre eles (CC 1.948).

15. Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, v. 7, 241.

16. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil comentado*, 1.177.

Nomeados vários herdeiros ou vários substitutos, sem ser identificada a **forma da substituição**, todos eles são convocados **simultaneamente** e se tornam **coerdeiros**. Assim, quando (A) nomeia o herdeiro (B) e, na hipótese de ele não receber a herança, institui (C, D e E), todos recebem juntos **partes ideais**. Não há como reconhecer que primeiro o bem vá para (C), no seu impedimento para (D) e, somente se frustradas as duas primeiras substituições, é que a herança irá para (E). A lei não veda tal possibilidade, mas ela precisa ser expressa pelo testador.

Sendo escolhidos vários herdeiros e vários substitutos, com indicação de quem recebe o quê de quem, não há como deferir o quinhão de um ao outro. O que não foi recebido por um dos herdeiros instituídos vai para o substituto. Caso este não aceite, o seu quinhão não passa aos demais herdeiros instituídos. Só o exemplo socorre: (A) nomeia herdeiros (B) e (C), individualizando as frações de cada um deles. Como substituto, indica (D). Na hipótese de algum dos herdeiros nomeados não aceitar ou ser excluído da sucessão, o quinhão passa ao substituto, não ao outro herdeiro instituído. Assim, caso (B) recuse o quinhão, não se transfere para (C). Vai para o substituto (D).

41.7. RECÍPROCA

A lei admite que o testador estabeleça a reciprocidade entre os herdeiros instituídos, mas é necessário que o faça **expressamente**. Se nada disser, a recusa de um dos beneficiários faz com que o seu quinhão retorne à sucessão legítima. Instituída a reciprocidade, a substituição ocorre entre eles (CC 1.948). O exemplo: (A) nomeia herdeiros (B) e (C) e deixa expresso que, se um não puder ou não quiser aceitar a herança, sua quota passa para o outro. Ao fim, nada mais do que a instituição do **direito de acrescer** via testamento. É o que diz Itabaiana de Oliveira: esta substituição, que também é direta, participa da natureza da vulgar e confunde-se com o direito de acrescer.¹⁷

Num mesmo dispositivo legal a lei prevê duas possibilidades de substituição recíproca (CC 1.950). Claro que a compreensão fica difícil. Havendo um mesmo número de herdeiros e de substitutos, com distribuição desigual de quinhões, instituída a substituição recíproca, é obedecida a **proporção** estabelecida. Ou seja, os substitutos vão receber exatamente o mesmo a que faria jus quem substitui.

17. Itabaiana de Oliveira, Tratado de Direito das Sucessões, v. 2, 587.

A hipótese seguinte é mais intrincada. Ocorre quando o testador confere quotas desiguais entre os herdeiros e, além de impor a reciprocidade entre eles, nomeia mais um substituto. Ou seja, além dos herdeiros já nomeados, aparece um estranho que concorre com eles no caso de substituição. Como o estranho não tem quota que possa servir de base, a solução é dividir o **quinhão vago** em partes iguais.¹⁸ De novo o exemplo: (A) nomeia herdeiros (B), (C) e (D), atribuindo-lhes quotas desiguais. Para (B) 30%, para (C) 45 % e para (D) 25%. Prevê que, na falta de um deles, o quinhão caberá aos outros herdeiros nomeados e também a (E). Assim, se (B) renunciar, o seu quinhão fica vago e será dividido igualmente entre (C), (D) e (E). Cada um recolhe 10% como substituto de (B). Assim, (C) recebe 55%, (D) 35% e (E) 10%. É complicado, mas é o que diz a lei (CC 1.950).

41.8. COMPENDIOSA

Alguns autores chamam de substituição compendiosa uma hipótese de substituição **híbrida**. Mais uma expressão feia, mas que vem de “compêndio”, ou seja, um resumo de palavras. É assim apelidada porque, debaixo de um compêndio de palavras, contém em si várias substituições de diferentes naturezas.¹⁹

Tal ocorre quando o testador institui duas substituições: uma fideicomissária e uma vulgar (CC 1.950). O testador indica um substituto ao herdeiro instituído, só para o caso de **premoriência**, ou seja, caso venha ele a falecer antes da abertura da sucessão. Assim, primeiro há a instituição de uma substituição vulgar e, sucessivamente, uma substituição fideicomissária. Pode o testador dizer: deixo minha fazenda para Bruno e, quando de sua morte, passará ao primeiro filho de Daniel. Se Bruno falecer ou renunciar, nomeio em substituição João. Caso Daniel não tenha filhos, ou venha ele a renunciar à herança, nomeio em substituição os filhos que Maria venha a ter. Esta possibilidade não infringe a proibição legal (CC 1.959), pois não é substituição fiduciária de segundo grau. Trata-se de uma **substituição alternativa** e não sucessiva. O substituto do fideicomissário tem posição idêntica à do substituído, pois o substituto indicado ocupa a mesma posição que o substituído.²⁰

18. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 297.

19. Carlos Maximiliano, Direito das Sucessões, v. 3, 57.

20. Giselda Hironaka, in Francisco Cahali e Giselda Hironaka, Direito das Sucessões, 350.

LEITURA COMPLEMENTAR

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: Direito das Sucessões*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 6.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Substituições e fideicomisso. In: HIRO-NAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (co-ords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 343-366.

42

FIDEICOMISSO

Sumário: **42.1.** Características e precisões terminológicas: **42.1.1.** Espécies – **42.2.** Abertura – **42.3.** Beneficiários – **42.4.** Direitos e deveres do fiduciário – **42.5.** Direitos e deveres do fideicomissário – **42.6.** Caducidade: **42.6.1.** Morte do fiduciário antes da abertura da sucessão; **42.6.2.** Morte do fiduciário depois da abertura da sucessão, mas antes do prazo de transferência; **42.6.3.** Morte do fiduciário depois do prazo de transmissão ao fideicomissário; **42.6.4.** Morte do fideicomissário antes do testador; **42.6.5.** Morte do fideicomissário antes do implemento do termo; **42.6.6.** Não nascimento do fideicomissário; **42.6.7.** Perecimento do bem antes da transmissão ao fideicomissário – **42.7.** Renúncia – **42.8.** Nulidade – **42.9.** Distinções: **42.9.1.** Usufruto; **42.9.2.** Substituição vulgar; **42.9.3.** Filiação eventual – **42.10.** Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CC 2.º, 1.359 e 1.360, 1.390 a 1.411, 1.668, 1.898, 1.951 a 1.960; CPC 725 VI; Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos) 167 II 11; Lei 8.245/1991 (Lei do Inquilinato) 7.º.

42.1. CARACTERÍSTICAS E PRECISÕES TERMINOLÓGICAS

A lei confere ao titular de bens o poder de impor a transmissão sucessiva dos mesmos depois de sua morte. Para um mesmo bem, pode-se instituir **dois herdeiros**. Um depois do outro. O herdeiro do herdeiro. Dispõe do mesmo patrimônio duas vezes, direcionando o destino de seus bens, inclusive para depois da morte do herdeiro. A vontade do testador ultrapassa o próprio herdeiro. Esta possibilidade recebe o nome de fideicomisso, modalidade de substituição que tem características próprias, tanto que é tratada em seção distinta do capítulo das substituições.

Fideicomisso vem de *fidus*, confiança. É que, antes, quem recebia a herança com o compromisso de passá-la a outrem tinha somente o dever moral de cumpri-lo. O encargo era imposto na base da confiança. Agora é possível sua execução forçada. Mas a palavra fideicomisso, apesar de horrível, ficou. Com ela, as demais expressões que identificam os seus atores.

Fiduciante¹ ou **fideicomitente** é o testador, o autor da herança, que institui o fideicomisso via testamento.

Fiduciário² ou **gravado** é o herdeiro em primeiro grau. Recebe o bem em caráter **temporário**, sob a condição de transmiti-lo a alguém que nem sequer existe. Adquire a **propriedade resolúvel** do bem.

Fideicomissário³ é o herdeiro de segundo grau, o destinatário final do bem. O testador indica como beneficiário o filho que alguém venha a ter. O testador identifica o pai ou os pais do herdeiro que quer contemplar. Quem nem sequer está concebido torna-se titular de **direito eventual**.

O fideicomisso é instituto típico do direito das sucessões, mas nada impede que seja instituído por ato **inter vivos**, tanto por meio de doação ou por contrato oneroso atípico, que usa apenas o mecanismo básico do instituto original. Só não pode ser instituído sobre universalidade de bens.⁴

O fideicomisso resulta da vontade do fideicomitente (A), que, por meio de testamento, dispõe duas vezes do mesmo bem, em favor de pessoas diversas, para momentos distintos.⁵ Como diz Zeno Veloso, sem dupla vocação sucessória não há fideicomisso.⁶ Apesar da expressão legal “transmitir”, de transmissão não se trata, pois só transmite direitos quem os tem. No dizer de Sílvio Venosa, trata-se de mera passagem automática, uma transmissão anômala de direitos, uma modalidade de *saisine* de bens hereditários.⁷

O testador só pode instituir fideicomisso sobre a **parte disponível** de seus bens, que corresponde à metade do patrimônio de quem tem herdeiros necessários. Na dicção legal (CC 1.845): descendentes, ascendentes ou cônjuge. Não é possível interferir na transmissão da **legítima**, que necessariamente obedece à ordem de vocação hereditária (CC 1.829).

1. Para melhor compreensão é identificado pela letra (A).
2. Nos exemplos é representado pela letra (B).
3. Identificado pela letra (C).
4. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 304.
5. Giselda Hironaka, in Francisco Cahali e Giselda Hironaka, Direito das Sucessões, 347.
6. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 298.
7. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 310.

Sem se conseguir atinar o que ensejou a mudança, o Código Civil de 2002 restringiu a possibilidade de instituir fideicomisso exclusivamente a favor de alguém que não existe e que nem sequer deve ter sido concebido quando da abertura da sucessão. O não senso é total. Não há como alguém prever que, quando de sua morte, o filho de alguém não vai sequer ter sido gerado. Mas é o que diz a lei (CC 1.952): A instituição de fideicomisso somente pode ocorrer a favor de **pessoas não concebidas ao tempo da morte do testador**. Ao menos existe uma exceção: caso tenha nascido o fideicomissário (C) quando da abertura da sucessão, ele recebe a nua-propriedade dos bens que lhe foram destinados, restando ao fiduciário (B) somente o usufruto dos **bens fideicometidos** (CC 1.952 parágrafo único). Este verdadeiro palavrão serve para indicar os bens que passarão de um herdeiro ao outro. O instituto nunca foi muito utilizado, mas a restrição imposta acabou de feri-lo de morte.

Quando da abertura da sucessão, o fiduciário (B) assume a qualidade de **herdeiro** e a **propriedade da herança**, mas em caráter **temporário e restrito** (CC 1.953). Adquire todos os direitos de posse, uso e gozo; só não pode alienar o bem sobre o qual detém **propriedade resolúvel**. A **inalienabilidade** é da natureza do próprio instituto e nem precisa ser prevista pelo testador. No momento em que a lei afirma que a propriedade é restrita e resolúvel (CC 1.953), impondo ao fiduciário (B) a obrigação de transferir a herança ao fideicomissário (C), às claras que ele não pode alienar o bem. Só pode vender se o testador o autorizar, transmitindo-se ao fideicomissário (C) os bens que restarem. Isso configura o que se chama de **fideicomisso residual**, que, no entanto, precisa ser expressamente previsto.

Caso nada diga o testador, o fiduciário (B) não pode se desfazer do bem. Esta não é a posição da doutrina, que confere ao fiduciário o direito de vender o bem, mas assegura ao fideicomissário (C) o direito de **reivindicá-lo**, o que leva à resolução da venda. Ora, se a venda pode ser desfeita, é porque não podia ser feita, sendo inclusive anulável. Tanto o fiduciário não tem o direito de vender o bem que recebeu por herança que é obrigado a arrolá-lo e a prestar caução de restituí-lo (CC 1.953 parágrafo único). De qualquer modo, vendido o bem, se o fideicomisso é **vitalício**, o dever de restituir se extingue com a morte do fiduciário (B) e não se transmite ao eventual adquirente do bem. É do fiduciário (B) ou de seus sucessores o dever de transferir os bens ao fideicomissário (C).⁸

8. Testamento. Substituição fideicomissária. Condições. Conservação do bem e restituição. Reexame de cláusulas testamentárias. [...] 2. Para caracterização do instituto da substituição fideicomissária é preciso a identificação dos seguintes requisitos, a saber: a) caráter eventual; b) que os bens sejam sucessivos; c) capacidade passiva

42.1.1. Espécies

Pode ser instituído fideicomisso sobre tudo o que pode ser objeto de herança ou legado: fração da herança e bens determinados; coisas móveis e imóveis; bens corpóreos e incorpóreos; ações e direitos. Não há discriminação, desde que se encontrem no mundo fático e pertençam ao fideicomitente (A). Neste rol se incluem os legados de crédito, de quitação de dívida etc.⁹

Chama-se de **fideicomisso universal** o instituído sobre toda a herança ou parte ideal dela. É **singular** quando incide sobre legados. Exemplos sempre socorrem. Diz o testador: deixo todos os meus bens a Bruno e, por morte deste, passarão aos filhos de Carlos (fideicomisso universal); lego meu apartamento para Bruno, que passará à prole de Carlos (fideicomisso singular).

Não há vedação a que o testador institua **fideicomisso residual**, assim chamado quando autoriza que o fiduciário aliene os bens adquiridos, impondo a transferência ao fideicomissário somente dos bens remanescentes. A possibilidade insere-se na esfera de vontade do testador.¹⁰

É possível a nomeação de **mais de um fiduciário** (B) ou **mais de um fideicomissário** (C). A renúncia, a morte ou a incapacidade sucessória de qualquer deles leva ao **direito de crescer** do cofiduciário ou cofideicomissário (CC 1.941). Assim, indicadas duas pessoas para receberem em primeiro lugar, institui-se um **condomínio** entre elas. Excluída uma delas, permanece a outra como fiduciário (B). Não se transfere o bem ao fideicomissário (C). Acontece o mesmo quando são nomeados mais de um fideicomissário (C). Excluído um, coacta ou espontaneamente, seu quinhão passa aos demais, não aos seus sucessores.

Também há a possibilidade de o testador nomear **substitutos**, tanto ao fiduciário (B), como ao fideicomissário (C), prevendo a possibilidade de qualquer deles morrer ou renunciar ao legado. Tal recebe o nome de **substituição compendiosa**, um misto de substituição fiduciária e vulgar (CC 1.950).¹¹

do fiduciário e do fideicomissário; c) obrigação de conservar a coisa fideicomissada para, posteriormente, restituí-la ao fideicomissário. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp 757.708/MG, 4.^a T., Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 10/02/2009).

9. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 501.

10. Sílvio Venosa, *Direito Civil*, v. 7, 308.

11. Sucessão testamentária. Fideicomisso. Fideicomissário premoriente. Cláusula do testamento acerca da substituição do fideicomissário. Validade. Compatibilidade entre

No fideicomisso, existem três momentos:

Primeiro – A elaboração do **testamento** em que o autor da herança atribui parte de seus bens ou legado a uma pessoa. Pode instituir a sucessão fideicomissária no mesmo ou em outro testamento, designando quem deve suceder o herdeiro eleito. Necessariamente, só pode escolher o filho de alguém que não nasceu nem foi concebido. Portanto, precisa indicar o genitor ou genitores do herdeiro que quer contemplar.

Segundo – A morte do testador, que enseja a **abertura da sucessão**. O fideicomissário (C) não deve ainda ter nascido nem sido concebido. Quando do seu nascimento ele adquire a nua-propriedade. Persiste o direito do fiduciário (B), herdeiro instituído em primeiro lugar, que passa à condição de usufrutuário. Ou seja, quando nasce o fideicomissário (C), o fiduciário (B) não perde a herança.

Terceiro – A **transmissão definitiva** da titularidade e da posse do fiduciário (B), para o fideicomissário (C). Tal fato ocorre por ocasião da morte do fiduciário ou quando implementado o termo ou a condição impostos no testamento. É o que se chama de abertura dos **bens confitados**.

a instituição fiduciária e a substituição vulgar. Condenação de terceiro afastada. Efeitos naturais da sentença. 1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas pelo tribunal de origem de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões, deve ser rejeitada a alegação de contrariedade do art. 535 do Código de Processo Civil. 2. A sentença não prejudica direitos de pessoa jurídica que não foi citada para integrar a relação processual (CPC, art. 472). Como ato estatal imperativo produz, todavia, efeitos naturais que não pode ser ignorados por terceiros. 3. O recurso de apelação e a ação cautelar são instrumentos processuais distintos e visam a diferentes objetivos. O ajuizamento de ambos para questionar diferentes aspectos do mesmo ato judicial não configura preclusão consumativa a obstar o conhecimento da apelação. 4. De acordo com o art. 1959 do Código Civil, “são nulos os fideicomissos além do segundo grau”. A lei veda a substituição fiduciária além do segundo grau. O fideicomissário, porém, pode ter substituto, que terá posição idêntica a do substituído, pois o que se proíbe é a sequência de fiduciários, não a substituição vulgar do fiduciário ou do fideicomissário. 5. A substituição fideicomissária é compatível com a substituição vulgar e ambas podem ser estipuladas na mesma cláusula testamentária. Dá-se o que a doutrina denomina substituição compendiosa. Assim, é válida a cláusula testamentária pela qual o testador pode dar substituto ao fideicomissário para o caso deste vir a falecer antes do fiduciário ou de se realizar a condição resolutiva, com o que se impede a caducidade do fideicomisso. É o que se depreende do art. 1958 c.c. 1955, parte final, do Código Civil. 6. Recurso especial de Nova Pirajuí Administração S.A. NOPASA a que se dá parcial provimento. 7. Recurso especial de Anita Louise Regina Harley a que se dá parcial provimento. (STJ – REsp: 1221817 PE 2010/0203210-5, 4.^a T, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 10/12/2013, DJe 18/12/2013).

O testador pode escolher o **momento da transferência** da herança de um (B) para o outro (C): uma data ou um acontecimento. Caso nada diga, se tem o fideicomisso como **vitalício**. Pode o testador dizer: deixo minha fazenda para Bruno e, quando ele morrer, deve ser transmitida ao filho de Carlos que vier a nascer. É o mesmo que dizer: deixo minha fazenda para Bruno e instituo fideicomisso em favor do filho de Carlos que vier a nascer. Em ambos os casos, a eficácia do fideicomisso está sujeita à **condição suspensiva: a morte** do fiduciário. Também o testador pode condicionar a sucessão fideicomissária ao implemento de **termo** certo ou incerto, caso em que o **evento resolutivo** pode ocorrer ou não. Trata-se de **termo incerto** se o testador disser: deixo minha fazenda para Bruno e, se ele casar, deve passar para o filho que Carlos vier a ter. Porém, pode impor **termo certo**: deixo minha fazenda para Bruno, que, depois de 10 anos, será transmitida ao filho que Carlos vier a ter.

42.2. ABERTURA

A depender da concepção ou do nascimento do fideicomissário, há que se distinguir três situações:

1. Caso ocorra a abertura da sucessão **antes da concepção** do fideicomissário (C), o fiduciário (B), herdeiro instituído em primeiro lugar, adquire a titularidade da herança. Ele desfruta da qualidade de herdeiro enquanto não ocorrer o nascimento do fideicomissário (C). No entanto, sua titularidade é **resolúvel** (CC 1.359 e 1.953), pois sujeita a **condição resolutiva**: o nascimento do fideicomissário (C), momento em que ele recebe a **nua-propriedade** da herança. Mas nem por isso o fiduciário (B) perde o direito que lhe foi deferido. Altera-se somente a natureza de sua titularidade, pois passa à condição de **usufrutuário**. Mantém a posse enquanto viver ou enquanto não for implementado o termo imposto pelo testador. Via de consequência, a posse de (C) está sujeita à **condição suspensiva**: enquanto (B) viver ou até o advento do termo.
2. Aberta a sucessão quando **já concebido** o fideicomissário (C), o fiduciário (B) adquire a herança. Quando do nascimento com vida do fideicomissário (C), altera-se a natureza de seu direito sobre a herança: o fiduciário (B) passa à condição de usufrutuário. A nua-propriedade consolida-se na pessoa de (C) a partir de seu nascimento. No entanto, enquanto não implementada a condição ou termo, a posse permanece com o fiduciário (B).

3. Na hipótese de **já ter nascido** o beneficiário (C) quando do falecimento do testador, o herdeiro instituído em primeiro lugar (B) não adquire a herança, somente a condição de **usufrutuário**, que preserva até o advento do termo ou da condição resolutória imposta pelo testador (CC 1.952 parágrafo único).

Assim, quando da **abertura da sucessão**, o fiduciário (B) adquire sempre a **posse** da herança que lhe foi deixada pelo testador, mas só detém a propriedade enquanto o fideicomissário (C) não tiver nascido. Quando tal acontecer, altera-se a titularidade da herança. O fideicomissário (C) adquire a **nua-propriedade** quando do seu nascimento, mas seus direitos estão resguardados desde a concepção (CC 2.º).

Ainda que os bens se transmitam sucessivamente do fiduciário (B) ao fideicomissário (C), não existe dupla incidência do **imposto de transmissão**, pois não há dois fatos geradores. Não há previsão legal a justificar a duplicidade.

42.3. BENEFICIÁRIOS

Por meio de testamento, (A) elege dois herdeiros: (B) e alguém para substituí-lo, (C), o filho de (D) que eventualmente vier a nascer. É indispensável que o testador identifique ao menos **um dos genitores** de (C), o herdeiro eleito em substituição. Pode indicar os dois genitores do herdeiro que quer contemplar, caso em que só será beneficiado se for filho de ambos. Se um dos genitores eleitos tiver filho com outra pessoa, não há fideicomisso. A lei não permite a instituição de herdeiro incerto (CC 1.900 II e III).

O primeiro herdeiro instituído é o fiduciário (B), que recebe a herança quando da morte do testador. No entanto, sua propriedade está sujeita à **condição resolutiva**, pois tem o encargo de transmiti-la ao segundo herdeiro instituído. O fideicomissário (C), como segundo herdeiro, somente adquire a herança quando da morte do herdeiro instituído em primeiro lugar, ou quando implementada a condição estipulada para a extinção do direito do fiduciário (B). Portanto, seu direito é de natureza **eventual**, sujeito à **condição suspensiva**.

O fideicomisso só pode ser instituído em favor de quem **não nasceu** e nem sequer foi **concebido** quando da abertura da sucessão (CC 1.952). Ainda que o fideicomissário (C) seja filho eventual, o seu nascimento não está sujeito ao prazo decadencial de **dois anos**, como acontece quando se trata de nomeação pura e simples de herdeiro testamentário (CC 1.800 § 4.º). Ao contrário do que acontece na instituição de herdeiro eventual,

em que os bens ficam em mãos de **curador**, no fideicomisso a propriedade e a posse estão em mãos de herdeiro instituído, o fiduciário (B). Assim, nada justificaria a restrição temporária.

Pode ser eleito como fideicomissário (C) o filho ainda não concebido do fiduciário (B), com o que se quebra a **sucessão legítima**. Basta o testador dizer: deixo meus bens para Bruno e, quando de sua morte, para o seu filho mais velho que vier a nascer. Assim, quando do falecimento do fiduciário (B), seus bens não serão divididos entre os seus descendentes. Ficarão para o filho eleito como fideicomissário (C).

O escolhido não precisa ser filho biológico da pessoa indicada como genitor. Pode ser **adotado** ou fruto de **concepção heteróloga**. O testador pode individualizar o herdeiro e eleger qual filho da pessoa indicada deseje contemplar: o primogênito ou a primeira filha mulher, por exemplo.

Como se está em sede de sucessão testamentária (CC 1.799), nada impede que também o fiduciário (B) possa ser **filho eventual**. Diz o testador: nomeio herdeiro o filho que Bruno vier a ter. Quando ele completar a maioridade, deve transmitir a herança ao filho de Carlos que venha a nascer. Aberta a sucessão antes do nascimento do herdeiro instituído (o filho de Bruno), há a necessidade de nomear-lhe um curador e aguardar dois anos. Caso não venha a ser concebido neste período, transmite-se a herança ao fideicomissário (o filho de Carlos). Se nem ele nascer, **caduca** o fideicomisso e o bem passa aos herdeiros legítimos do testador.

Tanto o fiduciário (B) como o fideicomissário (C) precisam ter **capacidade** de ser herdeiro testamentário (CC 1.801 e 1.802). Se o fiduciário (B) for **incapaz de suceder**, consolida-se a herança em favor do fideicomissário (C), que adquire a propriedade plena. Caso falte capacidade sucessória ao fideicomissário (C), torna-se definitiva a sucessão do fiduciário (B). Nas duas hipóteses, deixa de existir o fideicomisso.

Pode o testador eleger mais de um fiduciário e mais de um fideicomissário. Instituído mais de um beneficiário em conjunto, ocorre entre eles **direito de acrescer**.¹² Apenas depois de cessado o direito de todos os herdeiros fiduciários (B) é que ocorre a transferência ao fideicomissário (CC 1.956). No entanto, expressamente pode ser afastado o **direito de acrescer**. Neste caso, a morte de um dos fiduciários (B) transfere em parte a titularidade ao fideicomissário (C).

12. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 299.

Como o fideicomisso institui **titularidade temporária** em favor do fiduciário (B), os bens assim recebidos são considerados **particulares e excluídos da comunhão**. Da mesma forma, antes de realizada a condição suspensiva, o direito do herdeiro fideicomissário (C) também não se comunica (CC 1.668 II). Desse modo, a instituição do fideicomisso gera verdadeira **incomunicabilidade** de bens, tanto a favor do fiduciário como do fideicomissário, ao menos até a aquisição definitiva da propriedade.

Tanto o fiduciário (B) como o fideicomissário (C) são herdeiros e, portanto, podem ser declarados **indignos**. Com isso, são excluídos da sucessão. Não há falar em **direito de representação**, figura que não existe na sucessão testamentária (CC 1.939 IV). Declarada a indignidade do fiduciário (B), consolida-se a titularidade em favor do fideicomissário (C). Se o fideicomissário (C) for declarado indigno, o fiduciário (B) resta como titular definitivo dos bens. Sustenta Sílvio Venosa que os atos de indignidade cometidos pelo fideicomissário contra o fiduciário também levam à exclusão, ainda que o fiduciário não seja o titular da herança.¹³

A tendência é não admitir a possibilidade de **pessoa jurídica** ser nomeada, quer fiduciário, quer fideicomissário, em virtude de a lei falar em morte desses protagonistas, o que não é da índole da pessoa jurídica.¹⁴ Mas nada justifica excluir a legitimidade da nomeação como fiduciário de fundação, impondo prazo para a transmissão. Apenas o fideicomissário não pode ser pessoa jurídica, pois é expressa a referência a “não concebidos”, e só pessoas humanas são geradas.

42.4. DIREITOS E DEVERES DO FIDUCIÁRIO

Como a propriedade do fiduciário é **restrita e resolúvel** (CC 1.359 e 1.953), a transmissão não é **definitiva**, podendo ele exercer quase todos os direitos inerentes à propriedade. Tem a faculdade de usar e gozar do bem e reavê-lo do poder de quem quer que injustamente o possua ou detenha (CC 1.228). Só não pode dispor dele, pois terá de transferi-lo ao titular seguinte. A partir do nascimento do fideicomissário (C), o fiduciário (B) passa à condição de **usufrutuário** (CC 1.394), mas continua com direito à **posse**, ao **uso** e aos **frutos**. Com o nascimento do fideicomissário (C), a condição se implementa, e ocorre a transferência da titularidade dominial. Esta transmissão, no entanto, não é definitiva. Pois pode o fideicomissário

13. Sílvio Venosa, *Direito Civil*, v. 7, 308.

14. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 486.

(C) não dispor de legitimidade para herdar, vir a falecer antes de (B) ou renunciar. Nesse caso, a nua-propriedade consolida-se definitivamente a favor do fiduciário (B), que se torna titular exclusivo da herança. Para usar a expressão da lei, o fideicomisso caduca (CC 1.958).

Tanto antes, como depois de concebido o fideicomissário (C), o fiduciário (B) preserva a qualidade de herdeiro e mantém a **propriedade** da herança, ainda que em caráter **temporário e restrito** (CC 1.953). O fiduciário não pode alienar o bem sobre o qual detém propriedade resolúvel. A **venda** pode ser desconstituída, pois se trata de venda *a non domino*, ou seja, quem vendeu não era o proprietário. A doutrina é unânime em aceitar a possibilidade de o fiduciário (B) vender o bem sob o fundamento de que se transfere ao adquirente o mesmo ônus de transmitir a herança ao fideicomissário (C). No entanto, ainda que isso seja possível na propriedade resolúvel (CC 1.360), no fideicomisso não o é. Isso porque, quando do nascimento do fideicomissário, muda a natureza da propriedade do fiduciário. De titular do domínio, transforma-se em **usufrutuário**. E o usufrutuário não pode alienar o bem (CC 1.410 VII). Fora disso, o fiduciário tem o dever de arrolar os bens e prestar caução de restituí-los, o que impede que deles disponha. A venda só pode ocorrer com a concordância do fideicomissário (C). Não pode nem mesmo **ceder** os bens recebidos, nem gratuitamente e muito menos onerosamente. Afinal, não é seu titular. E, como não pode vender, às claras que não pode **doá-los, nem aos fideicomissários**.¹⁵ Se o fiduciário (B) não quiser a herança, a única coisa que pode fazer é **renunciar**. Só o fideicomissário (C) pode vender, doar, ceder ou transferir seu direito, mesmo antes de adquirir a plena titularidade. Tal, no entanto, não afeta a condição de usufrutuário de (B).

Enquanto o fiduciário (B) mantém a posse do bem, responde pelos **encargos da herança**. Quando da transmissão ao fideicomissário (C), com os bens vão os **ônus** remanescentes (CC 1.957). Como adverte Zeno Veloso, os encargos são sobre o **acervo sucessório**, herança em sentido amplo. No entanto, os encargos assumidos pelo fiduciário não passam ao

15. Fideicomisso. Autores fiduciários que pretendem a extinção do fideicomisso e transferência antecipada dos bens aos fideicomissários mediante doação. Inadmissibilidade. Fiduciários que detém a propriedade restrita e resolúvel, não podendo dispor sobre os bens. Extinção que somente se dá por renúncia ou superveniência da condição resolutiva. Ação improcedente. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP – APL: 10554406720148260100 SP 1055440-67.2014.8.26.0100, Relator: Alexandre Marcondes, Data de Julgamento: 17/02/2016, 3.ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Alexandre Marcondes, j. 17/02/2016, p. 17/02/2016).

fideicomissário.¹⁶ As despesas de administração, de conservação e reparo, bem como o pagamento de impostos, não ficam sujeitos a reembolso, pois, enquanto detém o bem, o fiduciário é seu proprietário.¹⁷ Mas os **gastos extraordinários** para a conservação do bem cabem ser indenizados.

Quer enquanto titular da herança, quer como usufrutuário, o fiduciário (B) tem direito de perceber os **frutos e rendimentos**. Quando da transmissão ao fideicomissário (C), tais acréscimos não acompanham o bem. O fiduciário (B) também tem o direito a ser indenizado pelas **benfeitorias** necessárias e úteis, só não dispondo do **direito de retenção**. Pode levantar as benfeitorias voluptuárias (CC 1.219).

Deve o fiduciário (B) proceder ao **arrolamento dos bens** a serem entregues ao fideicomissário (C). Nada impede que o testador nomeie alguém ou determine ao testamenteiro o dever de fiscalizar. Inclusive, o fideicomissário (C) pode exigir **caução**, ou seja, que o fiduciário (B) ofereça garantias de que irá lhe entregar os bens (CC 1.953 parágrafo único). Tal pode ser exigido pelos genitores do fideicomissário a partir de sua **concepção**.

Além dos bens, deve o fiduciário (B) transferir ao fideicomissário (C) o que se agregar à herança por **direito de acrescer** (CC 1.956).

42.5. DIREITOS E DEVERES DO FIDEICOMISSÁRIO

A transmissão fideicomissária ocorre quando o fideicomissário (C) ainda não nasceu à data da **abertura da sucessão** (CC 1.952). O direito do fideicomissário (C) é **eventual**, mas existe. Tanto existe que pode tomar providências para resguardá-lo. Ainda que adquira a **nua-propriedade** quando do nascimento com vida, seu direito é garantido desde a **concepção** (CC 2.º). Para Orlando Gomes, o fideicomissário é titular de um direito diferido. Assim, pode **ceder** gratuitamente ou **alienar** a herança mesmo antes da transferência da posse a ele. Afinal, não tem mera expectativa de direito.¹⁸

O nascimento do fideicomissário (C) não autoriza a imediata **transmissão da posse** da herança a seu favor. O momento da transferência pode ser escolhido pelo testador. Se ele nada disser, o fideicomisso se tem por **vitalício** e a herança só se transmite a ele quando da morte do fiduciário (B).

16. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 304.

17. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 503.

18. Orlando Gomes, Sucessões, 199.

Quando o fideicomisso se constituir de **bens móveis**, o fideicomissário (C) tem o direito de exigir que o fiduciário (B) preste **caução** para garantir a entrega dos bens que estão em sua posse, bem como proceda ao **inventário** dos bens (CC 1.953 parágrafo único). Enquanto não nascer o fideicomissário, mas depois de ter sido concebido, os seus **representantes legais** têm legitimidade para buscar o arrolamento dos bens e a prestação de caução.

Transmitidos os bens ao fideicomissário (C), passa ele a responder pelos **encargos** que ainda oneram a herança (CC 1.957). Com os bens, transfere-se a ele os **acréscimos** e as **benfeitorias** que aumentaram o seu valor (CC 96). Cabe, no entanto, **indenizar** as benfeitorias e **reembolsar** as despesas extraordinárias feitas pelo fiduciário (B) para a conservação do bem.

O fideicomissário (C) pode **renunciar** à herança ou ao legado, caso em que a propriedade do bem se consolida em favor do fiduciário (CC 1.955).

Ocorrendo o desaparecimento do fiduciário (B), dispõe o fideicomissário (C) de legitimidade para requerer a declaração de sua **ausência** (CC 22). Afinal, declarado ausente, ele irá adquirir a titularidade plena da herança.

42.6. CADUCIDADE

O legislador usa a palavra caducidade para identificar a não transmissão fideicomissária por fato alheio à vontade do testador. Prevê duas hipóteses: quando o fideicomissário (C) **renuncia** (CC 1.955) e quando ele ou morre antes do fiduciário (B), ou antes de realizar-se a **condição resolútor** (CC 1.958). Há outras causas que levam à extinção do fideicomisso.

42.6.1. Morte do fiduciário antes da abertura da sucessão

Não havendo dupla vocação sucessória, o fideicomisso **desaparece**. Permanece a instituição testamentária simples a favor de **filiação eventual** (CC 1.799 I). Assim, quando do falecimento do testador (A), como não mais existe o fiduciário (B), passa a fluir o prazo de dois anos (CC 1.800 § 4.º) para o nascimento do herdeiro (C). Cabe ser nomeado um **curador**, o qual não assume a posição de fiduciário.

42.6.2. Morte do fiduciário depois da abertura da sucessão, mas antes do prazo de transferência

A lei não prevê esta hipótese. No entanto, a partir da morte do testador, assume o fiduciário (B) a condição de herdeiro. Como pode ser instituído

termo ou condição para operar-se a transferência fideicomissária, o falecimento do fiduciário (B) antes deste momento, transmite-se a herança aos seus sucessores. Assumem eles a titularidade do bem com iguais características: **restrita e resolúvel**. Adquirem os mesmos direitos, de usar e desfrutar dos bens, e também o dever de os transmitir ao fideicomissário no momento devido.

42.6.3. Morte do fiduciário depois do prazo de transmissão ao fideicomissário

No momento em que ocorre o termo de transferência, simplesmente extingue-se o direito do fiduciário (B) sobre a herança. Assim, quando de sua morte, nada transmite aos seus herdeiros. Caso não tenha passado os bens ao fideicomissário (C), cabe aos seus herdeiros fazê-lo. Os bens que eventualmente receberem não lhes pertencem, pois não mais eram do seu antecessor.

Situações outras que afetam a eficácia do fideicomisso:

42.6.4. Morte do fideicomissário antes do testador

Morto o fideicomissário (C) antes da abertura da sucessão, desfaz-se o fideicomisso. Ainda que ele tenha descendentes, estes nada herdam, pois não há falar em **direito de representação**. Assume o fiduciário (B) a condição de **herdeiro exclusivo** e recebe o bem de modo definitivo.

42.6.5. Morte do fideicomissário antes do implemento do termo

Desde o nascimento e até o momento da transferência, o fideicomissário (C) tem a **nua**-propriedade, mas não a titularidade do bem. Vindo ele a falecer, antes de adquirir a propriedade plena, nada adquiriu. Seu direito expectativo finou-se, e nada ele transmitirá a seus herdeiros.¹⁹ Consolida-se a propriedade em favor do fiduciário (B), que se transforma em **titular exclusivo** do bem.²⁰

19. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 304.

20. Fideicomisso – Inventário – Sucessão testamentária – Decisão que deferiu a habilitação dos herdeiros fideicomissários – Inconformismo do inventariante, contemplado no testamento da de cujus como fiduciário de todos os bens inventariados – Não acolhimento – Testamento público lavrado na vigência do ora revogado CC/1916 –

42.6.6. Não nascimento do fideicomissário

A titularidade do fiduciário (B) é **temporária**, pois sujeita ao nascimento com vida do fideicomissário (C). Se durante a vida do fiduciário (B), ou até o implemento do termo ou condição imposta pelo testador, não ocorrer o nascimento do fideicomissário (C), a titularidade definitiva da herança se consolida em favor do fiduciário (B).

42.6.7. Perecimento do bem antes da transmissão ao fideicomissário

A perda do bem leva à extinção do fideicomisso; não há o que transferir. Caso a perda seja apenas em **parte**, a extinção é **parcial**. Se não houve nem culpa nem dolo do fiduciário (B), ele nada deve ao fideicomissário (C). Se o fiduciário (B) foi responsável pelo desaparecimento ou inutilização do bem, tem o dever de indenizar o fideicomissário (C).

42.7. RENÚNCIA

Outro incidente que pode ocorrer é a renúncia, ou do fiduciário (B) ou do fideicomissário (C). Caso o **fiduciário** (B) renuncie **antes da concepção** do fideicomissário (C), considera-se que houve mera instituição de **filiação eventual** como herdeiro testamentário (CC 1.799 I). É necessária a nomeação de um **curador** e o aguardo de dois anos pela concepção do herdeiro (CC 1.800 § 4.º). Se o fiduciário (B) renunciar **depois da concepção** do fideicomissário (C), se nascer com vida, a propriedade se consolida em seu favor (CC 1.955). Com a renúncia do fiduciário (B), antecipa-se a vocação hereditária do fideicomissário (C). Nesse caso, em rigor, nem há fideicomisso, mas **substituição direta** (CC 1.947).²¹

Um dispositivo bem desnecessário (CC 1.954): se o fiduciário (B) renunciar à herança, o fideicomissário (C) pode aceitá-la ou não.

Falecimento da testadora, contudo, que ocorreu somente em 2015, já na vigência do atual Código Civil – Aplicação da lei vigente à época da abertura da sucessão – Art. 1.787 do CC/2002 – Considerando que os fideicomissários já eram vivos à época da morte da testadora, deve a eles ser transmitida a propriedade dos bens fideicomitados, convertendo-se em usufruto o direito do inventariante fiduciário – Decisão interlocutória mantida – Recurso não provido. (TJ-SP – AI: 22324900420168260000 SP 2232490-04.2016.8.26.0000, 1.ª Câmara, Rel. Rui Cascaldi, j. 13/03/2017, p. 13/03/2017).

21. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 303.

Também o **fideicomissário** (C) pode renunciar à herança, ou antes, ou depois do advento do termo da sucessão fiduciária. Tem a possibilidade de renunciar antes de adquirir o bem porque, desde a morte do testador, dispõe do **direito subjetivo patrimonial de espera** de se tornar seu titular. É o que se chama de “**direito expectativo**”, que é um **direito real**.²² Se renunciar **antes**, o fideicomisso **caduca** – expressão tão ao gosto do legislador – e a titularidade da herança se cristaliza em favor do fiduciário (B). Caso o fideicomissário (C) renuncie **depois** do implemento do termo imposto pelo testador, os bens transmitem-se aos seus herdeiros legítimos. Trata-se de mera renúncia, pois já era titular definitivo da herança. Em qualquer dessas hipóteses, os **credores**, quer do fiduciário (B), quer do fideicomissário (C), podem “aceitar” a herança em nome do renunciante até o montante do respectivo crédito (CC 1.813).

42.8. NULIDADE

A lei admite **uma única** substituição. Não pode passar da pessoa do fideicomissário (C). Tal restrição está contida na expressão (CC 1.959): *são nulos os fideicomissos além do segundo grau*. Ou seja, o testador só pode nomear um fideicomissário (C). Como se trata de nulidade, e não de anulabilidade, o juiz pode, até mesmo *ex officio*, decretá-la.²³ O testador não pode dizer: deixo meus bens para Bruno; quando de sua morte, passam ao filho de Carlos e, quando da morte deste, a herança transmite-se aos filhos de Daniel.

Nula é somente a **segunda instituição**, o que não compromete a validade da primeira (CC 1.960). Simplesmente se tem por **não escrita** a nomeação de terceiro grau. A nulidade de alguma condição imposta não afeta toda a substituição, que vale sem o segundo encargo.

42.9. DISTINÇÕES

Algumas semelhanças em determinados aspectos não permitem confundir o fideicomisso com outros institutos.

42.9.1. Usufruto

Tanto no fideicomisso como no usufruto há a instituição de mais de um beneficiário e o desdobramento da propriedade. No usufruto, um de-

22. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código Civil comentado, 1.180.

23. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 305.

têm a **posse direta** (usufrutuário) e o outro o **domínio** e a **posse indireta** (nua-propriedade), simultaneamente (CC 1.390 a 1.411). Usufrutuário e nu-proprietário têm direitos atuais sobre a coisa. O usufruto é **direito real sobre coisa alheia**. O domínio é fragmentado. Há uma bipartição dos atributos da propriedade entre o nu-proprietário e o usufrutuário. Ambos são titulares **concomitantes** da mesma coisa em diferentes níveis.²⁴

No fideicomisso, o testador institui uma **substituição** testamentária. A transmissão é **sucessiva**. O beneficiário recebe a titularidade do bem, ainda que temporariamente, a ser transferida a quem o testador indicar: o filho de alguém que ainda não foi concebido. Há um primeiro titular da propriedade, a ser transmitida ao fideicomissário (C) em momento posterior. O fiduciário (B) é dono, embora sua propriedade seja **restrita e resolúvel**. O usufrutuário não é o dono – cabe-lhe somente o exercício de alguns direitos inerentes à propriedade.²⁵ Com a **morte** do fiduciário (B) antes do prazo, a propriedade transmite-se aos seus herdeiros. Já a morte do usufrutuário extingue o usufruto, consolidando-se a propriedade do nu-proprietário.

O fideicomisso só pode ser instituído em favor de pessoa **não concebida**, enquanto o usufruto não pode favorecer **filiação eventual**. Outra diferença diz com a **prescrição**. No fideicomisso, corre contra o fiduciário (B), ao passo que, no usufruto, corre contra o nu-proprietário.²⁶

Mas há algumas semelhanças. Tanto o fiduciário (B) como o usufrutuário devem prestar caução, inventariar os bens, conservá-los e restituí-los no momento determinado (CC 1.400 e 1.953 parágrafo único). As semelhanças entre os dois institutos podem gerar dificuldade para identificar qual foi a intenção do testador: instituir fideicomisso ou usufruto. Na dúvida, é preferível concluir pelo usufruto, atribuindo-se direitos imediatos a ambos os nomeados.

42.9.2. Substituição vulgar

Não dá para confundir substituição fideicomissária e substituição vulgar (CC 1.947), ainda que ambas possam ser instituídas simultaneamente (CC 1.950). Na substituição vulgar há somente **um herdeiro** contemplado em caráter sucessivo eventual. O substituto só recebe a herança se o substituído não a quiser ou não puder recolhê-la. No fideicomisso são dois os

24. Giselda Hironaka, in Francisco Cahali e Giselda Hironaka, *Direito das Sucessões*, 351.

25. Zeno Veloso, *Comentários ao Código Civil*, v. 21, 300.

26. Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro*, v. 6, 349.

contemplados: primeiro recebe a herança o fiduciário (B), a ser oportunamente transmitida ao fideicomissário (C).

Há outras diferenças. A substituição vulgar é **ilimitada**. O testador pode nomear quantos herdeiros quiser. Diz o testador: deixo minha fazenda para Bruno; se ele não aceitar, caberá a Carlos; se este recusar, nomeio Daniel, e assim indefinidamente. No fideicomisso cabe uma única substituição (CC 1.959), e só a favor de pessoa que ainda não existe, o filho de alguém. Na substituição vulgar, pode ser nomeada qualquer pessoa, até filiação eventual. Tal deliberação, no entanto, não transforma a substituição em fideicomisso.

Mas existem identidades entre os dois institutos. Nenhuma forma de substituição pode ser instituída sobre a **legítima** dos herdeiros necessários. Só pode incidir sobre a parte **disponível**. Ainda que impostas substituições aos herdeiros necessários, é de se ter por não escritas as limitações sobre a legítima.

42.9.3. Filiação eventual

Outra distinção que se impõe é entre o fideicomisso e a possibilidade de ser nomeado herdeiro testamentário o filho de alguém que sequer foi concebido (CC 1.799 I). Nas duas hipóteses, o beneficiário é pessoa que não existe. Só que, no fideicomisso, ocorre a transmissão da herança a favor do fiduciário (B). Na sucessão, enquanto o herdeiro não nascer, seu quinhão fica em mãos de um **curador**, na qualidade de depositário, que a nada faz jus, nem aos frutos nem aos rendimentos. Quando do nascimento do herdeiro, ele recebe imediatamente os bens e seus acréscimos. No fideicomisso não. A transmissão ao beneficiário só ocorre quando do implemento da condição resolutiva.

42.10. ASPECTOS PROCESSUAIS

Como o fiduciário (B) é herdeiro ou legatário, tem **legitimidade concorrente** para requerer a abertura do **inventário** (CPC 616 II e III). Inclusive, pode ser nomeado **inventariante** (CPC 617 II e III).

O fideicomissário (C) pode exigir que o fiduciário (B) preste **caução** para garantir a entrega dos bens que estão em sua posse, bem como que proceda ao seu **inventário** (CC 1.953 parágrafo único).

Deixando o fiduciário (B) de prestar caução ou arrolar os bens, havendo motivos que justifiquem o temor do fideicomissário (C) de não ocorrer

a oportuna transmissão, pode buscar o **sequestro** dos bens, se já estiverem na posse do fiduciário (B). Caso não tenha o fiduciário (B) assumido a posse da herança, o fideicomissário (C) pode pleitear que não lhe seja entregue enquanto não prestada a garantia.

Ocorrido o evento resolutivo, que enseja a transmissão da titularidade da herança ao fideicomissário (C), deve ele ser cientificado, através de procedimento de jurisdição voluntária (CPC 725 VI).

Deixando o fiduciário (B) de proceder à entrega da herança, dispõe o fideicomissário (C) da ação **possessória**, contra o fiduciário (B) ou contra seus sucessores, no caso do fideicomisso vitalício.

Concluído o inventário, qualquer questionamento sobre a instituição do fideicomisso deve ser buscada em ação própria.²⁷

Perdido o bem enquanto na posse do fiduciário (B), responde ele por **perdas e danos**, a não ser que comprove a ocorrência de **caso fortuito ou força maior**, desonerando-se do dever de pagar indenização (CC 393).

A instituição de fideicomisso sobre bem imóvel deve ser **averbada** junto ao Registro de Imóveis (LRP 167 II 11). Cabe ao juiz determinar a averbação quando da expedição do formal de partilha.

LEITURA COMPLEMENTAR

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Substituições e fideicomisso. In: HIRO-NAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (co-ords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 343-366.

27. Ação de inventário. Perda do interesse processual decorrente da conclusão do inventário na via extrajudicial. Nulidade da partilha extrajudicial. fideicomisso instituído em testamento. Necessidade de debate em ação ordinária própria. Considerando que o inventário do falecido (fiduciário) já está encerrado na via extrajudicial, eventual nulidade daquela escritura pública de partilha de inventário (por desrespeito a testamento que instituiu os apelantes como fideicomissários), bem como eventual defeito interno do testamento (como alegam agora os sobrinhos/apelados do falecido), exige o debate em ação própria. Razão pela qual, a sentença que extinguiu o presente processo de inventário, sem resolução do mérito, pela perda do objeto e falta de pressupostos de desenvolvimento válido, está correta. NEGARAM PROVIMENTO. (TJ-RS – AC: 70077020428/RS, 8.^a Câm. Cív., Rel. Rui Portanova, j. 22/11/2018, p. 28/11/2018).

43

INTERPRETAÇÃO DO TESTAMENTO

Sumário: **43.1.** Busca da vontade do testador – **43.2.** Normas permissivas – **43.3.** Normas interpretativas: **43.3.1.** Integrativas; **43.3.2.** Retificativas; **43.3.3.** Supletivas – **43.4.** Normas proibitivas – **43.5.** Regras de interpretação: **43.5.1.** Casos duvidosos – Leitura complementar.

Referências legais: CC 104 a 114, 1.899, 1.902 a 1.908, 1.919 a 1.922.

43.1. BUSCA DA VONTADE DO TESTADOR

O titular do patrimônio tem um poder discricionário quase absoluto de dispor da parte disponível de seus bens. Essa onipotência adquire um colorido ainda mais intenso porque o documento com tais deliberações pode ser elaborado de forma secreta, sendo o conteúdo revelado somente depois da morte do seu autor. Tais peculiaridades cercam o ato de testar de severa **rigidez formal**, sendo indispensável atender a extenso rol de solenidades e requisitos. O rigorismo quanto à forma se estende também ao seu conteúdo. Atende ao mesmo propósito: preservar a liberdade do testador e assegurar o cumprimento de sua vontade. Segundo Paulo Lôbo, há circunstâncias externas que limitam a vontade do testador, como fonte primacial da interpretação do negócio jurídico testamentário. Dentre elas, o **fim econômico** da disposição. Além do fim econômico, a evolução do direito brasileiro, tanto na doutrina quanto na legislação, a partir da Constituição de 1988, consolidou como princípio fundamental a **função social**, que o testamento também deve observar.¹

1. Paulo Lôbo, Direito Civil: Sucessões, 198.

Ao tratar das disposições testamentárias, a lei é extremamente minuciosa. Desdobra-se para suprir eventuais falhas, na árdua tarefa de interpretar as cláusulas do testamento. Para isso edita regras **interpretativas** e **supletivas**. Ao lado destas, encontram-se outras que, ou são **permissivas**, ou são **proibitivas** de determinado comportamento.² A preocupação de interpretar a vontade do testador também se encontra no capítulo que trata dos legados. Os arts. 1.897 a 1.938 do CC envolvem as disposições testamentárias, os legados e seus efeitos, conjunto que deve refletir toda a vontade do testador.³

Em sede de direito testamentário, vigora o princípio chamado *favor testamenti*, que procura salvar o testamento para respeitar a vontade do testador. Não cabe a prevalência do **rito**, a preponderância da **solenidade** em detrimento da **vontade**.⁴ O propósito é a defesa do testamento e a regra predominante é evitar a declaração de nulidades.⁵ Tanto é assim que a nulidade de uma cláusula não prejudica o resto do instrumento. Havendo disposições contraditórias ou pouco claras, o intérprete deve tentar salvar as ideias básicas do testamento, se aproximando o mais possível da vontade inteligível do testador.⁶

A mais importante regra interpretativa é a que determina atender à **vontade do testador** (CC 1.899): *quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador*.⁷ Certamente esta é a única norma que

2. Silvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7, 180.
3. Salomão de Araújo Cateb, Direito das Sucessões, 137.
4. Zeno Veloso, Testamentos, 36.
5. Direito das sucessões. Testamento particular. Elaboração por meio mecânico. Leitura perante as testemunhas. Assinaturas em momento diverso. Falecimento de uma das testemunhas. Vontade do testador atestada. Prevalência. Recurso não provido. A ausência das formalidades legais que circundam a elaboração do testamento não enseja a sua nulidade, se por outros meios se permitir a certificação da higidez da manifestação de última vontade do testador. No caso dos autos, a ausência de leitura do testamento perante as testemunhas reunidas, bem como a assinatura do documento em momentos diversos não são suficientes para desnaturar a certeza da deliberação volitiva do testador. Recurso não provido (TJMG, AC 1.0000.17.073427-1/001, 6ª C. Cív., Rel. Des. Corrêa Junior, j. 21/11/2017).
6. Arnoldo Wald, O novo Direito das Sucessões, 122.
7. Recurso especial. Testamento. Formalidades legais não observadas. Nulidade. 1. Atendido os pressupostos básicos da sucessão testamentária – i) capacidade do testador; ii) atendimento aos limites do que pode dispor e; iii) lúdima declaração de vontade – a ausência de umas das formalidade exigidas por lei, pode e deve ser colmatada para a preservação da vontade do testador, pois as regulações atinen-

precisaria existir. Aliás, igual regra vigora na interpretação das declarações de vontade (CC 112): deve-se atender mais à intenção do que ao sentido literal da linguagem. Em tais dispositivos se vislumbra claramente a ideia de que a **manifestação de vontade** é o elemento mais importante, muito mais, inclusive, do que a **forma** com que se materializou.⁸ A lei, o contrato e o testamento têm notáveis semelhanças. Todos são fontes de preceitos, institutos produtores de normas jurídicas, cabendo aplicar ao testamento as regras interpretativas das leis e dos contratos.⁹

Para tornar efetiva a vontade do testador, é necessário interpretar o que está escrito. Como diz Zeno Veloso, para aplicar, é indispensável interpretar. Tudo para ser aplicado, precisa ser interpretado. Principalmente os atos destinados à produção de efeitos jurídicos.¹⁰ A atividade interpretativa se faz ainda mais necessária quando se trata de cumprir determinação de quem não mais vive, e não tem como explicar o que quis dizer.

Havendo **dúvida** entre haver ou não disposição em favor de um herdeiro, a tendência é reconhecê-la como existente. Como leciona Carlos Maximiliano, se o debate surge acerca da existência mesmo da deixa, deve decidir-se a favor do beneficiado, pois o ato de última vontade é feito exatamente para substituir a sucessão testamentária pela dativa.¹¹

Como as disposições de última vontade são **benéficas**, interpretam-se **estritamente** (CC 114). Também merecem interpretação restritiva as **limitações** impostas aos herdeiros, quer necessários, quer testamentários, como a incomunicabilidade, a inalienabilidade e a impenhorabilidade (CC 1.848). Todas as regras referentes ao testamento tendem a preservá-lo, inclusive no que diz com **prazos**: a lei presume em favor do herdeiro (CC 133).

tes ao testamento tem por escopo único, a preservação da vontade do testador. 2. Evidenciada, tanto a capacidade cognitiva do testador quanto o fato de que testamento, lido pelo tabelião, correspondia, exatamente à manifestação de vontade do de cujus, não cabe então, reputar como nulo o testamento, por ter sido preterida solenidades fixadas em lei, porquanto o fim dessas – assegurar a higidez da manifestação do de cujus –, foi completamente satisfeita com os procedimentos adotados. 3. Recurso não provido (STJ, REsp 1.677.931/MG, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/08/2017).

8. Pablo Stolze Galgiano e Rodolfo Pamplona Filho, Novo curso de Direito Civil, v. 1, 319.
9. Zeno Veloso, Testamentos, 572.
10. Idem, 570.
11. Carlos Maximiliano, Hermenêutica e aplicação do direito, 291.

Dita o legislador algumas diretrizes para suprir omissões do autor do testamento quanto a algum elemento acidental da manifestação de vontade.

43.2. NORMAS PERMISSIVAS

A lei assegura plena liberdade a todas as pessoas de disporem, do jeito que quiserem, da totalidade de seu patrimônio por meio de testamento. O limite é a existência de **herdeiros necessários**. Na **dicção legal** (CC 1.845): descendentes, ascendentes e cônjuge. A estes a lei garante a **metade** do acervo hereditário, fração chamada de **legítima**. Sobre os bens reservados aos herdeiros necessários é limitada a liberdade do testador. Pode impor algumas cláusulas restritivas (CC 1.848) e distribuir os bens a serem a eles atribuídos (CC 2.014). Nada mais.

Sobre a **parte disponível** o testador pode quase tudo: eleger os herdeiros que desejar, inclusive, pessoas não nascidas e pessoas jurídicas a serem constituídas sob a forma de fundação (CC 1.799); deixar aos herdeiros a totalidade ou fração do seu patrimônio e aos legatários bens certos e determinados. Também tem a faculdade de impor condições, cláusulas e encargos aos beneficiários (CC 1.897). Sua liberdade vai além: pode destinar o mesmo bem a mais de uma pessoa, indicando substitutos, bem como herdeiros sucessivos por meio de fideicomisso.

Não só disposições de ordem patrimonial se comportam no testamento (CC 1.857 § 2.º). Pode o testador: dispor do próprio **corpo** para fins altruísticos ou científicos (CC 14); nomear **tutor** a filhos menores (CC 1.634 VI e 1.729); **reconhecer** filho (CC 1.609 III) e até perdoar herdeiro **indigno** (CC 1.818). Como à **curatela** se aplicam as mesmas normas da tutela (CC 1.774), possível a nomeação de curador ao filho incapaz. Outras liberdades lhe são concedidas, como **delegar** a alguém que eleja o herdeiro, segundo parâmetros por ele estabelecidos: uma entre duas ou mais pessoas, os membros de uma família ou de um estabelecimento (CC 1.901 I). Quando se trata de legado em remuneração a serviços prestados, possível deixar ao arbítrio do herdeiro ou de terceiros a fixação do valor (CC 1.901 II).

43.3. NORMAS INTERPRETATIVAS

Quer o testamento cerrado, quer o particular, de um modo geral, são escritos pelo próprio testador, o que pode dar margem a dúvidas e dificuldades de entendimento sobre o real alcance de alguma cláusula. Tais

dificuldades se agigantam pelo fato de ser manifestação feita em vida para execução depois da morte, sem que se tenha como saber a real intenção de seu autor.

Muitas vezes não é fácil chegar à vontade do testador.

Na tentativa de identificar sua real intenção, deve o intérprete circunscrever sua atividade ao texto, ao contexto, ao conteúdo do documento. Em suma: o verdadeiro querer, a real vontade que se deve perquirir e revelar, não é aquela que o intérprete conclui que “**poderia** ter sido” desejada pelo testador, mas a vontade que “**deve** ter sido”, conforme a declaração constante do próprio instrumento.¹² A função interpretativa cabe ao juiz, que precisa cercar-se de elementos de convicção, buscando conhecer o perfil do testador no momento em que elaborou o testamento. Procura identificar o que **quis** o testador. Contra o que “quis” o testador, só se pode invocar regra jurídica cogente, isto é, imperativa ou proibitiva. Fora daí, o testador quis o que podia querer, e à justiça compete o deferimento de tudo que seja necessário ao cumprimento da vontade do testador.¹³

A atividade interpretativa deve limitar-se ao testamento, mas é possível investigar a real vontade do testador com o auxílio de outras provas. É necessário que o intérprete se transporte ao mundo e ao ambiente onde vivia o *de cuius*. Não é possível desligar o testamento da vida do seu autor. É de suma importância entender o **ambiente social** e o relacionamento entre o morto e os contemplados no testamento.¹⁴

Conforme Orlando Gomes, a tarefa exige **interpretação pessoal** na busca de determinar a intenção do testador, suas convicções, afetos e até preconceitos, enfim, todos os elementos que possam concorrer para identificar sua vontade real, sem considerar as expectativas ou o desejo de quem quer que seja.¹⁵ Para a fixação do sentido da disposição, admite-se a pesquisa em elementos extrínsecos. A lei autoriza o uso de outros documentos ou a invocação de fatos inequívocos para corrigir imprecisões do testamento (CC 1.903).

12. Zeno Veloso, Testamentos, 578.

13. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 58, 69.

14. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 271.

15. Orlando Gomes, Sucessões, 173.

43.3.1. Integrativas

Há um punhado de regras que buscam suprir as **omissões** do testador que, ao instituir beneficiários, deixa de identificar devidamente os favorecidos ou a forma de partilhar os bens entre eles.

Quando o testador nomeia **vários herdeiros**, sem quantificar o quinhão de cada qual, divide-se entre todos, por igual, os bens que integram a parte disponível da herança (CC 1.904).

Sendo nomeados herdeiros **testamentários e legatários**, depois de entregue o quinhão dos legatários, o que resta é atribuído aos herdeiros testamentários em partes iguais (CC 1.907).

Havendo designação de alguns **herdeiros** de modo **individual** e de outros **coletivamente**, cabe dividir a herança pelo número dos herdeiros identificados e grupos designados. Cada um dos indicados individualmente recebe uma quota parte. Entre todos os indicados de forma conjunta divide-se a parte correspondente a eles (CC 1.905).

Excluído determinado bem do quinhão do herdeiro instituído, o mesmo cabe aos herdeiros legítimos (CC 1.908).

Contemplados **pobres e estabelecimentos de caridade ou assistência social**, sem a identificação dos beneficiários, é de se reconhecer que a disposição se destina aos necessitados e às instituições situados no domicílio do testador (CC 1.902).

43.3.2. Retificativas

No exercício de desvendar a vontade do testador, traz a lei algumas disposições de caráter nitidamente retificativo. A regra geral rotula de **anulável** o negócio jurídico resultante de **erro** (CC 171 II). É o que ocorre também com o testamento. Mas é possível reconhecer invalidades parciais (CC 184). Assim, se o vício está presente em uma ou em mais cláusulas, somente estas cabem ser anuladas, não todo o testamento (CC 1.903): havendo **erro na indicação do herdeiro** ou da coisa legada, tal impõe a nulidade da cláusula. Em resumo, não se anula a disposição, apesar do erro da designação, se é possível identificar a pessoa ou a coisa pelo contexto do testamento, por outros elementos ou por fatos inequívocos.¹⁶

Porém, tal pode ocorrer exclusivamente se for possível apurar o engano mediante elementos precisos e esclarecedores. Cabe o exemplo trazido por

16. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 273.

Zeno Veloso: se o *de cujus* destinou um legado ao sobrinho Márcio, e tinha ele dois sobrinhos com este nome. O recurso a elemento extratestamentário é permitido e até necessário: uma carta do testador mencionando o legado e identificando o beneficiário serve como meio de prova.¹⁷ Porém, se não houver possibilidade de identificar qual o beneficiário, consideram-se ambos contemplados, em partes iguais. Como não se trata de pessoa incerta, não é nula a disposição (CC 1.900 II). Houve mero erro na designação do herdeiro. A regra, aliás, não se afasta do que dispõe a lei ao tratar do erro no negócio jurídico (CC 142).

43.3.3. Supletivas

No afã de descobrir o desejo do testador, a lei edita também regras de natureza supletiva, na tentativa de identificar a real extensão da cláusula testamentária.

Instituído legado de **alimentos**, abrange sustento, cura, vestuário e casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se o beneficiado for menor de idade (CC 1.920).

Legado de **usufruto**, sem a indicação de tempo, se tem por **vitalício** (CC 1.921).

Quando o legado é de um **imóvel**, compreende as benfeitorias, mas não as novas aquisições, ainda que contíguas (CC 1.922).

Não havendo a **identificação** de quem deve dar cumprimento à disposição testamentária, adianta-se o legislador e elege alguns critérios:

- se o legado é determinado pelo gênero, a escolha cabe ser feita pelo **herdeiro** e não pelo beneficiário (CC 1.929);
- conferido ao **legatário** o direito de escolher o legado de bem determinado pela qualidade, ele pode ficar com o melhor que houver na herança. Caso não exista o bem do gênero indicado, o direito de escolher passa ao herdeiro que deve **adquirir** o bem para dar cumprimento à vontade do testador (CC 1.931);
- no legado **alternativo**, é do herdeiro e não do legatário a opção de escolha (CC 1.932);
- quando o testador impõe ao legatário o **encargo** de entregar bem de sua propriedade a outrem, só ele poderá cumpri-lo (CC 1.913).

17. Zeno Veloso, Testamentos, 582.

No entanto, lhe é assegurado **direito de regresso** quanto aos demais coerdeiros, na proporção da quota de cada um (CC 1.935);

- havendo **substituição** de herdeiros ou legatários, presume a lei que tal ocorre quando o beneficiário não quiser ou não puder aceitar a herança (CC 1.947);
- na hipótese de o testador distribuir toda a herança entre os legatários, cabe ao testamentário a função de **inventariante** (CC 1.990).

Claro que também há normas absolutamente **desnecessárias**, pela obviedade de seu conteúdo. Se os legados não abrangerem a **totalidade dos bens** do testador, o acervo remanescente reverte em favor dos herdeiros legítimos (CC 1.906). Ou seja, quando o testador dispuser só em parte da quota hereditária disponível, o restante pertence aos herdeiros legítimos (CC 1.966).

Mas o maior exemplo de inutilidade e até de inconstitucionalidade é a lei dizer ser lícito contemplar herdeiro, ainda que seja **filho** de relação extramatrimonial (CC 1.803).

43.4. NORMAS PROIBITIVAS

Mais do que ineficaz, é **inexistente** o legado de bem que não pertence ao testador (CC 1.912).

É nulo o testamento feito por duas pessoas no mesmo instrumento, pois descabido que contenha a declaração de vontade de mais de uma. Por isso é proibido o **testamento conjuntivo** (CC 1.863): **simultâneo** – em um único ato os testadores contemplam outra pessoa; **recíproco** – os testadores se constituem um herdeiro do outro; **correspectivo** – institui herdeiro por ter sido contemplado por ele. Ao fim e ao cabo, todas essas modalidades são verdadeiros contratos que mascaram **pacto sucessório**, o que é expressamente vedado (CC 426): *não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva*. A infringência a este princípio leva à nulidade do testamento. **Nulidade absoluta**, a ser declarada a qualquer tempo.

Há proibições outras cuja desobediência contamina de **nulidade** somente a **cláusula testamentária**, mantendo-se a higidez do testamento quanto às demais, isso, é claro, se houver determinações outras. É vedado contemplar alguém sob a condição de o beneficiário dispor em favor do testador ou terceira pessoa. É o que se chama de **condição captatória** (CC 1.900 I).

Igualmente não pode vingar a nomeação de **pessoa incerta**, cuja identidade não se pode averiguar (CC 1.900 II). Afinal, pelo princípio de

saisine, a herança tem de se transmitir a alguém. É possível, no entanto, atribuir a outrem o encargo de eleger o herdeiro dentro de um universo determinado pelo próprio testador. Assim, vale transferir ao terceiro a escolha do herdeiro, contanto que tenham sido estabelecidos parâmetros: entre duas ou mais pessoas pertencentes a uma família, um corpo coletivo ou um estabelecimento por ele designado (CC 1.901 I).

Ainda que seja admitido impor condições, estas não podem ser **ilícitas**: que conflitem com a lei, com a ordem pública e com os bons costumes (CC 122). São ilícitas as condições puramente potestativas, as perplexas e as impossíveis, quer a impossibilidade seja física, quer jurídica.¹⁸

A absoluta liberdade de testar tem limites. Não é admitida a nomeação de **herdeiro a termo**, ou seja, ninguém pode ser nomeado herdeiro a partir de determinada data ou até o advento de algum acontecimento ou data certa. Tem a lei esta restrição por **não escrita** (CC 1.898). Isso porque não existe herdeiro **temporário**. Como a regra fala em “herdeiro”, a tendência é admitir a imposição de **termo** somente quando se trata de legado.¹⁹ Essa interpretação, no entanto, não pode prevalecer, pois a finalidade é evitar insegurança nas relações jurídicas pela transmissão sucessiva de bens. Se tal vale para o herdeiro testamentário, também deve ser aplicada ao legatário.

A desobediência ao mandamento legal não invalida o testamento, nem anula a disposição. Provoca uma sanção mais branda, consistente na **ineficácia** do termo. Portanto, se a cláusula testamentária designar o momento em que deva começar ou cessar o direito do herdeiro, entende-se que houve instituição pura.²⁰ A exceção fica por conta do **fideicomisso**, ou seja, a condição de herdeiro é cedida a favor de quem nem sequer foi concebido (CC 1.952).

43.5. Regras de interpretação

Ao se falar em interpretação dos testamentos é imperioso trazer as regras compiladas do direito romano por Itabaiana de Oliveira:²¹

I – A vontade do testador deve ser interpretada do modo mais amplo.

18. Silvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7, 188.

19. Idem, 184.

20. Idem, 185.

21. Itabaiana de Oliveira, Tratado de Direito das Sucessões, v. 2, 521-527.

II – Nas condições do testamento convém que seja considerada antes a vontade do que as palavras.

III – Em tudo prevalece a vontade do testador, que é a legítima.

IV – A disposição de vontade do defunto deve ser cumprida.

V – Deve-se procurar o sentido mais cômodo ao objeto de que se trata e a natureza do ato.

VI – Deve-se preferir o sentido próprio e geralmente aceito das palavras, e entender o que, em tais casos, comumente se costuma fazer.

VII – As palavras devem ser interpretadas no seu sentido.

VIII – Quando uma cláusula é suscetível de dois sentidos, deve-se entender naquele em que pode ter efeito e não no em que nenhum efeito teria.

IX – Deve-se preferir a inteligência que faz valer o ato à que o torna insubsistente.

X – Quando a disposição é tão obscura que impossível se torna conhecer a vontade do testador, considera-se aquela não escrita.

XI – Onde há obscuridade de palavras, vale o que consta do ato.

XII – Nas expressões duvidosas, deve ser atendido principalmente o pensamento daquele que as proferiu.

XIII – Na dúvida é melhor atender às palavras da lei.

XIV – Se a dúvida se refere à quantia da dívida, deve-se decidir de modo menos prejudicial ao que prometeu.

XV – Nas coisas duvidosas, convém seguir a opinião mais benigna.

XVI – Deve-se preferir a proposição mais benigna à mais rigorosa.

XVII – Quando o testador dispõe sobre duas coisas que se contradizem, de modo que é impossível saber em qual delas persistiu e qual revogou, têm-se ambas por nenhum efeito.

XVIII – As expressões gerais se devem entender geralmente; mas a espécie sempre derroga o gênero.

XIX – Deve-se admitir, por justa interpretação, que, na denominação de filho, está compreendida a filha, e na mesma denominação, o neto está compreendido.

XX – A denominação de filhos se estende também aos netos.

XXI – A denominação de herdeiro se refere não somente ao herdeiro próximo, mas também aos mais afastados, porque não só o herdeiro do herdeiro, como o que vem sucessivamente, está compreendido na denominação de herdeiro.

XXII – O que foi estabelecido em benefício de uns, não queremos que pareça instituído para seu prejuízo em certos casos.

XXIII – De modo algum, devem ser modificadas aquelas coisas que, sempre, tiveram interpretação certa.

XXIV – A conjunção algumas vezes é tomada pela disjunção, como neste exemplo – a mim e ao meu herdeiro, a ti e ao teu herdeiro.

XXV – Deve-se atender a que o testador teve em vista as diferentes circunstâncias relativas ao uso local, onde vivia, à qualidade do legatário, à amizade e outras.

XXVI – Deve-se entender que as partes quiseram se conformar com a lei.

XXVII – O que está escrito em último lugar presume-se conter a vontade na qual o testador perseverou nela, derogando o que, em contrário, havia escrito antes.

XXVIII – O gênero masculino compreende o feminino, mas este não compreende aquele.

XXIX – Legando o testador à mesma pessoa duas vezes a mesma quantia, entende-se tê-lo feito por inadvertência, e o legado restringe-se a uma só quantia, salvo se as circunstâncias mostram ter sido intenção do testador multiplicar o legado.

XXX – Se a intenção precede às palavras e é mais poderosa do que elas, todavia não se pode presumir que alguém diga alguma coisa senão por meio das palavras de que se serviu.

43.5.1. Casos duvidosos

Nos casos duvidosos, que não se possa resolver segundo as regras estabelecidas, cabe decidir a favor da sucessão. Com isso beneficiam-se os herdeiros legítimos, sucessores naturais do falecido.

LEITURA COMPLEMENTAR

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco de. *Tratado de Direito das Sucessões*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 2. p. 521-527.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

44

EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

Sumário: **44.1.** Planos dos negócios jurídicos: **44.1.1.** Plano da existência; **44.1.2.** Plano da validade; **44.1.3.** Plano da eficácia – **44.2.** Disposições legais – Leitura complementar.

44.1. PLANOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Não há como compreender o fenômeno jurídico sem atentar aos planos da existência, da validade e da eficácia dos atos e negócios jurídicos, que foram tão bem sistematizados no Brasil, por Pontes de Miranda. Essa construção, desgraçadamente, não foi trazida para o âmbito do direito sucessório, apesar de não haver exemplo melhor para distingui-los do que a sucessão testamentária. O testamento **existe** a partir do momento em que é confeccionado, é **válido** se atendidas todas as exigências legais, mas só adquire **eficácia** quando da morte do seu autor. Não identificar os diversos planos a que se sujeita a manifestação de última vontade instala a insegurança em temas de significativa importância, o que acaba gerando interpretações divergentes e antagônicas. Ser, valer e ser eficaz são situações distintas, cada uma com consequências específicas e inconfundíveis, e assim precisam ser tratadas.¹ Por isso, é necessário distingui-los, pois provocam sequelas diferenciadas, meios impugnativos distintos e legitimidades diversas.

44.1.1. Plano da existência

É o plano do **ser**. É neste plano que se encontram os **pressupostos** mínimos para a existência do negócio jurídico: agente, vontade, objeto

1. Marcos Bernardes de Mello, Teoria do fato jurídico, 81.

e forma. A partir daí, o negócio passou a existir no mundo jurídico. Na ausência de um desses elementos, o negócio é inexistente.

Neste primeiro momento, surgem apenas os **substantivos**, sem os adjetivos. Isto é, não se analisa: a capacidade dos agentes, o vício de vontade, a licitude do objeto e a forma prescrita ou não defesa em lei. A figura do **agente emissor da vontade** é indispensável: sem **sujeito** não há negócio jurídico. Não precisa existir a **vontade**, que é sua exteriorização, mas sua manifestação consciente é o que constitui elemento existencial do negócio jurídico. Também é necessário um **objeto** como utilidade física ou ideal. A **forma** é o meio pelo qual a declaração se exterioriza, sem a qual o negócio não existe. Não há que se confundir com a forma legalmente prescrita em lei, que é pressuposto de validade. O vício na existência é tão profundo que não há mesmo nenhum ato a invalidar; não há definitivamente ato algum; há simplesmente a inexistência.²

Quando falta elemento existencial, há déficit na **formação do negócio jurídico**. Carece de requisito orgânico para a sua própria constituição. Não é negócio nascido com má-formação, trata-se de negócio que não se formou. Apesar da **aparência material**, ao negócio inexistente falta elemento vital, requisito essencial para sua configuração. O fato inexistente é o não fato, o nada jurídico.³ Não produz efeito algum, dele nada se aproveita porque é despido de qualquer relevância jurídica. Assim, a inexistência jurídica pode ser alegada a **qualquer tempo**, e por **qualquer pessoa**, interessada ou não.⁴ Se há falta no **suporte fático** de elemento nuclear, mesmo completante do núcleo, não tem entrada no mundo da existência.⁵

Os atos inexistentes, de regra, não produzem plena eficácia. É o caso do testamento público feito por quem não é notário. Testamento não é, mas pode gerar obrigação indenizatória pelo ilícito de ter realizado ato para o qual não tinha legitimidade.

44.1.2. Plano da validade

Diz com a **perfeição** do ato segundo os requisitos legais. Mas, para que algo valha, é necessário que exista. A questão da existência é prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível se pensar em validade

2. Humberto Teodoro Júnior, Comentários ao novo Código Civil, v. 3, t. I, 421.

3. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Direito Civil, 416.

4. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 27.

5. Marcos Bernardes de Melo, Teoria do fato jurídico, 76.

ou invalidade.⁶ Não deve ser confundida inexistência com invalidade. O inválido existe. Representa algo que entrou no mundo jurídico; algo que é, embora não valha ou não possa valer. Não existir não é o mesmo que não valer.⁷

Os pressupostos de validade agregam um atributo aos elementos de existência: o agente necessita ser **capaz e legitimado** para sua realização; a manifestação de vontade tem de ser **livre e de boa-fé**; o objeto deve ser **lícito, possível, determinado ou determinável**; e a forma, **prescrita ou não proibida**. É preciso verificar se o negócio jurídico que “existe” é perfeito ou se possui algum defeito que o contamine de nulidade. Neste plano, cabe analisar os **adjetivos** dos substantivos. Portanto, se faltar um desses requisitos, o negócio jurídico é inválido.

Primeiro a lei identifica os **requisitos de validade** dos negócios jurídicos (CC 104): agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei. Depois elenca as causas que levam à sua **invalidade** e geram ou **nulidade** (CC 166 e 167) ou **anulabilidade** (CC 171). Por fim, arrola os **defeitos dos atos jurídicos**: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores (CC 138 a 165). Tais pressupostos precisam ser aferidos no momento da **formação do ato**: se a parte é capaz, se o suporte fático é eficiente, se a elaboração obedeceu às normas em vigor. Caso positivo, não havendo vícios ou defeitos, o ato tem idoneidade para permanecer no mundo jurídico e produzir efeitos.⁸

Para se reconhecer como válida a manifestação de vontade, dois princípios devem convergir: o da autonomia privada e o da boa-fé. A **autonomia privada**, conceito umbilicalmente ligado à noção de liberdade negocial, é a pedra de toque de toda a teoria dos negócios jurídicos,⁹ enquanto a **boa-fé** é cláusula geral dos contratos (CC 422). A identificação das **incapacidades** – quer absoluta, quer relativa (CC 3.º e 4.º) – é feita pela lei. Além de capacidade, o agente precisa ter **legitimidade** para agir, ou seja, capacitação especial para a prática de determinado negócio jurídico.

As invalidades, todas elas, dependem de expressa previsão legal. Ao ato jurídico nulo não se estabelece prazo. Nulo foi, nulo é, nulo será.¹⁰

6. Pontes de Miranda, Tratado das ações, t. IV, 34.

7. Zeno Veloso, Invalidade do negócio jurídico, 22.

8. Zeno Veloso, Testamentos, 45.

9. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Novo curso de Direito Civil, v. 1, 333.

10. Pontes de Miranda, Tratado das ações, t. IV, 35.

Desatendidos os requisitos de validade, o negócio é eivado de **anulabilidade**. Infringidas normas jurídicas **cogentes**, a consequência torna não válidos os atos jurídicos: ou nulos ou anuláveis, a depender da natureza da norma afrontada.

Cabe trazer as distinções entre **nulidade** e **anulabilidade** postas, de maneira didática, por Zeno Veloso:¹¹

- a **nulidade** tem o objetivo de tutelar **interesses gerais**, prevendo situações que a própria ordem pública quer que se desfaçam; a **anulabilidade** visa, em regra, proteger **interesses privados**, individuais, de uma das partes que figuram no negócio jurídico;
- o direito de obter judicialmente a declaração de nulidade não está sujeito à **decadência**; o direito de requerer a anulação decai com o passar do **tempo**;
- a nulidade é **insuprível, insanável, inconfirmável**; a anulabilidade pode ser sanada, confirmando-se o negócio anulável;
- a nulidade, se for manifesta, deve ser **decretada ex officio** e pode ser alegada pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir; a anulabilidade não pode ser declarada pelo juiz nem requerida pelo agente ministerial;
- a nulidade pode ser requerida por qualquer **interessado**; a anulabilidade, pela parte para cuja proteção foi estabelecida, pelo seu representante legal ou seus sucessores, ou sub-rogados, credores e terceiros prejudicados;
- o negócio nulo não produz **efeitos** jurídicos típicos, respectivos; o anulável produz efeitos, enquanto não for anulado;
- a anulabilidade sempre vem **prevista** em lei, expressamente; a nulidade pode ser textual (expressa) ou virtual (implícita).

Os atos anuláveis entram, desde logo, no plano da eficácia e irradiam seus efeitos, mas interinamente, pois podem ser desconstituídos caso venha a ser decretada sua anulação. Os efeitos podem se tornar definitivos pela sanção da anulabilidade, inclusive pela **prescrição** da pretensão anulatória.¹²

Precisamente por coincidirem, quase sempre, o nulo e o ineficaz, é que se costuma confundir as duas espécies. Mas casos há em que ato nulo produz efeito, o que às vezes confunde os planos da validade e da eficácia.

11. Zeno Veloso, Invalidade do negócio jurídico, 313.

12. Marcos Bernardes de Mello, Teoria do fato jurídico, 79.

É inconveniente, e também danoso, baralhar invalidade com ineficácia. Há atos ineficazes que não produzem efeitos ou que ainda não os produzem, e que não são inválidos.¹³

44.1.3. Plano da eficácia

É onde os fatos jurídicos **produzem efeitos**: criar, extinguir, modificar ou substituir relações jurídicas. Para irradiar efeitos, os atos jurídicos precisam existir e ser válidos. Existência e validade são elementos essenciais dos negócios jurídicos, enquanto a eficácia pode ser diferida no **tempo**. Os atos jurídicos nem sempre geram eficácia imediata.

Faculta a lei que sejam impostos **elementos acidentais** que sujeitem os negócios jurídicos a condição, termo, modo ou encargo. Os atos jurídicos válidos têm entrada no mundo jurídico, mesmo quando pendentes de termo ou condição suspensiva (CC 131): *o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito*. Sua eficácia fica suspensa até que ocorra o acontecimento futuro que impede que produza efeito. Tais condicionantes estancam a eficácia do negócio, ainda que ele exista e seja válido.

Em sede de direito sucessório, a imposição de alguma **condição** só pode ocorrer com referência aos herdeiros testamentários, a quem o testador deixa parte disponível de seus bens. Com relação aos herdeiros necessários, que fazem jus à legítima, as únicas restrições que o *de cujus* pode impor, justificando o motivo, são cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade (CC 1.848), que limitam a eficácia do direito de propriedade dos herdeiros.

São lícitas todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública e aos bons costumes (CC 122). Entre as condições proibidas se incluem as que privam de todo efeito o negócio, ou o sujeita ao puro arbítrio de uma das partes. Não dá para confundir os elementos que retêm os efeitos dos negócios jurídicos.

44.1.3.1. Condição

É a cláusula que subordina a eficácia a evento **futuro e incerto** (CC 121). Requisito básico da condição é a sua eventualidade, ou seja, a falta de certeza de que irá ocorrer ou não.

13. Zeno Veloso, Invalidade do negócio jurídico, 22.

Existem duas modalidades de “condições”: a legal, por estar prevista na lei, e a contratual, que é determinada pelas partes. Tanto uma quanto a outra dizem com elemento relativo a evento futuro e incerto.

44.1.3.2. *Termo*

Quando a eficácia **não depende da vontade** das partes, não se trata de condição, mas de termo: está sujeito a acontecimento futuro e que irá ocorrer. O termo é **determinado** pela indicação, por exemplo, de data pré-definida: tal dia de determinado mês e ano. Termo **indeterminado** é o que vai acontecer, só não se sabe quando. Claro que o exemplo é a morte. Nada mais certo, ainda que indeterminado. A possibilidade de impor termo diz só quanto aos bens, não quanto aos **herdeiros**. Não é possível nomear herdeiro sujeito a termo. Não há herdeiro temporário (CC 1.898).

O implemento tanto da condição como do termo (CC 121) pode produzir dois tipos de efeitos: ou dá início à eficácia do negócio jurídico ou marca o seu fim. Daí dizer-se que o negócio jurídico está sujeito a condição suspensiva ou resolutiva. Quando está sujeito a termo ou condição **suspensiva**, seus efeitos só ocorrem a partir de sua ocorrência (CC 125). A aquisição do direito depende de evento posterior. Enquanto este não ocorrer, há mera expectativa de direito, ou seja, o negócio existe, é válido, mas só produz efeitos a partir da verificação do acontecimento futuro. Já quando o negócio está sujeito a termo ou condição **resolutiva**, produz efeitos imediatos (CC 127). A aquisição do direito ocorre desde logo. Sua eficácia cessa quando do advento da condição ou do termo.

44.1.3.3. *Modo ou encargo*

É a imposição de um ônus, uma obrigação que não suspende a eficácia do negócio jurídico. O beneficiário pode ser a própria pessoa que impõe o encargo, terceiros, ou até uma coletividade. Mesmo que o negócio produza efeitos, o encargo é coercitivo, podendo ser exigido o seu cumprimento. O inadimplemento não afeta a eficácia do negócio jurídico. Pode ser buscada a execução do encargo ou a desconstituição do negócio pelo seu não cumprimento. Não há como confundir condição, termo e encargo. O inadimplemento quer da condição, quer do termo, leva à resolução do negócio jurídico. Não pode ser exigido o cumprimento das cláusulas impostas. Entretanto, com o encargo acontece o contrário: pode ser executado já que o negócio adquire eficácia mesmo antes de cumprido o ônus imposto.

O testamento é o exemplo típico do **negócio jurídico condicionado a termo indeterminado**, ou seja, sua **eficácia** está sujeita à ocorrência de evento futuro e certo: a morte do testador. Ainda que não se saiba a data, vai ocorrer. O testamento nasce ineficaz. Mesmo que atendidos todos os requisitos formais e legais, até a morte do testador o testamento existe, é válido, mas não é eficaz. Juridicamente existente e válido, não produz efeitos, o que só ocorre após a abertura da sucessão. Antes da morte do testador, o testamento é apenas um negócio jurídico unilateral que, perfeito, aguarda o momento da eficácia.¹⁴ Pontes de Miranda diz que testamento é o ato pelo qual a vontade de um morto cria, transmite ou extingue direitos. E explica: é a “vontade de um morto que cria”, e não a “vontade de um vivo para depois da morte”, pois quando o testador quis, vivia.¹⁵ Os efeitos é que dependem da morte.

A abertura da sucessão nem sempre gera a imediata eficácia das disposições de última vontade. Há situações que acarretam a ineficácia do testamento ou de algumas disposições testamentárias, mas recebem denominações diversas. O surgimento de herdeiros necessários enseja o **rompimento** do testamento e subtrai sua eficácia (CC 1.973). Já a **caducidade** atinge a eficácia por fatos alheios à vontade do testador (CC 1.939). Tais acontecimentos não se confundem com as causas que afetam a validade do testamento ou de alguma de suas cláusulas. Quando o testador ultrapassa a parte disponível de seus bens, a mácula nasce com o testamento. Por isso, a **redução** das disposições testamentárias gera a nulidade do testamento, ou, ao menos, de parte dele (CC 1.967).

44.2. DISPOSIÇÕES LEGAIS

De forma absolutamente descabida, o livro das sucessões trata da existência, validade e eficácia do testamento, sem que, na maioria das vezes, se consiga identificar se a referência é ao plano da existência ou da validade, da nulidade ou da anulabilidade, ou, ainda, da eficácia da última disposição de vontade.

Basta atentar ao que diz a lei:

Art. 1.793. O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o coerdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública.

(...)

14. Idem, 34.

15. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 56, 59.

§ 2.º É **ineficaz** a cessão, pelo coerdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente.

§ 3.º **Ineficaz** é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade.

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, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de 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.

Art. 1.802. São **nulas** as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa.

Parágrafo único. Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder.

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

Parágrafo único. A transmissão tem-se por **não verificada** quando o herdeiro renuncia à herança.

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 da 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.

Art. 1.863. É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo.

Art. 1.898. A designação do tempo em que deva começar ou cessar o direito do herdeiro, salvo nas disposições fideicomissárias, ter-se-á por **não escrita**.

Art. 1.900. É **nula** a disposição:

I – que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro;

II – que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar;

III – que favoreça a pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro;

IV – que deixe a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado;

V – que favoreça as pessoas a que se referem os arts. 1.801 e 1.802.

Art. 1.901. **Valerá** a disposição:

I – em favor de pessoa incerta que deva ser determinada por terceiro, dentre duas ou mais pessoas mencionadas pelo testador, ou pertencentes a uma família, ou a um corpo coletivo, ou a um estabelecimento por ele designado;

II – em remuneração de serviços prestados ao testador, por ocasião da moléstia de que faleceu, ainda que fique ao arbítrio do herdeiro ou de outrem determinar o valor do legado.

Art. 1.909. São **anuláveis** as disposições testamentárias inquinadas de erro, dolo ou coação.

Parágrafo único. Extingue-se em quatro anos o direito de anular a disposição, contados de quando o interessado tiver conhecimento do vício.

Art. 1.910. A **ineficácia** de uma disposição testamentária importa a das outras que, sem aquela, não teriam sido determinadas pelo testador.

Art. 1.912. É **ineficaz** o legado de coisa certa que não pertença ao testador no momento da abertura da sucessão.

Art. 1.916. Se o testador legar coisa sua, singularizando-a, só terá **eficácia** o legado se, ao tempo do seu falecimento, ela se achava entre os bens da herança; se a coisa legada existir entre os bens do testador, mas em quantidade inferior à do legado, este será eficaz apenas quanto à existente.

Art. 1.917. O legado de coisa que deva encontrar-se em determinado lugar só terá **eficácia** se nele for achada, salvo se removida a título transitório.

Art. 1.918. O legado de crédito, ou de quitação de dívida, terá **eficácia** somente até a importância desta, ou daquele, ao tempo da morte do testador.

Art. 1.924. O direito de pedir o legado não se exercerá, enquanto se litigue sobre a **validade** do testamento, e, nos legados condicionais, ou a prazo, enquanto esteja pendente a condição ou o prazo não se vença.

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.

Art. 2.027. A partilha é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos.

Parágrafo único. Extingue-se em 1 (um) ano o direito de anular a partilha.

Fora todos esses dispositivos legais, não se pode olvidar da **caducidade** (CC 1.939), que nada mais é do que o reconhecimento da ineficácia, ou do testamento ou de algumas de suas cláusulas. A determinação de **redução das disposições testamentárias** (CC 1.967), do mesmo modo, implica em reconhecimento de ineficácia de parte do testamento. O mesmo se diga quanto ao **rompimento do testamento** (CC 1.973), que implica em sua desconstituição por fato nulificante superveniente, e à sua **revogação** (CC 1.969).

LEITURA COMPLEMENTAR

MADALENO, Rolf. Testamentos inválidos e ineficazes: revogação, rompimento, caducidade, anulabilidade e nulidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 265-318.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico* – Plano da validade. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado das ações*. São Paulo: Ed. RT, 1970. t. I.

VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

45

NULIDADE E ANULABILIDADE

Sumário: 45.1. Distinções – 45.2. Do testamento – 45.3. Das cláusulas testamentárias – 45.4. Prazo – 45.5. Legitimidade – 45.6. Efeitos – 45.7. Responsabilidade notarial – 45.8. Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CF, 236; L 8.935/1994 (Lei dos Cartórios); Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) 108.

45.1. DISTINÇÕES

Como há um profundo interesse em respeitar as manifestações de última vontade, o controle da validade do testamento é extremamente rigoroso. A lei é tão rígida e minuciosa, estabelecendo formas e impondo regras sem fim, que torna o campo sucessório refém do Judiciário. Via de regra, o testamento limita quinhões ou afasta herdeiros. E, quando as deliberações do testador não correspondem às expectativas dos sucessores, o caminho mais trilhado é buscar a desconstituição do testamento ou de algumas de suas cláusulas. Daí a frequência das ações que perseguem vícios formais ou o reconhecimento da ausência de capacidade do testador, com o só intuito de atribuir a herança aos herdeiros legítimos.

No entanto, não dá para esquecer que o princípio regente do direito testamentário é assegurar a observância da **vontade do testador** (CC 1.899). Cabe lembrar o ensinamento de Pontes de Miranda: *as declarações de última vontade, nulas por defeito de forma ou outro motivo, não podem ser renovadas, pois morreu quem as fez. Razão maior para se evitar, no zelo do respeito à forma, o sacrifício do fundo.*¹ Leva-se em conta o momento

1. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 58, 283.

da formação do ato, devendo ser verificado se o **suporte fático** é eficiente e se sua elaboração obedeceu às normas em vigor. Caso positivo, não havendo vícios ou defeitos, o ato tem idoneidade para permanecer no mundo jurídico e produzir efeitos.²

A prova de que o testador não estava, na ocasião em que testou, com higidez mental e portava uma anomalia psíquica, deve ser iniludível e robusta. Na dúvida, vale o testamento, em tributo ao princípio: *in dubio pro capacitate*. Não há necessidade de que o alienado ou enfermo mental tenha sido interditado. Não se exige, para caracterizar a incapacidade, que tenha havido um processo, a verificação judicial da anomalia psíquica e consequente interdição do paciente, com a nomeação de curador (CC 1.767 e ss.).³ O **ônus da prova** é de quem alega a nulidade. Compete ao autor da ação anulatória do testamento a prova dos **atos constitutivos** do direito que alega, ou seja, a ausência de capacidade do autor da herança no momento em que testou (CPC 373 I).⁴

A **idade avançada**, por si só, não exclui a capacidade de testar. A **velhice** não torna o indivíduo incapaz de fazer sua manifestação de última vontade. De outro lado, não é qualquer anomalia cerebral, ou psicopatia que exclui do indivíduo a capacidade testamentária. Se não tiver ocorrido a interdição, que implica em presunção *juris et de jure* da incapacidade, cada situação concreta precisa ser analisada, avaliada, comprovada, para se concluir se, no momento em que fez o testamento, era o outorgante capaz ou não.⁵

As **formalidades legais** têm o objetivo de proteger determinados valores, sem o que perderiam totalmente a razão de existir. No caso do testamento, se justificam. Os pressupostos de forma têm por fim dar maior segurança à expressão da vontade por meio da conservação do instrumento. Só que, com tantas exigências, cresce a possibilidade de serem invocadas nulidades ou anulabilidades dos atos testamentários. Mas a nulidade do testamento importa em desrespeito à lei (CC 1.899): deve-se assegurar a

2. Zeno Veloso, Testamentos, 45.

3. Idem, 50.

4. Ação de nulidade de testamento. Discernimento à época da testificação. Capacidade testamentária ativa. Art. 1.860 do CCB. Ausência de prova. Sentença mantida. Caso em que os autores não se desincumbiram do ônus de provar que a falecida genitora, ao tempo da elaboração do testamento público, era incapaz, como preconiza o art. 373, I, do CPC. Manutenção da sentença de improcedência. Apelação desprovida. (TJRS, AC 70074881962, 8.ª C. Cív., Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 28/09/2017).

5. Zeno Veloso, Novo Código Civil comentado, 1.682.

observância da vontade do testador. Assim, ainda que apresente defeitos de forma, é de se reconhecer válido o testamento quando comprovado que o documento contém a última vontade do declarante. Deve-se impor a solução da efetividade do testamento sempre que exista certeza quanto a ele.⁶ A tendência acentuada da jurisprudência é reconhecer que os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico para a validade do ato testamentário devem ser interpretados sempre de acordo com a finalidade que lhe dá rumo.⁷ Ou seja, o **sentido teleológico** deve prevalecer sobre a mera formalidade.⁸ É neste sentido que se inclina o STJ.⁹

45.2. DO TESTAMENTO

O Código Civil cogita da revogação do testamento, da sua ruptura, da caducidade dos legados, da redução das disposições testamentárias, mas descuidou-se de dedicar um capítulo para normatizar a existência, a validade e a eficácia dos testamentos. Traz dispositivos pouco claros e

6. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 58, 283.
7. Testamento particular excepcional. Art. 1.879 do CC (Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz. Possibilidade legal que dispensa as formalidades essenciais aos demais testamentos previstos no Código Civil. Exigência mínima de menção à circunstância excepcional que o motivou, constante do documento, e de que seja de próprio punho e assinado pelo testador. Hipótese em que o documento não contém assinatura, nem motivo excepcional declarado no documento a justificar sua realização particular e sem testemunhas. Impossibilidade de confirmação pelo juiz. Doutrina e jurisprudência sobre o tema. Recursos providos para afastar a confirmação da r. sentença. (TJSP, APL 00033448820148260360/SP 0003344-88.2014.8.26.0360, Rel. Maia da Cunha, j. 25/10/2018, p. 01/11/2018).
8. José Carlos Teixeira Giorgis, Notas sobre o testamento particular excepcional, 9.
9. Recurso especial. Testamento. Formalidades legais não observadas. Nulidade. 1. Atendido os pressupostos básicos da sucessão testamentária – i) capacidade do testador; ii) atendimento aos limites do que pode dispor e; iii) lúdima declaração de vontade – a ausência de umas das formalidades exigidas por lei, pode e deve ser colmatada para a preservação da vontade do testador, pois as regulações atinentes ao testamento tem por escopo único, a preservação da vontade do testador. 2. Evidenciada, tanto a capacidade cognitiva do testador quanto o fato de que testamento, lido pelo tabelião, correspondia, exatamente à manifestação de vontade do de cujus, não cabe então, reputar como nulo o testamento, por ter sido preterida solenidades fixadas em lei, porquanto o fim dessas – assegurar a higidez da manifestação do de cujus –, foi completamente satisfeita com os procedimentos adotados. 3. Recurso não provido. (STJ – REsp: 1677931 MG 2017/0054235-0, 3.ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/08/2017).

perdidos nos mais diversos capítulos. A falta de sistematização não permite nem uma construção segura sobre a natureza dos vícios que podem afetar a higidez do testamento, omissão que prejudica a identificação das ações que questionam sua validade, a legitimidade das partes e os efeitos da sentença.

Algumas distinções se impõem. A **revogação** do testamento afeta a sua eficácia por ato do próprio testador (CC 1.969). O **rompimento** e a **caducidade** igualmente atingem sua eficácia, mas sem a intervenção do autor da herança e por fato estranho à sua vontade. Por exemplo, o testamento caduca quando o herdeiro beneficiado morre antes do testador (CC 1.939 V) e se rompe quando nasce ou aparece herdeiro necessário depois de sua elaboração (CC 1.973). Nenhuma dessas figuras se confunde com a **nulidade**, em que o testamento é privado de valor desde o momento em que foi feito. Bem sintetiza Pontes de Miranda: *a caducidade e a revogação supõem a validade original que causa posterior vem destruir: nasceu vivo, porém algo o fere e o mata. Na revogação, a própria vontade do testador é a causa invalidante, e, na caducidade, a fonte é estranha ao testador.*¹⁰ Já a **redução** das disposições testamentárias, afeta a validade das deliberações no que ultrapassaram a parte disponível (CC 1.967). O vício nasceu junto com o testamento.

O legislador não deixa claro que a higidez do testamento só pode ser questionada depois da morte do testador. Mas deveria. Como se trata de um **negócio jurídico mortis causa**, somente com a abertura da sucessão é que a alegação da sua invalidade terá pertinência.¹¹ Também não consagrou em norma expressa a teoria da inexistência, mas nem por isso se podem embaralhar os planos da existência, da validade e da eficácia. O testamento existe quando corresponde a uma das espécies previstas na lei: público, particular ou cerrado. Situações emergenciais autorizam que seja elaborado de maneira excepcional: marítimo, aeronáutico e militar. Se o testador não morrer ou não fizer outro testamento, a eficácia dos testamentos especiais persiste pelo prazo de 90 dias (CC 1.891 e 1.895). Cada uma das diversas formas de testamento tem suas formalidades, que exigem estrita obediência. Fora das formas legais não há testamento. Assim, o testamento gravado em fita de vídeo ou levado a efeito perante alguém que não é tabelião, testamento não é.

Quando o testamento não é testamento, ou seja, não existe, não cabe nem buscar o reconhecimento judicial de sua **inexistência**. Não existindo

10. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 59, 374.

11. Zeno Veloso, Testamentos, 192.

juridicamente, não precisa sequer ser desconstituído, pois não tem vocação para produzir qualquer efeito. Ausentes requisitos essenciais que comprometem sua integralidade material ou jurídica, o testamento não produz efeito nenhum. E, sem o risco de ser cumprido, nada precisa ser feito para o reconhecimento de sua imprestabilidade.

Excepcionalmente cabe **declaração judicial** de sua inexistência em razão dos efeitos que o documento, que parece ser um testamento, possa produzir. Qualquer interessado, a qualquer tempo, pode buscar a declaração judicial da inexistência do testamento por meio de ação de carga eficaz meramente **declaratória**, uma vez que a sentença nada desconstitui, só declara que o testamento não existe.

Em sede de direito testamentário, a nulidade é matéria de **ordem pública**.¹² Mas a lei não traz qualquer norma explícita sobre a invalidade do testamento, somente fala em nulidade de disposições testamentárias (CC 1.900). O reconhecimento da ocorrência de **erro, dolo ou coação** (CC 1.909), afeta a higidez do próprio testamento e não só de algumas de suas disposições.

A **validade** dos negócios jurídicos está condicionada aos requisitos estabelecidos na lei (CC 104): agente capaz, objeto lícito e forma não proibida em lei. O testamento se sujeita aos mesmos pressupostos. Como é ato estritamente **formal**, o descumprimento das formalidades legais o torna nulo. Também o **objeto** deve ser lícito. Não são susceptíveis de sucessão bens ou atividades ilícitas, como substâncias entorpecentes ou a exploração de jogos de azar. O requisito da **capacidade** civil não coincide com a capacidade para testar (CC 1.857): toda pessoa capaz pode dispor por testamento. Só que a lei defere capacidade testamentária a partir dos 16 anos (CC 1.860 parágrafo único). Quem tem entre 16 e 18 anos é relativamente capaz para os atos da vida civil (CC 4.º I), mas é plenamente capaz para testar. Não cabe ser assistido por seus representantes.

A validade do testamento por **limitação de ordem psíquica** do testador não se sujeita às hipóteses que tratam da incapacidade relativa (CC 4.º III) para os atos da vida civil. Afasta-se o legislador da regra geral ao exigir “pleno discernimento”.

Desnecessariamente ressalva a lei que a incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento nem a recuperação posterior da capacidade convalida a nulidade (CC 1.861).

12. Rolf Madaleno, Testamentos inválidos e ineficazes, 280.

Quando a alegação é de **nulidade**, há que se distinguir a espécie do gênero **invalidade** segundo a natureza da norma jurídica violada: se leva à nulidade ou à anulabilidade, também chamadas de nulidade absoluta ou nulidade relativa. São conceitos que não se podem confundir. A **nulidade absoluta** viola norma de ordem pública de natureza cogente (CC 166 e 167). A **nulidade relativa** é vício menor, decorre da infringência de norma jurídica protetora de interesse eminentemente privado e particular (CC 171).

Os **defeitos dos atos jurídicos** são: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores (CC 138 a 165). Presentes esses vícios no testamento, acarretam sua nulidade. Quanto a nulidade do testamento é feita referência somente ao erro, ao dolo ou à coação (CC 1.909). De qualquer forma, todos os vícios dos negócios jurídicos se aplicam ao testamento, sendo causas de **nulidade relativa**. A fraude contra credores nem sempre autoriza a anulação do testamento, em face da possibilidade de os credores se habilitarem no inventário para exigir o pagamento das dívidas (CPC 642).

Fora dos vícios dos atos jurídicos, outras causas levam à **nulidade absoluta** do testamento (CC 1.863): o **testamento conjunto** – simultâneo, recíproco ou correspectivo. Em todas essas hipóteses não se está nem em sede de testamento. São disposições que configuram verdadeiro negócio jurídico sobre herança de pessoa viva, o que é expressamente proibido (CC 426).

45.3. DAS CLÁUSULAS TESTAMENTÁRIAS

Não é só o testamento, como um todo, que pode estar contaminado de nulidade. É possível que algumas cláusulas padeçam de invalidade, o que não compromete a higidez do próprio testamento. Trata-se de **nulidade parcial** (CC 184). São consideradas **anuláveis** as disposições testamentárias elaboradas mediante erro, dolo ou coação (CC 1.909). Quando essas máculas – e mais o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores – estão presentes nos **atos jurídicos** (CC 138, 145, 151, 156, 157 e 158), ensejam a desconstituição do ato e não de parte dele, como ocorre no testamento. A possibilidade de invalidar somente alguma cláusula testamentária revela, mais uma vez, o esforço da lei em salvar o testamento. A nulidade de uma ou mais cláusulas não afeta a higidez das demais disposições.

Quando o testador tem herdeiros necessários e contempla os beneficiários com valores que ultrapassam a parte disponível, impõe-se limitar a liberalidade. A nulidade afeta somente o excesso. Impõe-se a **redução**:

decota-se a parte imprestável, ficando reduzido o testamento à parte válida. Isso, é claro, se for possível isolar e apartar, se for razoável economicamente, se for viável e justo segregar o que se apresenta inválido do restante.¹³

Diz a lei ser **nula** a disposição testamentária que impõe ao herdeiro o dever de ele, por testamento, beneficiar o testador ou terceira pessoa. É o que se chama de condição **captatória** (CC 1.900 I). Também é nula cláusula que contempla pessoa incerta que não se consiga identificar, ou quando é delegada a terceiros a escolha do herdeiro ou a quantificação do legado. Apesar dessas proibições, procura a lei salvar alguns desses vícios (CC 1.901). E, ademais, edita uma série de regras para suprir eventuais omissões do testador, todas voltadas a prestigiar a validade das disposições testamentárias (CC 1.902 a 1.908).

Não admite a lei que seja beneficiado quem direta ou indiretamente **participou da elaboração** do testamento. Usa a expressão “não podem ser nomeados herdeiros nem legatários” (CC 1.801), vedação que leva à nulidade da cláusula testamentária que beneficie as pessoas indicadas. Entre essas limitações, há uma de todo estapafúrdia, ao tentar impedir que seja beneficiado o “**concubino**”, que nada mais é do que o companheiro da união estável (CC 1.801 III).

45.4. PRAZO

Confere a lei prazos diversos e termos iniciais também diferentes, a depender da intenção do autor da ação: a anulação de todo o testamento ou somente de alguma de suas cláusulas.

A regra geral é a imprescritibilidade. O **nulo** nunca se considera sanado (CC 169): *o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo*. No entanto, em sede de direito testamentário há uma exceção (CC 1.859): a validade do testamento só pode ser impugnada pelo prazo de **cinco anos**, a contar do respectivo registro. Impugnar a **validade** significa alegar que o testamento é inválido, nulo ou anulável. Se o testamento não for impugnado neste prazo, a nulidade, ainda que absoluta, convalesce. Depois nada mais cabe ser questionado.

Quanto à higidez das **disposições testamentárias** (CC 1.801 e 1.900), olvida-se o legislador de indicar o lapso prescricional. Como o prazo para a nulidade do testamento é de **cinco anos** (CC 1.859), é de se reconhecer

13. Zeno Veloso, Invalidade do negócio jurídico, 112.

prazo igual quando a anulação é de alguma de suas cláusulas.¹⁴ Tanto o prazo como o termo inicial devem ser os mesmos.

A única referência a prazo prescricional diz com a alegação da existência de **erro, dolo ou coação** (CC 1.909). Mas não só estas hipóteses cabem ser invocadas. Também se incluem os demais vícios de vontade que o legislador se esqueceu de citar: estado de perigo, lesão ou fraude contra credores (CC 138 a 165). Eles também comprometem a higidez de todo e qualquer negócio jurídico, até do testamento. Ora, se a alegação é de defeito na formação do testamento, não há como reconhecer a anulabilidade somente de algumas disposições. Viciada a vontade do testador, não só as cláusulas são passíveis de anulação, mas todo o testamento.

O prazo é de **quatro anos** e flui da data em que o interessado tiver conhecimento do vício (CC 1.909 parágrafo único). Ora, é difícil identificar, com segurança, o termo inicial para a desconstituição: o conhecimento do vício pelo interessado. Como o testamento é levado a **registro**, presume-se sua publicidade, e não é possível eleger outro momento para o início do prazo para impugná-lo.

45.5. LEGITIMIDADE

A doutrina não cansa de repetir que, **nulo** o testamento, a declaração da nulidade opera de pleno direito, podendo ser invocada por qualquer pessoa, inclusive pelo **Ministério Público**, que atua no procedimento de registro do testamento. Também o **juiz** pode decretar a nulidade de ofício. Pode e deve. Mas isso dentro do prazo legal.

Quando a gravidade do vício não é tão relevante, e a **nulidade é relativa**, somente tem legitimidade para buscar a desconstituição do testamento quem a nulidade aproveita. O ônus da prova incumbe ao autor que argui a nulidade do testamento, pois o princípio é o da preservação da manifestação da vontade do testador.

45.6 Prescrição

A **nulidade absoluta**, no dizer de Orlando Gomes, é perpétua, não se extinguindo pela prescrição. O decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido.¹⁵ A qualquer tempo é alegável (CC 169). O testamento nulo não pode ser ratificado. É necessário ser feito outro, ainda que re-

14. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 394.

15. Orlando Gomes, *Obrigações*, 488.

produzindo o mesmo conteúdo. Apesar de a ação declaratória da nulidade ser imprescritível, em sede de testamento há que ser respeitado o prazo estabelecido na lei para o reconhecimento da nulidade do testamento: **cinco anos** da data do registro (CC 1.859).

O prazo não flui nem da feitura do testamento, nem da morte, mas do **registro do testamento**, que é um procedimento de jurisdição voluntária. Impugnar a **validade** significa alegar que o testamento é inválido, nulo ou anulável. Ou ele ou alguma de suas cláusulas. Caso nada seja alegado, o vício desaparece. Mas não há como negar que o ato existiu, embora eivado de vício que impossibilita sua validade jurídica. Ainda assim, tal ato gera, sem sobra de dúvida, efeitos concretos, que se convalidam com o decurso do tempo.¹⁶

A ação declaratória de nulidade do testamento é **imprescritível**. De **cinco** anos é o prazo para impugnar sua validade (CC 1.859). No entanto, os efeitos de natureza **patrimonial** prescrevem em **10 anos** (CC 205).

45.6. EFEITOS

O ordenamento jurídico não pode deixar de levar em conta os efeitos materiais produzidos pelos atos contaminados de nulidade. Daí a necessidade do uso da via judicial. Quando o testamento é nulo, a ação é **declaratória**. Se o vício for relativo, a demanda é **anulatória**, de carga eficaz **desconstitutiva**. A sentença que declara a nulidade ou decreta a anulação do testamento tem eficácia *ex tunc*. Os efeitos alcançam a própria confecção do testamento. O que era nulo ou anulável, nulo ou anulável está desde antes da morte do testador. A anulação por erro, coação ou dolo opera desde o princípio. Não há testamento. A ineficácia existe. Não há momento de eficácia que resista à força cancelante da sentença anulatória.¹⁷

A nulidade – quer absoluta, quer relativa – não afeta as declarações de conteúdo **extrapatrimonial** contidas do testamento. Não dá para esquecer que certas manifestações, como o **reconhecimento de filho**, geram plena eficácia, indiferente da eventual nulidade da cláusula testamentária em que foi declarada a paternidade.¹⁸ A não ser, é claro, que o vício atinja a própria cláusula de reconhecimento. Disposições outras, de pequena expressão eco-

16. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Novo curso de Direito Civil, v. 1, 389.

17. Pontes de Miranda, Tratado das ações, t. VII, 249.

18. Rolf Madaleno, Testamentos inválidos e ineficazes, 280.

nômica e que comportariam o uso de **codicilo**, podem ser cumpridas, uma vez que se trata de manifestação que não exige o formalismo do testamento.

45.7. RESPONSABILIDADE NOTARIAL

Declarada a nulidade do testamento em que houve a participação do **tabelião de notas** – seja na elaboração do testamento público, seja na aprovação do testamento cerrado –, é preciso apurar eventual responsabilidade.

Trata-se de responsabilidade **objetiva**, não havendo necessidade de se identificar a presença de culpa. A responsabilidade é presumida, assegurado **direito de regresso**.¹⁹

A **Lei dos Cartórios** (L 8.935/94) traz extensa lista das responsabilidades dos notários e prevê severas consequências ao descumprimento das atividades funcionais.

Dispõe de legitimidade para a demanda o herdeiro que restou prejudicado com a desconstituição do testamento. Além da ação por **perdas e danos**, o notário também se sujeita a processo administrativo por falta funcional.

O **Estatuto do Idoso** tipifica como crime e sujeita o tabelião à pena de reclusão de dois a quatro anos, caso lavre ato que envolva idoso sem discernimento e sem representação (EI 108).

45.8. ASPECTOS PROCESSUAIS

As ações visando a declaração ou o reconhecimento da nulidade do testamento ou de cláusulas testamentárias só podem ser intentadas depois da morte do testador. Ainda que o testamento seja público, nem assim pode ser buscada sua desconstituição, estando o testador vivo.

A ação deve ser intentada no **juízo do inventário**, mas não nos mesmos autos (CPC 61). Não há **conexão** entre o inventário e a ação anulatória. Pode ocorrer é a suspensão do inventário durante a tramitação da ação anulatória.²⁰

19. Lei 8.935/1994, 22.

20. Conflito de competência – Ação de anulação de testamento – Nulidade dos negócios jurídicos – Não atração do juízo sucessório – Inexistência de conexão entre a ação de inventário e a de anulação do testamento. – A competência para processar e julgar a ação de anulação de testamento é do Juízo Cível, tendo em vista que a matéria versa exclusivamente sobre a validade de negócio jurídico – Inexiste conexão

Havendo a figura do **testamenteiro**, é dele a legitimidade passiva para a ação, pois tem o dever de defender a validade do testamento (CC 1.981). Neste caso não é obrigatória a presença do inventariante e dos herdeiros. Não são litisconsortes necessários. No entanto, podem intervir no processo como **assistentes litisconsorciais** (CPC 124). Afinal, os efeitos da sentença afetam o seu direito à sucessão. Inexistindo a figura do testamenteiro, é Indispensável a citação de todos os herdeiros, tratando-se de **litisconsórcio necessário**.²¹

A alegação de **nulidade absoluta** leva à propositura da **ação declaratória de nulidade**, que tem carga de **eficácia declaratória**. Dispõem de legitimidade para a demanda os herdeiros, os seus credores e quem possa se beneficiar com o resultado da demanda. A alegação de **nulidade relativa** autoriza o uso da **ação de anulação** do testamento, que dispõe de carga de **eficácia desconstitutiva**. Somente os herdeiros, os seus credores e quem demonstrar interesse dispõem de legitimidade ativa para a demanda.

Tanto a sentença declaratória de nulidade como a de anulação, apesar de disporem de cargas de eficácia diversas, têm efeito *ex tunc*, e seus efeitos retroagem à data da confecção do testamento.

Como são ações de conhecimento, **não suspendem** o inventário. Enquanto não desconstituído ou declarado nulo, o testamento vale. No entanto, pode ser pleiteada alguma medida acauteladora, como a reserva de bens, para assegurar o cumprimento da sentença caso venha a ser reconhecida a nulidade do testamento.

LEITURA COMPLEMENTAR

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: Direito das Sucessões*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 6.

entre o processo de inventário e a ação anulatória, já que ausente a identidade entre os pedidos e a causa de pedir das demandas – A prejudicialidade existente entre as demandas poderá ensejar, a partir das circunstâncias do caso concreto, a suspensão do trâmite do inventário até o encerramento da ação anulatória (alínea a do inciso V do artigo 313 do CPC/15). (TJ-MG – CC: 10000180804700000/MG, Rel. Ana Paula Caixeta, j. 22/11/2018, p. 27/11/2018).

21. Ação anulatória de testamento público. Necessidade de citação de todos os herdeiros. hipótese de litisconsórcio passivo necessário. Sentença desconstituída de ofício. Apelo prejudicado. TJ-RS – AC: 70077375301/RS, 7.^a Câm. Cív., Rel. Sandra Brisolara Medeiros, j. 30/05/2018, p. 06/06/2018).

- MADALENO, Rolf. Testamentos inválidos e ineficazes: revogação, rompimento, caducidade, anulabilidade e nulidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 265-318.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

46

CADUCIDADE

Referências legais: CC 1.788, 1.800 § 4.º, 1.891, 1.894, 1.895, 1.896 parágrafo único, 1.939, 1.940, 1.955, 1.958, 1.971, 1.973; CPC 737 § 3.º.

O nome é horroroso. Caducidade vem de **caduco** e significa decrepitude, decadência. Além de antiga, a expressão não tem conteúdo técnico. No âmbito do direito sucessório, caducar é perder a eficácia, cair, decair, ficar sem efeito, inutilizar-se.¹ A expressão é usada para indicar a impossibilidade de ser cumprido o testamento ou alguma disposição testamentária, por motivo alheio à vontade do testador.

Atentando à escala tão bem sistematizada por Pontes de Miranda, quanto aos planos da existência, da validade e da eficácia dos atos jurídicos, a caducidade pertence ao plano da **eficácia**. Caducar é, portanto, perder a eficácia. A caducidade é a inutilização por **motivo superveniente que lhe retira os efeitos**.² Fatos e circunstâncias outras que obstaculizam o cumprimento do testamento são trazidos pela doutrina como exemplos de caducidade. Nem sempre o são. Assim, a declaração de inexistência ou o reconhecimento da nulidade do testamento não atingem sua eficácia. É que tais máculas acompanharam o ato desde sua constituição, são contemporâneas à sua elaboração e não se confundem com a caducidade, que ocorre em virtude de obstáculo superveniente e estranho à formação do testamento.³

A ineficácia nada tem a ver com o plano da **nulidade**. Ainda que o testamento exista e seja válido, não há como ser cumprido quando lhe falta eficácia. Nulo o testamento, nulo é todo o seu conteúdo, quer se trate da

1. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 57, 322.

2. Idem, ibidem.

3. Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Direito Civil, 374.

herança, dos legados ou de outras determinações.⁴ O testamento nulo ou o que foi anulado, testamento não é. O testamento caduco é testamento, apenas se lhe apaga o objeto, pela perda ou pela falta dos sujeitos instituídos beneficiários.⁵ Morto o herdeiro testamentário antes do testador, o testamento caduca.⁶ Mostra a lei, ainda que de forma tímida, que reconhece esta distinção ao dizer que a herança transmite-se aos herdeiros legítimos quando o testamento caducar ou for julgado nulo (CC 1.788).

Tanto o testamento como uma ou mais cláusulas testamentárias podem perder a eficácia, ou seja, caducar. Mas estas são realidades que não se podem confundir. Caduco o **testamento**, nenhuma de suas disposições vale, pelo menos as de caráter patrimonial. Sobrevivem manifestações de outra natureza, como, por exemplo, o reconhecimento de um filho. Já a caducidade de alguma **cláusula testamentária** não afeta a higidez do testamento. Subsistem todas as demais deliberações que não estão a ela condicionadas.

A declaração de caducidade do testamento ou de alguma de suas cláusulas pode ocorrer nos **autos do inventário**, a não ser que demande dilação probatória. Neste caso, as partes são remetidas às **vias ordinárias**. Na ação declaratória de caducidade do testamento, o **testamenteiro** tem legitimidade passiva. A presença de todos os herdeiros e os eventuais beneficiários com a manutenção ou desconstituição não dispensa a presença do testamenteiro, que é **litisconsorte necessário**.

4. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 57, 321.

5. Idem, 406.

6. Ação de sobrepartilha de bens testamentários sonegados. Extinção do processo sem resolução do mérito. Art. 267, IV do CPC. Bens objeto de testamento da avó paterna ao genitor pré-morto do promovente. Art. 1939 do Código Civil. Ausência de disposição expressa sobre sucessão no legado. Natureza intuito persone. Caducidade do legado. Bens que retornam ao acervo da sucessão legítima. Inteligência do art. 1788 do C.C. Direito aos bens que deve ser pleiteado no foro do inventário da falecida avó paterna. Via eleita inadequada. Manutenção da sentença. Desprovemento do recurso. Nos casos em que o legatário falece antes do testador, caduca o legado anteriormente firmado, ante a natureza intuito personae do ato de última vontade, na forma do art. 1.939, V, do Código Civil. Caducando o legado, os bens insertos no ato de transmissão serão transmitidos por meio da sucessão legítima, podendo o sucessor do pré-morto herdar por estirpe os direitos inerentes ao falecido pai, como se vivo fosse, por meio do direito de representação. A pretensão de direito sobre os bens do acervo hereditário da falecida avó paterna deverá ser intentada por meio de ação própria no foro do seu inventário e não no foro do inventário do falecido genitor. (TJAL, AC 0000499-58.2011.815.0081, 1.ª C. Civ., Rel. Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti, j. 18/04/2017).

O instituto da caducidade do testamento não tem dispositivo próprio. Somente dispõe de capítulo específico a **caducidade dos legados** (CC 1.939 e 1.940). Quanto ao testamento, há uma única referência legal (CC 1.788): *Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo*. Fora disso, está prevista a ineficácia dos testamentos especiais: caduca o testamento se o testador não morrer dentro do prazo de noventa dias (CC 1.891 e 1.895).

O **rompimento do testamento** é causa de caducidade (CC 1.973): quando, depois de lavrado, aparecem descendentes do testador cuja existência ele desconhecia. Quando todo o testamento caduca, não valem nem as disposições da parte disponível dos bens: rompem-se o testamento e todas as suas cláusulas. A exclusão de herdeiro necessário, ainda que diga com a metade disponível, só tem eficácia se o testador sabia da sua existência (CC 1.975). Esclarece a própria lei que não importa em rompimento o fato de o testador não contemplar herdeiros necessários de cuja existência estava ciente, ou quando os excluir da parte disponível dos bens sem a devida fundamentação.⁷

Outra hipótese de caducidade é prevista no **testamento nuncupativo**, ou seja, o feito oralmente, durante a guerra, perante duas testemunhas. Se o testador não morrer, o testamento perde a eficácia (CC 1.896 parágrafo único).

Arnaldo Rizzardo considera a ausência de herdeiros sucessíveis e a falta de bens para a composição da herança como causas de caducidade.⁸

O Código Civil usa a expressão caducidade em outros institutos. Dedicou um capítulo à caducidade dos legados (CC 1.939 e 1.940), mas cabe trazer as referências existentes no âmbito do direito sucessório:

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o **testamento caducar**, ou for julgado nulo.

Art. 1.891. **Caducará** o testamento marítimo, ou aeronáutico, se o testador não morrer na viagem, nem nos noventa dias subsequentes ao

7. Arnaldo Wald, *O novo Direito das Sucessões*, 236.

8. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 381.

seu desembarque em terra, onde possa fazer, na forma ordinária, outro testamento.

Art. 1.895. **Caduca** o testamento militar, desde que, depois dele, o testador esteja, noventa dias seguidos, em lugar onde possa testar na forma ordinária, salvo se esse testamento apresentar as solenidades prescritas no parágrafo único do artigo antecedente.

Art. 1.955. O fideicomissário pode renunciar a herança ou o legado, e, neste caso, o fideicomisso **caduca**, deixando de ser resolúvel a propriedade do fiduciário, se não houver disposição contrária do testador.

Art. 1.958. **Caduca** o fideicomisso se o fideicomissário morrer antes do fiduciário, ou antes de realizar-se a condição resolutória do direito deste último; nesse caso, a propriedade consolida-se no fiduciário, nos termos do art. 1.955.

Art. 1.971. A revogação produzirá seus efeitos, ainda quando o testamento, que a encerra, vier a **caducar** por exclusão, incapacidade ou renúncia do herdeiro nele nomeado; não valerá, se o testamento revogatório for anulado por omissão ou infração de solenidades essenciais ou por vícios intrínsecos.

LEITURA COMPLEMENTAR

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 7.

47

REDUÇÕES

Sumário: **47.1.** Hipóteses e possibilidades – **47.2.** Das doações *inter vivos* – **47.3.** Das disposições testamentárias – **47.4.** Ordem das reduções – **47.5.** Bem indivisível – **47.6.** Bens remanescentes – **47.7.** Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.966 a 1.968, 2.007; CPC 639 a 641.

47.1. HIPÓTESES E POSSIBILIDADES

A liberdade do titular do patrimônio é relativa. Todo mundo pode dispor de seus bens, mas há um **limite**. Quem tem herdeiros necessários (CC 1.845) precisa preservar a **legítima a eles destinada** (CC 1.846). Assim, a pessoa que quiser brindar alguém com seus bens – quer por ato *inter vivos* ou via testamento –, não pode ultrapassar a parte que pode dispor: **a metade**.

O meio de controlar o cumprimento deste verdadeiro dogma é conceder, a quem tem direito à legítima, a possibilidade de fiscalizar os atos de disposição levados a efeito por seu titular. Sempre que houver excesso, impõe-se a redução ao molde legal. Como afirma Carlos Maximiliano, a intangibilidade da legítima tem no direito à redução das liberalidades sua garantia eficiente, a sanção lógica e indispensável.¹

Quando o limite foi ultrapassado no testamento, é preciso aguardar a morte do testador. Antes disso, como as disposições testamentárias não têm **eficácia**, nenhum prejuízo pode sofrer os herdeiros. O fato de o titular do patrimônio extrapolar os limites da legítima não enseja a **nulidade** do

1. Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, v. 3, 36.

testamento. A redução não atinge o **plano da validade**, mas a sua **eficácia**. A lei usa o termo redução e não declaração de nulidade ou anulação.²

Apesar de a lei fazer referência somente à redução das disposições testamentárias, também as **doações *inter vivos*** estão sujeitas à redução (CC 2.007). Basta que ultrapassem o limite do permitido. As consequências são as mesmas. Caso a liberalidade ocorra por meio de doação ou através de testamento, o exagero cabe ser eliminado. A lei é categórica (CC 549): **a doação é nula**. Mas a doação não precisa ser desconstituída. Impõe-se tão só a redução quanto ao excesso (CC 2.007). Também é nula a cláusula que beneficia um herdeiro em detrimento dos que têm direito à legítima. A diferença nem é quanto à **natureza do ato**, se entre vivos ou *causa mortis*. A distinção mais acentuada diz com a **qualidade dos beneficiários**: se são herdeiros necessários ou pessoas estranhas à sucessão. Doações e benefícios testamentários a favor de **terceiros** estão sujeitos à **redução**. Já doações ou a instituição de quinhão testamentário a favor de **herdeiros necessários** em montante excessivo permite **compensação**, para assegurar aos demais herdeiros igualdade de tratamento. Mas é necessário haver patrimônio para brincar os herdeiros preteridos com o valor da diferença. Somente cabe falar em redução se não existirem bens para igualar as legítimas. Assim, quando da abertura da sucessão, cabe fazer um balanço dos atos de generosidade, quer os levados a efeito por ato *inter vivos*, quer via testamento. Para isso se adicionam as liberalidades presentes e passadas, não podendo esta soma invadir a legítima dos herdeiros necessários.³

Violada a legítima do herdeiro necessário – por disposição testamentária ou mesmo por doação realizada em vida –, o herdeiro prejudicado pode obter o complemento daquilo que falta à sua legítima. O pedido pode ser formulado nos autos do **inventário**. Surgindo controvérsias que mereçam dilação probatória, a questão deve ser remetida às vias ordinárias. O inventariante ou o herdeiro que se sentir prejudicado pode promover a **ação de redução de doação inoficiosa**. A ação tem por objeto desconstituir a doação no que excedeu à porção disponível e comprometeu a legítima de herdeiro necessário. Quando a ação é promovida pelo **inventariante**, reconhecida a necessidade de restringir os exageros do falecido, **todos os herdeiros** prejudicados restam beneficiados. Quando a ação é promovida somente por um dos herdeiros, diverge a doutrinação sobre os efeitos da sentença: se a redução aproveita a todos ou somente ao herdeiro que pro-

2. Flávio Tartuce, Direito Civil, v.6, 516.

3. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 482.

moveu a ação. Há que se atentar à **natureza** da demanda. Como a sentença dispõe de **eficácia constitutiva negativa**, não é possível limitar seus efeitos. Assim, requerida por qualquer dos herdeiros, a todos aproveita. A divisão é feita em prol de todos.

Este entendimento, no entanto, não é uniforme. Caio Mário restringe a redução a favor do autor, sob a justificativa de que os demais podem querer respeitar as doações e o testamento do finado.⁴ Neste caso, recortar-se-ia a doação com relação à fração do herdeiro que buscou a redução. Não ocorreria aumento do acervo hereditário de modo a beneficiar todos. Procedente a ação, somente o quinhão do autor seria preservado, reduzindo-se a liberalidade na proporção de quem se insurgiu contra o excesso. Só o exemplo socorre: (A) doa ao seu irmão uma casa no valor de R\$ 100 mil. Como seu patrimônio era de R\$ 180 mil, só podia dispor da metade: R\$ 90 mil. Houve excesso de R\$ 10 mil. Um de seus cinco filhos busca a redução da doação. A procedência da ação vai declarar a ineficácia somente de parte da doação, no montante de R\$ 2 mil, que é a fração da legítima do autor que foi afrontada. A omissão dos irmãos significa que concordaram com a doação. Abriram mão de parte de sua legítima.

47.2. DAS DOAÇÕES INTER VIVOS

A restrição para doar é a mesma para testar (CC 549): nula é a doação no que exceder o quanto de que o testador podia dispor por testamento. Apesar da expressão legal, o excesso não leva à nulidade da doação. Chama-se de **doação inoficiosa** a parte que transborda o limite permitido pela lei. Impõe sua redução (CC 2.007). Desconstituiu-se somente o que foi além do possível.⁵

4. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 350.

5. Ação declaratória de nulidade de doação inoficiosa. Alegação de que o valor do bem ultrapassa o patrimônio disponível da genitora comum, invadindo a legítima. Improcedência. Liberalidade praticada por ascendente em favor de herdeiros necessários com exclusão da apelante. Presunção legal de adiantamento da legítima (CC, art. 544). Validade. Ato que independe do consentimento dos demais herdeiros. Impossibilidade de aplicação analógica do art. 496 do CC. Ausência de prejuízo à legítima ante o dever do donatário de proceder à colação, sob pena de sonegados. Inoficiosidade que só se configura quando a doação recai sobre a integralidade do patrimônio do de cujus ou se, dispensada a colação, o valor exceder a parte disponível mais a legítima cabível aos herdeiros donatários. Hipótese que não implica invalidade do negócio, mas no direito à redução do excesso (CC, art. 2.007, § 3º). Requisitos que sequer foram alegados, muito menos provados. Aplicação do art. 373, I,

Há que distinguir doações a herdeiros e a estranhos.

As doações feitas em vida a **herdeiros necessários** são consideradas **antecipação de legítima** e, quando da morte do doador, precisam ser trazidas à conferência para assegurar a igualdade das quotas hereditárias. É o que se chama trazer à **colação** (CC 2.002).

Quando a doação favorece **herdeiros facultativos ou terceiros**, não há o dever de conferir. Não precisam os donatários comparecer ao inventário para declinar o que receberam em vida do *de cujus*. Essa diferença de tratamento decorre do fato de as doações feitas a herdeiro necessário serem abatidas da legítima. As doações que beneficiam terceiros são deduzidas da parte **disponível**: metade do patrimônio que o doador possuía à época da doação. Assim, tudo o que é doado a herdeiro necessário precisa ser compensado porque configura adiantamento de legítima. Quando os beneficiados são terceiros, não há compensação. Invasa a legítima dos herdeiros necessários, no máximo cabe redução, que leva à anulação do excedente.⁶

Também cabe distinguir: **colação** é mera conferência de valores para serem igualados os quinhões, completando-se as quotas hereditárias dos que foram prejudicados pelas doações feitas pelo defunto. **Redução** é anulação do excedente, podendo alcançar parte ou fulminar totalmente a liberalidade.⁷ Ainda que não se confunda colação com redução, quando não existirem bens suficientes para a devida compensação, impõe-se a redução (CC 2.007). O momento para verificar valores é a o **da abertura da sucessão** (CPC 639 parágrafo único). Mais nova, a regra processual sobrepõe-se ao estabelecido na lei civil (CC 2.007 § 1.º).

Feita doação a herdeiros necessários ou a estranhos, em valor que ultrapasse aquilo de que poderia dispor o doador, em que momento pode ser proposta a ação de redução? Tão logo levada a efeito a doação ou somente após a abertura da sucessão? O tema divide a doutrina. Boa parte diz que os herdeiros necessários só podem pedir a redução das doações depois da morte do doador. Antes disso, a demanda configuraria litigar

do CPC. Sentença mantida, com alteração do fundamento. Recurso improvido. (TJSP, AC 1004071-88.2016.8.26.0318, 4ª C. Dir. Priv., rel. Hamid Bdine, j. 10/08/2017).

6. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 353. No mesmo sentido: Maria Helena Diniz, Direito das Sucessões, v. 6, 165 e Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 467.
7. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 261.

sobre herança de pessoa viva, o que é expressamente proibido.⁸ Outros afirmam que, como a lei reconhece a nulidade das doações inoficiosas (CC 549), não há necessidade de aguardar a morte do doador para atacar a liberalidade exacerbada.⁹

Como agora, para a verificação da ocorrência do excesso a justificar o pedido de redução, quer da doação, quer da disposição testamentária, a avaliação é feita pelo valor à data da **abertura da sucessão** (CPC 639 parágrafo único), não há como buscar eventual adequação antes da morte do doador. Pode ele, por exemplo, depois da doação, ter adquirido bens que eliminem o desequilíbrio ocorrido à data da liberalidade, não mais se verificando excesso quando de sua morte. Porém, quanto aos efeitos patrimoniais, cabe a distinção trazida por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona. O pedido dirigido à reivindicação da coisa (pretensão de natureza real) ou ao pagamento das perdas e danos (pretensão de natureza pessoal), formulado pelo herdeiro prejudicado, submete-se ao prazo prescricional geral de 10 anos (CC 205).¹⁰

As doações feitas a **terceiros** precisam ser questionadas pelos herdeiros necessários dentro do **prazo** de 10 anos a contar da data da abertura da sucessão (CC 205). Quanto às doações feitas aos **herdeiros necessários**, os bens recebidos a título de adiantamento de legítima precisam ser trazidos à colação (CC 2.002). Deste modo, esta obrigação não se submete ao prazo prescricional. Reconhecido a qualquer tempo o excesso, impõe-se a **sobrepartilha** e a imposição da pena de **sonogados**: a perda do bem.

Havendo excessos de liberalidade, de modo a ultrapassar o valor da legítima, a redução considera o valor na data da **abertura da sucessão** e não no momento da doação (CC 2.007 § 2.º e CPC 639 parágrafo único). A lei estabelece um **sistema de preferências** para a redução. Primeiro se excluem os herdeiros contemplados com parte percentual da herança. Não bastando, são atingidos os legados na proporção de seus valores (CC 1.967 § 1.º). Quando mesmo assim não se alcançar o limite legal, só então se reduzem as doações. É que os legados são mais recentes e produzem efeito somente por ocasião da morte do testador. As doações são intangíveis

8. Neste sentido: Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, v. 3, 39; e Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, v. 2, 638.
9. Neste sentido: Clóvis Beviláqua, *Código Civil*, v. 6, 184 e Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 466.
10. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil*, v. 4, t. II, 109.

enquanto os legados bastarem para o preenchimento da legítima, porque as disposições testamentárias são, natural e necessariamente, mais recentes que todas as doações *inter vivos*.¹¹

Quando as doações ocorreram em **momentos distintos**, ultrapassada a parte disponível, a redução começa pelas últimas e sucessivamente alcança as mais antigas (CC 2.007 § 4.º), partindo do pressuposto de que as liberalidades anteriores se comportavam dentro do limite legal. Quando as doações foram instituídas na mesma data, reduzem-se todas proporcionalmente.¹²

A redução das doações não alcança os **frutos** e as **benfeitorias** que pertencem ao beneficiado, como possuidor de boa-fé, ao menos até a data da **citação**, quando resta constituído em **mora** (CPC 240).

A chamada **partilha em vida** nada mais é do que doação da parte disponível dos bens (CC 2.018). O benefício demasiado do donatário, para além da parte disponível, de modo a afetar a legítima dos demais herdeiros necessários, configura **doação inoficiosa** e impõe a redução. A doação dentro do limite legal não autoriza a redução, pois o titular tem liberdade de assim agir quanto à parte disponível de seus bens, inclusive quando beneficia herdeiros necessários.

Muitas vezes a doação é levada a efeito na forma simulada de **compra e venda**, em face dos benefícios tributários. O imposto de transmissão sobre a doação, de modo geral, corresponde ao dobro do incidente no contrato oneroso.

47.3. DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS

O titular do patrimônio que tem herdeiros necessários não pode dispor de todos os seus bens. Só da metade. Não pode exceder este teto nem em vida e nem ao dispor de seus bens para depois de sua morte. Ultrapassado esse limite, impõe a lei a redução das quotas de quem foi indevidamente beneficiado. Os herdeiros têm direito de pleitear a eliminação do excesso. A redução é direito dos herdeiros necessários e não dos meramente legítimos.¹³

Caso as disposições testamentárias tenham ido além do permitido, nem por isso o testamento é **nulo** ou **anulável**. Tampouco perde a eficácia.

11. Itabaiana de Oliveira, Tratado de Direito das Sucessões, v. 2, 640.

12. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 355.

13. Clóvis Beviláqua, Código Civil, v. 6, 183.

Nem o testamento, nem a cláusula testamentária que institui o herdeiro ou o legatário. É **ineficaz** somente o que exceder ao limite.¹⁴ Desconstitui-se a parte excedente: a diferença entre as liberalidades e as quotas reservadas aos herdeiros.¹⁵ Ainda assim, o excesso se sujeita à redução se os herdeiros se insurgirem, buscando a adequação. O silêncio significa concordância com a vontade do testador.

A necessidade de redução pode decorrer não só do excesso de liberalidade do testador. A **supervalorização econômica** de algum legado pode superar o valor da legítima. Também a alteração da capacidade financeira do testador ao tempo de sua morte, se ocasionar desequilíbrio, impõe a redução, pois não pode ser ultrapassada a parte disponível.¹⁶

Quando o **herdeiro testamentário** é contemplado com a integralidade ou fração da parte disponível, não há falar em redução, pois recebe percentagem da herança. Em face da natureza universal desta estipulação, as variações econômicas do acervo sucessório em nada afetam o direito do herdeiro instituído, cujo quinhão acompanha as oscilações, para mais ou para menos, caso haja acréscimo ou diminuição do valor da herança. Na hipótese de ter o testador consignado percentual maior, basta reduzi-lo ao limite legal. Assim, se o testador deixa 60% de seus bens a um herdeiro, caso tenha herdeiros necessários, cabe tão só a redução ao limite legal de 50%.

Para identificar se houve ou não excesso, primeiro é preciso calcular a legítima e a parte disponível. Do valor do acervo sucessório é preciso deduzir as **dívidas** e os encargos do falecido. Apurado o **ativo da herança**, cabe identificar o **estado civil** do falecido para saber se, a depender do regime de bens, há direito de meação do cônjuge ou do companheiro. Afastada a meação – que não integra a herança –, o valor apurado cabe ser dividido por dois. O resultado identifica a **parte disponível**. Sobre a outra metade, cabe somar as doações feitas aos herdeiros necessários. Daí a obrigação de serem trazidos os bens recebidos à colação: exatamente para se chegar ao

14. Anulatória de testamento. Declaração de vontade da testadora. Avanço na parte legítima da herança. Redução das disposições testamentárias. A declaração de vontade da testadora que avançar na parte legítima da herança não causa a nulidade ou anulabilidade do testamento. Nos termos do artigo 1.967 do Código Civil, no inventário, as disposições testamentárias serão reduzidas, com sua adequação ao patrimônio. Negativa de seguimento ao recurso, com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil. (TJRJ, APL 00152281720138190208/RJ, Rel. Alcides da Fonseca Neto, j. 04/01/2016, p. 19/01/2016).

15. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 351.

16. Rui Ribeiro de Magalhães, Direito das Sucessões, 236.

valor da **legítima**. Quando as disposições testamentárias a favor de terceiros ultrapassarem a parte disponível, impõe-se a redução. Se os favorecidos em excesso foram **herdeiros necessários**, concede-se aos demais o valor da diferença. Só haverá redução se não existir disponibilidade de bens na herança para igualar os quinhões de todos.

47.4. ORDEM DAS REDUÇÕES

A lei impõe uma ordem para proceder à redução do que extrapolou o limite legal. O objetivo é adequar a liberalidade, decotando os excessos. Havendo herdeiros testamentários e legatários, primeiro se reduz o quinhão do **herdeiro testamentário**. Se forem vários os herdeiros, a redução é proporcional ao que lhes foi destinado.

Somente se diminuem os **legados** caso a parte dos herdeiros que recebem percentual da herança não seja suficiente para respeitar a legítima (CC 1.967 § 1.º). Ou seja, primeiro são excluídos os herdeiros testamentários, depois se reduzem os legados e, em último lugar, se limitam as **doações**. As doações feitas a estranhos sofrem redução somente quando não basta a exclusão das liberalidades feitas em favor dos herdeiros instituídos e dos legatários.¹⁷

De qualquer modo, prevendo a possibilidade de ter se excedido em distribuir seus bens, pode o testador quebrar a ordem legal, indicando quais os herdeiros ou legatários a serem contemplados em primeiro lugar. Tem o direito de estabelecer uma **ordem de preferência** entre herdeiros testamentários e legatários (CC 1.967 § 2.º).

47.5. BEM INDIVISÍVEL

Na hipótese de o legado sujeito à redução se constituir de **prédio divisível**, não há dúvida, divide-se proporcionalmente (CC 1.968). A referência legal é ao legado de **imóvel**, mas é claro que se aplica a mesma regra quanto a bens outros que podem ser divididos. Se for **impossível a divisão**, estabelece a lei critérios a depender da fração do legado que excedeu à legítima. Se o excesso a ser restituído ultrapassar 1/4 do valor do imóvel, este fica para os herdeiros, e ao legatário cabe buscar o pagamento em dinheiro de seu quinhão. No entanto, se a fração que o legatário tiver

17. Salomão de Araújo Cateb, *Direito das Sucessões*, 189.

de restituir for inferior a 1/4 do valor do bem que recebeu, ele pode repor em dinheiro aos herdeiros o que recebeu a mais (CC 1.968 § 1.º).

Quando o beneficiado com bem que supera a parte disponível for herdeiro necessário, tem ele **preferência** para ficar com o legado. O eventual excesso cabe ser abatido da parte da herança a que ele faz jus. Basta que o valor da sua legítima, somado ao montante do legado, alcance o valor do imóvel (CC 1.968 § 2.º).

47.6. BENS REMANESCENTES

Caso o testador não disponha de toda a parte disponível de seu patrimônio, os bens remanescentes pertencem aos **herdeiros legítimos** (CC 1.906 e 1.966). Como alerta Clóvis Beviláqua, é equivocada a expressão “herdeiros legítimos”. Como é feita referência à “parte disponível”, esta só existe quando há **herdeiros necessários**. Exclusivamente com relação a eles é possível falar em parte disponível. A quem tem só herdeiros legítimos, a liberdade de dispor não tem limites. Disponível é o todo.¹⁸

Quando o testador não tem herdeiros necessários, pode dispor da integralidade de seus bens. Se não destinar tudo o que tem por testamento, são convocados a herdar os **parentes colaterais** até o quarto grau. Inexistindo parentes sucessíveis, o que não foi destinado a ninguém no testamento resta como **herança jacente**.

47.7. ASPECTOS PROCESSUAIS

Excedido o limite da legítima, quer por meio de doação, quer via testamento, os interessados podem propor ação de **redução da parte inoficiosa**, e não demanda anulatória da doação ou do testamento.

A ação de **redução de doação** não pode ser proposta em vida do autor da liberalidade. Dispõe de legitimidade para a ação qualquer herdeiro necessário. Quando o beneficiário é terceiro, o prazo prescricional é de 10 anos (CC 205).

Enquanto vivo o testador, mesmo verificado excesso das disposições testamentárias, não há como buscar a **redução das disposições testamentárias**. Ao autor falta interesse processual (CPC 485 VI). Até a abertura da sucessão, o testamento nenhum efeito produz. Até porque a qualquer

18. Clóvis Beviláqua, Código Civil, v. 6, 182.

momento pode ser revogado, o que subtrai a possibilidade de suas cláusulas serem questionadas judicialmente.

A redução das doações a herdeiros necessários pode ser levada a efeito no processo de inventário, corrigindo-se as desigualdades na partilha, a não ser que tal envolva questão de **alta indagação**.

Não havendo concordância dos herdeiros em reduzir o excesso nos autos do inventário, as partes são remetidas às **vias ordinárias**. A ação tramita no juízo do inventário. O inventariante, qualquer herdeiro ou interessado pode propor a ação de redução. Também o **credor** do herdeiro lesado tem legitimidade para buscar que seja assegurado o quinhão a seu devedor, por ser ele herdeiro necessário. É o modo de garantir o pagamento de seu crédito.

Tanto a demanda de redução da doação inoficiosa, como a de redução de quinhão hereditário podem ser intentadas por qualquer dos legitimados, formando-se um **litisconsórcio facultativo unitário**. O **testamenteiro** precisa participar da ação. É **litisconsorte necessário**. A procedência da ação aproveita a todos e não somente a quem propôs a ação. Os efeitos da sentença se estendem aos demais herdeiros.

Depois da abertura do inventário, a competência para a demanda de redução da doação depende de quem foi o beneficiado com liberalidade excessiva. Quando o beneficiado foi herdeiro necessário, a ação se sujeita ao juízo do inventário. Caso a doação tenha sido feita a terceiros, não existe atração ao juízo universal.

LEITURA COMPLEMENTAR

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Redução das disposições testamentárias. In: FREITAS, Douglas Phillips (coord.). *Curso de Direito das Sucessões*. Florianópolis: Vox Legem, 2007. p. 255-263.

MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. Disposições testamentárias. Redução das disposições testamentárias. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.). CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria (coords.). *Direito das Sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008. v. 8, p. 166-179.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6.

48

REVOGAÇÃO

Sumário: **48.1.** Hipóteses e características – **48.2.** Capacidade – **48.3.** Extensão – **48.4.** Modalidades – **48.5.** Forma – **48.6.** Efeito – **48.7.** Caducidade – **48.8.** Validade – **48.9.** Revogação presumida – **48.10.** Multiplicidade de exemplares – **48.11.** Revogação da revogação – **48.12.** Codicilo – **48.13.** Disposições não patrimoniais – **48.14.** Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.609 III, 1.610, 1.969 a 1.972.

48.1. HIPÓTESES E CARACTERÍSTICAS

O autor da herança pode, via testamento, deixar seus bens a quem quiser, mas tem o direito de se arrepender e voltar atrás. Pode fazer o testamento e depois simplesmente o revogar. Também pode alterar cláusulas, emendá-las ou mudar o que quiser a qualquer tempo e quantas vezes desejar (CC 1.858). O testamento é ato **revogável** por excelência, tanto que não há a possibilidade de o testador renunciar à liberdade de revogar o testamento. Cláusula deste teor reputa-se como não escrita. Isso porque a própria revogação é revogável. O testador mantém sempre a prerrogativa de desdizer-se futuramente se a sua vontade variar. Alerta Zeno Veloso que não há dúvida que o poder de outorgar testamento, de fazer disposições de última vontade, é de **direito privado**. Porém, a faculdade de testar, a possibilidade de manifestar a derradeira vontade até o momento da morte é de **ordem pública**.¹

1. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 7.

Revogar significa retirar a voz. Revoga-se o testamento por outro (CC 1.969). Vale o último, considerando-se revogados os anteriores, a não ser que o novo complemente o anterior ou altere somente algumas cláusulas. Nesse caso, valem os dois testamentos no que não se incompatibilizarem. O testador não precisa justificar o ato de revogação. O fundamento ético está no princípio da autonomia da vontade.²

A revogação só pode ser levada a efeito via **testamento**. Assim, todas as características do testamento se estendem ao direito de revogá-lo. Como uma das peculiaridades do testamento é a sua revogabilidade, também o direito de revogá-lo é ilimitado. A revogação é ato de vontade **unilateral, solene e não receptício**, ou seja, não depende da concordância de ninguém e não existe qualquer direito a ser pleiteado por quem foi excluído. O testador, a qualquer tempo, pode modificar sua vontade, ao seu inteiro arbítrio.³

A revogação do testamento não decorre de causas previstas em lei ou de vícios de vontade, mas exatamente da vontade do testador em alterar seu testamento antecedente.⁴ O testador pode limitar-se a excluir o testamento anterior sem fazer qualquer disposição testamentária. Seu efeito é reconstruir a sucessão legítima, segundo a ordem legal da vocação hereditária.⁵

Revogado o testamento, perde ele a eficácia, mas tal não se confunde com outros institutos. A **caducidade** e a **redução** das disposições testamentárias têm o mesmo efeito, afetam a eficácia do testamento, mas por fatos alheios à vontade do testador. Também é possível que o testamento não prevaleça por defeito congênito, o que pode ensejar sua **anulação**.

48.2. CAPACIDADE

Para revogar o testamento é necessária a mesma capacidade exigida para testar. O novo testamento, que intenta revogar o anterior, precisa ser higidamente celebrado, liberto de vícios capazes de lhe retirar a eficácia e preenhe dos seus pressupostos específicos de validade.⁶ Não tem valor a revogação manifestada depois de o testador ter perdido a capacidade. Prevalece a disposição primeira. Como todos os atos jurídicos, também

2. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 340.

3. Dimas Messias de Carvalho e Dimas Daniel de Carvalho, Direito das Sucessões, 165.

4. Rubiane de Lima, Manual de Direito das Sucessões, 197.

5. Itabaiana de Oliveira, Tratado de Direito das Sucessões, v. 2, 613.

6. Rolf Madaleno, Testamentos inválidos e ineficazes, 308.

a validade do ato de revogação pode ser questionada. Declarado nulo o testamento revogatório, prevalece intocado o anterior.

48.3. EXTENSÃO

A revogação pode ser total ou parcial, caso o novo testamento desconstitua todas as disposições ou só parte delas (CC 1.970). Quando a revogação é **total**, persiste só o testamento novo e desaparece o velho. Quando for **parcial**, subsistem os dois testamentos no que não forem conflitantes. Pode o testador simplesmente revogar o testamento anterior, sem trazer novas disposições. É o que se chama de **revogação nua**.

48.4. MODALIDADES

A revogação pode ser **expressa ou tácita**, em face da existência de novo testamento com disposições incompatíveis com as anteriores.⁷ Pontes de Miranda distingue revogação **negativa e positiva**, que chama de **infirmção** ou **insubsistência**.⁸ Há **revogação negativa**, ou simplesmente revogação, quando o testador se limita a revogar o testamento anterior ou alguma de suas disposições, deliberando ou não sobre os mesmos bens. Ocorre **revogação positiva** se a nova manifestação não faz qualquer referência às disposições pretéritas, mas delibera diferentemente. Há um conteúdo positivo no testamento. Nesta hipótese, persistem os dois testamentos, salvo no que forem **incompatíveis**.

Quando o testamento for particular ou cerrado, existe a possibilidade de o testador destruí-lo, ocorrendo revogação **presumida**. Mas o único jeito de revogar o testamento público é por meio de outro testamento, que inclusive pode ser levado a efeito de forma particular ou cerrada.

Se o testador simplesmente vende o bem que havia deixado a algum legatário, não se trata de revogação, mas de perda da **eficácia** da cláusula testamentária.

7. Ação de Registro e Cumprimento de Testamento – Revogação tácita do testamento – Testamento que pode ser revogado (tácita ou expressamente) a qualquer tempo – Inteligência do art. 1.858 do CC – Alegações genéricas que não desnaturam a validade do documento acostado aos autos – Sentença mantida – Recurso improvido. (TJ-SP 00023314220128260322/SP 0002331-42.2012.8.26.0322, 7.^a Câmb. Dir. Priv., Rel. Luiz Antonio Costa, j. 13/03/2018, p. 13/03/2018).

8. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 59, 374.

48.5. FORMA

A revogação do testamento deve ser levada a efeito do mesmo **modo e forma** como pode ser feito (CC 1.969). Esta mesma exigida pela lei não quer dizer que é preciso utilizar o mesmo tipo de testamento. Para revogar o testamento anterior é possível a escolha de outra modalidade de testamento. Se o primeiro foi particular, a revogação pode ser feita por testamento público. Todas as outras combinações são possíveis. Também pode ser revogado por **testamentos especiais**, se atendidos os pressupostos de excepcionalidade exigíveis.

Muito se tem questionado sobre a possibilidade de a revogação do testamento ser levada a efeito por **escritura pública**. No entanto, a lei, ao exigir que a revogação seja feita do **mesmo modo e forma**, afasta tal possibilidade. A não ser, é claro, que a escritura obedeça a todas as solenidades do testamento público. Neste caso, haveria um testamento e não mera escritura.⁹

48.6. EFEITO

O ato revogatório tem eficácia *ex tunc*, ou seja, desde a data da celebração do testamento.¹⁰ A revogação equipara-se à **nulidade** porque, revogada ou nula, a disposição se invalida. Porém, a nulidade macula o testamento na sua **origem** e é declarada judicialmente após a morte do testador. A revogação é obra do declarante por meio de declaração válida.¹¹

48.7. CADUCIDADE

Para valer é necessário que a revogação seja válida, no fundo e na forma. Caso caduque o testamento revogatório, ainda assim a manifestação do testador prevalece. O testamento anterior não readquire vigência, porque

9. Revogação de testamento. Pretensão de anulação do ato revocatório, fundada na incapacidade civil da testadora. Diagnóstico de quadro demencial anterior à revogação da disposição de última vontade. Comprometimento da capacidade intelectual-volitiva da testadora. Impossibilidade de manifestação livre e consciente da vontade. Incapacidade extraída de relatórios clínicos e reconhecida pela prova pericial. Declaração de nulidade do ato que se impunha. Recurso desprovido. (TJ-RJ – APL: 01051985320028190001, 18.ª Câmara, Rel. Des(a). Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos, j. 23/01/2019).

10. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 519.

11. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. 6, 339.

a vontade revogatória subsiste intacta.¹² Afinal, a caducidade decorre de circunstância alheia à vontade do testador.

48.8. VALIDADE

O ato revogatório precisa ser válido. Caso venha a ser anulado, não produz efeito, não invalidando o antigo testamento. Para dizer isso o legislador junta duas normas em uma só. E, como sempre, o resultado é desastroso. Um mesmo artigo traz duas regras sobre a higidez do ato de revogação do testamento. A primeira parte identifica situação em que a revogação é válida. Já a parte final declina causas que subtraem a eficácia do ato de revogação. A norma – para dizer o menos – é de redação pouco clara (CC 1.971 – Primeira regra: *A revogação produzirá seus efeitos, ainda quando o testamento, que a encerra, vier a caducar por exclusão, incapacidade ou renúncia do herdeiro nele nomeado*. Segunda regra: *Não valerá, se o testamento revogatório for anulado por omissão ou infração de solenidades essenciais ou por vícios intrínsecos*).

Na **parte inicial** é afirmado que permanece hígida a revogação levada a efeito ainda que “o herdeiro nomeado” venha a ser excluído da sucessão. Cabe questionar a que herdeiro o dispositivo se refere: o eleito no primeiro ou no segundo testamento? Às claras só pode se referir ao herdeiro que foi eleito para substituir o anterior. Não ao que foi contemplado no primeiro testamento e afastado no segundo. O que a lei quer dizer é que a exclusão do herdeiro indicado em segundo lugar não gera a caducidade do testamento nem afasta o ato de revogação. Seja pela causa que for: se o herdeiro instituído **renunciou** ou foi excluído por **indignidade**, não importa. Não subsiste a nomeação feita no testamento anterior. Também é válida a revogação se reconhecida a **incapacidade** do herdeiro escolhido no segundo testamento por, de algum modo, ter participado ou se envolvido da elaboração do testamento (CC 1.801 e 1.802). O herdeiro nomeado no primeiro testamento não volta à condição de beneficiário. Simplesmente a cláusula testamentária que o nomeou perde a eficácia.

Ao fim e ao cabo, o que diz a lei é que o afastamento do novo herdeiro não devolve a condição de sucessor a quem havia sido nomeado no testamento anterior. Válida é a manifestação do testador que o excluiu. A circunstância de o herdeiro nomeado em substituição não poder ou não querer receber a herança não invalida o ato revogatório. Assim, se em um

12. Idem, 342.

primeiro testamento (A) deixa um legado a (B), em novo testamento pode revogar a nomeação anterior e escolher outro herdeiro, (C). O fato de o legatário nomeado em substituição (C) renunciar à herança, ou for reconhecida sua incapacidade sucessória, não afeta a higidez do ato de revogação. Ou seja, o beneficiado do primeiro testamento (B) não recupera a condição de herdeiro. O legado retorna ao acervo hereditário e será atribuído aos herdeiros legítimos. Se a substituição não foi o único objeto do testamento, as demais cláusulas testamentárias subsistem.

Já a **parte final** do dispositivo trata de hipótese outra, e que mereceria artigo autônomo. A disposição é até singela (CC 1.971): o testamento que revoga o anterior não vale se for revogado ou anulado. Se o testamento se destinava a revogar testamento anterior, ao ser anulado, permanece hígida a manifestação testamentária primeira.

48.9. REVOGAÇÃO PRESUMIDA

É considerado revogado o **testamento cerrado** que se encontrar rompido, rasgado ou riscado. Não vale mais. Configura revogação o ato de abrir ou dilacerá-lo (CC 1.972). Também o testamento **particular** que for encontrado com marcas de violação tem sua validade comprometida. Como ambos permanecem em mãos do testador ou de pessoa de sua confiança, a destruição impõe o reconhecimento de que a intenção do testador foi revogá-lo.

No entanto, se ficar comprovado que não foi o testador que o rompeu, nem terceiro por ele autorizado, tal não atinge a eficácia do testamento. Também a destruição levada a efeito depois de declarada a incapacidade do testador não afeta a validade do testamento. Pode ser **reconstituído**. Igualmente se a destruição foi parcial. O que não está rompido vale. Cabe ao juiz identificar se a violação do testamento ocorreu por vontade do testador. Por consequência, não há falar em caducidade do testamento cerrado por sua simples abertura ou dilaceração por terceiro, eis que sempre será necessário pesquisar se nesse ato existiu a intenção do testador de revogar sua derradeira manifestação de vontade com a mera ruptura da cédula.¹³

A **presunção** é de validade do testamento. A quem deseja o reconhecimento de sua revogação é que compete o **ônus da prova**.¹⁴ Não se presume que o testamento cerrado ou particular, encontrado aberto ou dilacerado,

13. Rolf Madaleno, Testamentos inválidos e ineficazes, 310.

14. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 59, 428.

foi rompido pelo testador ou com seu consentimento. Só se reconhece que o testador o revogou se foi encontrado em circunstâncias que evidenciem que foi ele quem o destruiu ou o dilacerou. O fato de ser encontrado no lixo não basta para tê-lo por revogado. Igualmente se estiver roído por animais ou deteriorado por elementos químicos. Tais acontecimentos não podem ser considerados como manifestação de vontade de revogar o testamento.

48.10. MULTIPLICIDADE DE EXEMPLARES

Na hipótese de existirem vários exemplares do mesmo testamento, a inutilização de um basta para se ter o testamento por revogado, isso se ficar evidenciada a intenção do testador de revogá-lo, e não tiver ele acesso às demais cópias.¹⁵

48.11. REVOGAÇÃO DA REVOGAÇÃO

A revogabilidade é da essência do testamento. Basta o desejo de subtrair efeitos do ato de revogação. É suficiente o testador dizer: revogo a revogação do testamento. A doutrina é uniforme em aceitar tal possibilidade; no entanto, não lhe atribui **efeito positivo** algum. Porém, ao ser afastado efeito repristinatório, ou seja, que a revogação do ato revogatório ressuscita o testamento original, simplesmente não se está emprestando nenhuma eficácia ao segundo ato de revogação. Não serve para nada, pois o primeiro testamento foi revogado pelo segundo. De nenhum sentido admitir que o terceiro testamento revogue o segundo, sem que com isso seja restabelecido o testamento originário.

Cabe figurar a hipótese: o testador faz o testamento. Depois o revoga através de um segundo testamento. Posteriormente, um terceiro testamento revoga o segundo, isto é, afasta a revogação levada a efeito. É necessário admitir que volta a valer o primeiro. Caso contrário, não se atribui qualquer eficácia ao terceiro testamento. É de todo desarrazoado admitir que um ato revogue outro sem lhe emprestar qualquer efeito. De nada adianta admitir sua revogação. Mas é o que contraditoriamente todo mundo sustenta.¹⁶ Caio Mário faz analogia com a lei, dizendo que o testamento

15. Idem, 429.

16. Neste sentido: Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 519.

é fonte formal de direito e, tal qual a lei que revoga a lei revogadora, não restaura a lei revogada.¹⁷

48.12. CODICILO

Testamento não pode ser revogado por codicilo (CC 1.881). Mas o contrário é verdadeiro.

É possível que disposições testamentárias, que se comportam no âmbito de abrangência dos codicilos, possam ser revogadas por este meio. Como diz Pontes de Miranda, o codicilo só pode tirar o que ele pode dar. Ou seja, não pode excluir a herança deixada por testamento nem deserdar, mas disposições outras subsistem. Só a declaração válida em codicilo risca a outra, sobre o mesmo assunto, que se fez no testamento.¹⁸

48.13. DISPOSIÇÕES NÃO PATRIMONIAIS

Apesar de vocacionado a questões patrimoniais, é possível o testamento conter disposições não patrimoniais. Só que estas não se sujeitam à revogação. Assim, o **reconhecimento de filho** feito em testamento é irrevogável (CC 1.609 III e 1.610). A cláusula de reconhecimento não é cláusula testamentária, mas **confissão** expressa, que não cabe ser apagada. Conforme Orlando Gomes, a cláusula não é substancialmente uma disposição testamentária, só formalmente, de modo que a revogação, e até mesmo a nulidade do testamento, não afeta a declaração de vontade, que sobrevive para este efeito.¹⁹ Mesmo **nulo** ou revogado, o testamento não exclui a filiação assumida, ainda que de forma incidental. Isso porque a lei admite “começo de prova escrita” para a prova da filiação (CC 1.605 I). E, sem dúvida, não há documento melhor do que o testamento, mesmo que venha a ser anulado por vício formal.

Defeitos formais não comprometem a vontade manifestada pelo testador. Mesmo nulo o testamento, o seu conteúdo serve como prova. No entanto, se houve **vício de vontade**, cabe identificar se tal afetou a higidez do reconhecimento levado a efeito. Assim, se o testador sofreu coação somente de ordem patrimonial, nada compromete a declaração quanto à

17. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 342.

18. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 59, 386.

19. Orlando Gomes, Sucessões, 296.

filiação assumida. No entanto, se a coação diz com a elaboração do próprio testamento, nenhuma das disposições vale, nem a de caráter pessoal.

48.14. ASPECTOS PROCESSUAIS

Revogado o testamento, é possível a qualquer um dos interessados questionar judicialmente a validade do ato revogatório. A ação precisa ser proposta no **juízo do inventário**, mas não nos mesmos autos, pois envolve questão de alta indagação que depende de prova (CPC 61).

A revogação só pode ser levada a efeito pelo testador por meio de outro testamento. Perdida a capacidade para o ato revogatório, nem em juízo é possível buscar a desconstituição do testamento. Não basta estar o testador representado por **curador**.

Apresentado a juízo testamento cerrado com marcas de violação, pode o juiz designar **audiência de justificação** para a ouvida do apresentante e de testemunhas para comprovar se a abertura do testamento foi ato intencional.

Havendo controvérsia sobre a higidez do testamento que demande dilação probatória, dispõe de legitimidade para a ação quem irá se aproveitar da sua revogação ou da sua confirmação.

LEITURA COMPLEMENTAR

MADALENO, Rolf. Testamentos inválidos e ineficazes: revogação, rompimento, caducidade, anulabilidade e nulidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 265-318.

OLIVEIRA JÚNIOR, Heitor de. Revogação e rompimento do testamento. In: TEIXEIRA, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Pereira (coords.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 739-748.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6.

WALD, Arnaldo. *O novo Direito das Sucessões*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 233-238.

49

ROMPIMENTO DO TESTAMENTO

Sumário: 49.1. Definição – 49.2. Causas: 49.2.1. Descendente sucessível; 49.2.2. Herdeiros desconhecidos; 49.2.3. Cônjuge e companheiro; 49.2.4. Exceção – 49.3. Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.973 a 1.975.

49.1. DEFINIÇÃO

Mais uma expressão no mínimo engraçada: “roto”, que significa rompido, esburacado, esfarrapado, rasgado. Assim é chamado o testamento quando ocorre o seu “rompimento” ou “ruptura”. As causas de rompimento do testamento dizem com fatos ocorridos após sua elaboração: o nascimento, a ciência ou o aparecimento de herdeiro necessário. Alguns consideram que esses acontecimentos ensejam **revogação** tácita ou legal, enquanto outros identificam a ocorrência de **caducidade**. De qualquer modo, independentemente do nome que se dê, a consequência é a mesma: o testamento não produz efeito, não pode ser cumprido.

Na tentativa de identificar a **natureza jurídica** deste fenômeno, cabe invocar os planos da existência, da validade e da eficácia dos atos jurídicos. O rompimento não atinge o plano da existência, nem da validade, mas o da **eficácia do testamento**. Mesmo que exista e seja válido, o testamento é ineficaz por fato **alheio à vontade do testador**. A ruptura é obra da lei, regra jurídica cogente: a lei afasta o testamento.¹

Este instituto se contrapõe ao princípio que rege todo o direito testamentário, de preservar a vontade do testador (CC 1.899). Todavia, como

1. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 59, 436.

regra de exceção, merece **interpretação restritiva**. Trata-se nada mais do que a aplicação da **teoria da imprevisão**, partindo do pressuposto de que houve alteração da “base do negócio”. Cabe ser invocada a chamada cláusula *rebus sic stantibus* – fato imprevisível e extraordinário que compromete a higidez do ato. Como o testamento é manifestação de vontade voltada para momento posterior, se, neste íterim, houver algum **fato modificativo** da situação sobre a qual se assentou o testamento, crê a lei que diferentes teriam sido as disposições se o testador soubesse da nova situação.

A figura do rompimento tem um componente de natureza **ética**. Presume o afeto e o senso de responsabilidade do testador para com seus herdeiros necessários. Parte da crença de que ele só fez o testamento por não ter a quem deixar seus bens. Ou seja, presume um sentimento nobre do testador. Tanto é assim que ele nem precisa se manifestar. A lei, em seu lugar, destrói o testamento. Não importa que o testador esteja vivo quando do surgimento do herdeiro, o tenha ou não reconhecido.

Dois são os motivos que ensejam o rompimento do testamento: a **inexistência** ou o **desconhecimento** da existência de herdeiro necessário quando da sua elaboração. Se o testador dispõe dos seus bens antes de ter – ou antes de saber que tem – herdeiros necessários, pressupõe a lei que, sabedor de tal circunstância, seria diferente sua declaração de última vontade. A presunção é *juris tantum*, podendo o testador, no próprio testamento, afastar as hipóteses de ruptura por fato superveniente.² Ainda assim, para preservar sua higidez, é necessário que seja respeitada a **legítima** dos eventuais herdeiros necessários.

A lei não distingue, mas a doutrina e a jurisprudência passaram a distinguir.

A tendência sempre foi reconhecer que ocorre a ruptura quando o testador não tinha herdeiros necessários, legou todos os seus bens e o herdeiro só surgiu **depois da sua morte**. Mas, se enquanto **vivo**, aparecendo um herdeiro necessário, a consequência era a mesma: rompe-se o testamento. Por isso, ao tomar conhecimento da sua existência, o testador nem precisaria revogar o testamento. A lei revoga o testamento em seu lugar. Presume que este é o seu desejo, ainda que nada tenha manifestado nesse sentido. Diz Silvio Rodrigues que, após a ciência desses fatos, a lei escusa o testador de revogar o testamento já existente, e ela mesma, a própria lei, determina o seu rompimento.³

2. Dimas Messias de Carvalho e Dimas Daniel de Carvalho, Direito das Sucessões, 236.

3. Silvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7, 242.

Ora, se o propósito do instituto é presumir a vontade do testador, o fato de saber ou não da existência de algum herdeiro necessário, não pode ensejar resultados diametralmente opostos. Cabe trazer o exemplo mais comum: o varão, depois de uma aventura amorosa, independente de saber ou não da gravidez, para alijar o eventual filho indesejado da sucessão, faz testamento a favor dos filhos que considera “legítimos”. A discussão que se trava em juízo é saber se o testamento subsiste ou não. De um lado, o filho concebido fora do casamento sustenta que o genitor **não sabia** da sua existência e busca o rompimento do testamento, o que lhe asseguraria herança igual à de seus irmãos. De outro lado, os herdeiros instituídos defendem a higidez do testamento, alegando que o testador **sabia** da existência do filho quando testou. O resultado é inusitado e absolutamente perverso. Comprovado que o testador não sabia da existência do filho, o testamento se rompe e todos ganham partes iguais. Mas, concluindo-se pela ciência do testador da concepção do filho no momento em que elaborou o testamento, o testamento se mantém e o filho “bastardo” vai receber, exclusivamente, a legítima a que faz jus como herdeiro necessário. O resto fica para os seus irmãos que, além da legítima, receberão a parte disponível como herdeiros testamentários.

Às claras que esta solução não tem como prevalecer. Afronta um punhado de princípios, além de desobedecer à regra constitucional que proíbe **tratamento discriminatório** entre os descendentes. A justificativa encontra-se na origem do dispositivo legal. O Código Civil limitou-se a reproduzir igual dispositivo do Código anterior que, por ocasião de sua edição, nos idos de 1916, proibia o reconhecimento dos filhos ilegítimos. Ante esse preceito é que, nos dias de hoje, se assenta a figura do rompimento do testamento. Portanto, o próprio instituto merece uma releitura.

Ainda que seja necessário admitir que, com referência à parte disponível de seus bens, o genitor possa contemplar os filhos que prefere, quando a atribuição da paternidade decorre de sentença judicial, via ação investigatória, é impositivo encontrar outra solução. Afinal, até ser reconhecido, o filho nada recebeu de seu genitor. Nem auxílio econômico, nem amparo afetivo. É de todo descabido que seja usado um instituto, que tem finalidade oposta, para chancelar postura discriminatória. Afinal, **abandono** é crime, e crime qualificado (CP 133 § 3.º II). E **abandono afetivo** gera obrigação indenizatória. Com esta postura a Justiça não pode ser conivente. Declarar roto o testamento, somente pelo fato de o pai saber ou não da existência de um herdeiro necessário, acaba punindo quem nem pediu para nascer. É impositivo reconhecer que, sabendo ou não o testador da existência do

filho, impõe-se o rompimento do testamento ou, ao menos, a redução das disposições testamentárias à parte disponível.

Giselda Hironaka reconhece como válido o testamento quando o testador dispõe apenas da porção disponível do seu patrimônio, independentemente do fato de não ter ou não saber que tinha herdeiros necessários. Estaria assim garantida a legítima, não se justificando o rompimento do testamento.⁴

Nesta esteira, cabe atentar que, mesmo se tivesse o testador deixado em testamento todos os seus bens aos herdeiros que eleger, tal fato significa que a disposição diz com a parte disponível dos bens. Assim, o surgimento de herdeiro necessário enseja a **redução** das disposições testamentárias (CC 1.967). Ou seja, surgindo herdeiro necessário após a elaboração do testamento, as disposições testamentárias restringem-se à parte disponível. É a solução que melhor harmoniza o desejo manifestado pelo testador e o direito do herdeiro necessário.⁵ Talvez esta seja a única forma de respeitar a vontade do testador e assegurar a igualdade entre os filhos imposta constitucionalmente (CR 227 § 6.º).

A ruptura do testamento não se dá sempre que sobrevém descendente ou sempre que, depois da sua elaboração, aparece ascendente: o que leva ao rompimento é o surgimento de herdeiro necessário que faz jus à legítima. Na expressão legal, quando surge “descendente sucessível ao testador” (CC 1.973). Assim, se depois do testamento nascer um sobrinho do autor da herança, nada acontece, pois ele não é herdeiro necessário. Porém, se o testador adotar um filho, o testamento perde a eficácia.

4. Giselda Hironaka, in Francisco Cahali e Giselda Hironaka, *Direito das Sucessões*, 314.
5. Ação de inventário. Estamento particular elaborado antes do casamento do testador. Disposição que abrangia a totalidade do patrimônio do *de cujus*. Rompimento do testamento. Inocorrência. Mera redução do testamento até o limite da parte disponível. Art. 1.967 do CC. Direito de legítima assegurado à viúva, herdeira necessária. Decisão mantida. A ruptura do testamento se faz presente diante de superveniência de circunstância relevante, capaz de alterar a manifestação de vontade do testador, sendo determinada pela lei na presunção de que o testador não teria disposto de seus bens no testamento da maneira como fez se soubesse da existência de determinado herdeiro. A superveniência de casamento do *de cujus* não constitui hipótese de rompimento de testamento lavrado. Em se tratando de sobrevivência de herdeiro necessário, o Código Civil delimitou a hipótese de rompimento à classe dos descendentes, não se podendo, destarte, estender o alcance da regra aos demais herdeiros necessários, a saber, o cônjuge, quando o legislador, deliberadamente, pretendeu não fazê-lo. (TJMG, AI 1.0637.14.000141-2/001, 5.ª C. Cív., Rel. Des. Moacyr Lobato, j. 08/09/2016).

Os exemplos trazidos por Zeno Veloso, e colhidos da jurisprudência, evidenciam, por si sós, o despropósito da forma como ocorre a aplicação do instituto do rompimento:

- a) o testador tem um filho adotivo e adota, posteriormente, outro filho: o testamento não se rompe;
- b) o testador tem um filho, que conhece, nascendo-lhe, depois, outro descendente: o testamento não se rompe;
- c) o testador supõe ter um filho, mas, na verdade, tem dois, e o segundo, posteriormente, aparece: o testamento não se rompe;
- d) o testador presume que seu único filho está morto e ele, depois, aparece: rompe-se o testamento;
- e) o testador não sabe que a mulher está grávida, e nasce-lhe, depois, o filho: rompe-se o testamento;
- f) o testador sabe que a mulher está grávida, e o filho nasce, posteriormente: o testamento não se rompe;
- g) o testador ignora a existência de filho extramatrimonial, que é, posteriormente, reconhecido – quer em vida, ou depois da morte do testador: rompe-se o testamento;
- h) o testador não ignora a existência do filho, que é, depois, reconhecido: o testamento não se rompe.⁶

49.2. CAUSAS

Sustenta Pontes de Miranda que as regras que consideram o testamento roto não são de interpretação – são regras jurídicas **imperativas**. A revogação ocorre *ipso jure*.⁷ Rompe-se o testamento quando à época de sua confecção não existia qualquer descendente sucessível ou quando o testador desconhecia a existência de descendentes ou ascendentes, acreditando não ter herdeiros necessários.

49.2.1. Descendente sucessível

O aparecimento de descendente de qualquer grau – seja filho, neto ou bisneto, com direito à legítima – afasta o testamento. Inclusive a **ado-**

6. Zeno Veloso, Testamentos, 526.

7. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 59, 446.

ção depois de elaborado o testamento, diante da regra constitucional que proíbe discriminações quanto a filiação. A adoção **póstuma** (ECA 47 § 7.º) e o reconhecimento de **filiação socioafetiva post mortem**, dispõem do mesmo efeito. Também leva à sua ruptura o nascimento que resulta do uso das modernas técnicas de **reprodução assistida**. Quer se trate de concepção **homóloga**, quer **heteróloga** (CC 1.597 III, IV e V), nascendo o filho depois de elaborado o testamento ou depois da morte do testador, ocorre a sua “rupção”.⁸

O fato de o testador **saber** ou não da existência de descendente necessário é que pode ensejar o rompimento do testamento. No entanto, há uma circunstância de enorme significado: o herdeiro ter sido gerado ou não antes da sua elaboração. Se o descendente **já tinha sido gerado** ao tempo da confecção do testamento, e o testador **não sabia da gravidez**, o testamento se rompe. No entanto, se o testador **sabia** da gestação e testou sem contemplar o nascituro, o testamento não se rompe. Cabe somente ser reduzido de modo a para respeitar a legítima de herdeiro necessário (CC 1.967). Claro que esta é uma prova extremamente difícil.

O STJ⁹ somente admite o rompimento do testamento mediante a prova de que não tinha conhecimento da existência de descendente sucessível. A prova em sentido contrário – de que o testador sabia da existência do descendente sucessível – mesmo existindo declaração do testador de que não tinha herdeiros necessários, impede a ruptura e a nulidade se restringe às disposições testamentárias que excedem a parte disponível do patrimônio do testador. Mas os tribunais foram além. Sob a justificativa de que testador teve oportunidade de revogar o testamento, deve ser respeitada sua vontade expressa ao testar sua parte disponível, resguardando a legítima

8. Giselda Hironaka, in Francisco Cahali e Giselda Hironaka, *Direito das Sucessões*, 313.
9. Recurso especial. Testamento. Rompimento. Possibilidade. Nulidade. Existência. Na busca da preservação da vontade do testador, o rompimento de um testamento, com a sua consequente invalidade geral, é medida extrema que somente é admitida diante da singular revelação de que o testador não tinha conhecimento da existência de descendente sucessível. A prova em sentido contrário – de que o testador sabia da existência do descendente sucessível – mesmo existindo declaração do testador de que não tinha herdeiros necessários, impede a incidência do quanto disposto no art. 1.973 do Código Civil. A nulidade das disposições testamentárias que excedem a parte disponível do patrimônio do testador se circunscreve ao excesso, reduzindo-se as disposições testamentárias ao quanto disponível, nos termos dos arts. 1.967 e 1.968. A avaliação do conteúdo da deixa e seu cotejo com as disposições de última vontade do de cujus, para fins de verificação de possível invasão da legítima, são matérias adstritas ao curso do inventário. [...] (STJ, REsp 1.615.054/MG, 3.ª T, Min. Nancy Andrigli, j. 03/08/2017).

dos herdeiros necessários. não se rompe testamento, se o testador, mesmo tomando conhecimento da existência de outro herdeiro necessário após ter testado, não modifica suas disposições testamentárias.¹⁰

Atualmente a tendência é reconhecer que só ocorre o rompimento se o testador, quando testou, não tinha ou não sabia ter herdeiros necessários.¹¹ Esta é a orientação que vem sendo acolhida pela jurisprudência. Buscando preservar a vontade do testador, passou a jurisprudência a admitir a redução das disposições de ultima vontade que invadiram a legítima da parte disponível.¹²

10. Anulatória de testamento. rompimento. Herdeiro necessário. Reconhecimento de filho por sentença judicial posteriormente ao testamento e antes da morte do testador. Segundo o art. 1.973 do CC, sobrevivendo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador. Contudo, não se rompe testamento, se o testador, mesmo tomando conhecimento da existência de outro herdeiro necessário após ter testado, não modifica suas disposições testamentárias. Interpretação dos artigos 1.974 e 1.975 do Código Civil. Precedentes. No caso dos autos, o autor, em investigatória de paternidade, foi declarado filho do testador após a lavratura do testamento e antes da morte dele. O testador teve oportunidade de revogar o testamento, mas não o fez. Logo, deve ser respeitada sua vontade expressa ao testar sua parte disponível, resguardando a legítima dos herdeiros necessários. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70076179043, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 28/06/2018). (TJRS, AC 70076179043 RS, Rel. Rui Portanova, j. 28/06/2018, p. 05/07/2018).
11. Neste sentido: Arnaldo Wald, O novo Direito das Sucessões, 237, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Direito das Sucessões, 813, Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 384 e Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenfeld, Curso de Direito Civil, v. 7, 430.
12. Ação declaratória de rompimento de testamento. [...] Sobrevinda de descendente por adoção. Prova da filiação. Exibição de certidão de nascimento em que consta a averbação do termo de adoção. [...] Descendência por adoção formalizada após o testamento. Circunstância que não influencia na manifestação de vontade promovida pelo testador. Art. 1.973 do código civil. Adoção concluída cerca de dois meses após a manifestação das disposições testamentárias. Nomeação do adotado como testamentário. Prevalência da vontade manifestada no testamento, art. 1.899, do código civil. Ausência de prova de disposição superior ao patrimônio disponível art. 1.975, do código civil. Improcedência do pedido. [...] 5. Estando comprovada a filiação por adoção do recorrente, pela exibição da certidão de registro de nascimento, e sendo a alegação de inexistência da doação tese defensiva sustentada pelos recorridos, competiria a esses a comprovação da fraude ou inexistência da adoção, por se tratar a alegação de fato deconstitutivo do direito do autor, conforme se depreende do contido no art. 333, inciso II, do CPC, além do que, o art. 1.605, do Código Civil, proíbe que a parte afirme a falsidade das informações lançadas no registro de nascimento, salvo se comprovar a sua alegação. 6. O rompimento do testamento na hipótese do art. 1.973 do Código Civil se justifica diante da presunção legislativa de

O nascimento de mais um filho ou o aparecimento de outro ascendente não leva ao rompimento do testamento. Para que se dê a ruptura é preciso que o testador acredite não ter herdeiros necessários.¹³ Presume-se que houve **erro** na manifestação de vontade. Assim, o testamento de quem já tem herdeiros necessários não se rompe. Mesmo que não respeite a legítima, tal não acontece. No máximo cabe a **redução** das disposições testamentárias no que excederam ao limite legal. No entanto, não é o que diz a lei, que não exige a inexistência anterior de descendentes. A superveniência de outro filho determina a caducidade, tal como se nenhum houvesse.¹⁴

49.2.2. Herdeiros desconhecidos

Leva ao rompimento do testamento o fato de o testador, ao elaborá-lo, desconhecer a existência de **outros herdeiros necessários** (CC 1.974). Primeiro a lei fala em “descendentes sucessíveis” (CC 1.973). No artigo seguinte, em “outros herdeiros necessários”. A referência só pode ser aos **ascendentes** e ao **cônjuge** com capacidade sucessória. São eles herdeiros necessários e o desconhecimento de sua existência, leva ao rompimento do testamento.¹⁵ Cabe reconhecer a ocorrência de **erro**, que é vício nulificante. Assim, se ignorava que o herdeiro estivesse vivo, rompe-se o testamento. No entanto, se não ignorava e o preteriu, não se rompe: reduz-se e salva-se a quota necessária.¹⁶ O exemplo trazido pela doutrina é quando o filho, ao testar, desconhecia que seu pai, único herdeiro necessário, estava vivo.

que, sobrevivendo descendente após a firmação do testamento, restaria esvaziada a vontade manifestada pelo testador, já que, presume-se que o advento de um filho possa alterar a intenção do testador de dispor de seu patrimônio em benefício de terceiro e em prejuízo do descendente. 7. Tratando-se de presunção relativa, e diante do princípio elencado no art. 1.899 do Código Civil, segundo o qual o testamento deve ser interpretado da forma que melhor se coadune com a vontade manifestada pelo testador, a majoritária doutrina e jurisprudência pátria afirmam que, para que se admita o rompimento do testamento, é necessário constatar, além do advento de descendente em momento posterior ao testamento, que a sobrevivência do herdeiro seja, de fato, desconhecida do testador, ao ponto de influir nos motivos que levaram a promover o testamento em favor de terceiros. 8. [...] (TJDF, APC 20100110088885, Rel. Alfeu Machado, j. 06/05/2015)

13. Neste sentido: Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. 59, 457; e Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 381.
14. Orlando Gomes, *Sucessões*, 243.
15. Paulo Lôbo, *Direito Civil: Sucessões*, 216.
16. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. 59, 456.

Para que o testamento se rompa, não faz diferença se o herdeiro aparece enquanto vivo o testador ou somente depois de sua morte. Em qualquer das hipóteses, o ato de última vontade perde a eficácia. Não há como referendar a posição de Arnaldo Rizzardo, que sustenta não levar ao rompimento o surgimento do ascendente depois da morte do testador, mas somente a redução ao montante disponível.¹⁷ Não é o que diz a lei.

49.2.3. Cônjuge e companheiro

Desde o advento do Código Civil, em vigor desde janeiro de 2003, o cônjuge desfruta da condição de **herdeiro necessário** (CC 1.845). Assim, passou a doutrina a questionar o que ocorre com o testamento feito antes de sua vigência. Cabe o mesmo questionamento em sede de união estável, principalmente pelo fato de o STF ter reconhecido inconstitucional o tratamento diferenciado concedido ao companheiro em sede de direito de concorrência sucessória.¹⁸

Zeno Veloso afirma que o testamento se rompe, não cabendo somente a redução das disposições testamentárias. Diz ele que a lei não faz esta ressalva. Parte da presunção de que, se casado fosse, não despojaria seu consorte sobrevivente dos bens. Sustenta que, conhecendo a lei, deveria ter feito novo testamento.¹⁹ Com mais razão, Rolf Madaleno afirma ser uma demasia romper a cédula testamentária em consequência do casamento posterior. Perfeitamente justo é tão somente **reduzir** as liberalidades até o montante da porção disponível. Lembra ser o casamento ato natural da vida e perfeitamente previsível. Além disso, como o cônjuge é detentor da meação, não se encontra materialmente desprotegido.²⁰ Às claras, esta é a melhor solução. Atende à vontade do *de cujus* sem desrespeitar a lei.

A condição de herdeiro necessário do viúvo – e também do companheiro sobrevivente – impõe que se aplique o instituto da **redução** das disposições testamentárias (CC 1.967). Perde eficácia somente o excesso que invadiu a legítima. De qualquer forma, pode o testador ressaltar que seu futuro casamento não importa em rompimento do testamento (CC

17. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 384.

18. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

19. Zeno Veloso, *Comentários ao Código Civil*, v. 21, 376.

20. Rolf Madaleno, *Testamentos inválidos e ineficazes*, 315.

1.975). Basta dizer: nomeio (A) meu herdeiro universal mesmo que eu venha a casar. Com o casamento, o quinhão do herdeiro testamentário se reduz à metade.

Quando o titular do patrimônio, ao testar, já era casado, é difícil aplicar a regra do rompimento, pois não há como alegar que desconhecia seu estado civil. Ou ainda que não reconhecia como união estável o relacionamento mantido com alguém, de forma contínua, pública e duradoura. No máximo poderia se aventar a hipótese de ele acreditar que o cônjuge, seu único herdeiro necessário, havia morrido. Para ocorrer o rompimento do testamento, o cônjuge sobrevivente que estava desaparecido precisa provar que o testador achava que era viúvo. Os exemplos são todos trágicos: perda da memória, prisão, naufrágio.²¹

De qualquer forma, a cessação da vida em comum, exclui o direito sucessório do cônjuge. Sequer é necessário que a separação seja pelo prazo de até **dois anos** (CC 1.830). A **separação de fato** subtrai do cônjuge a condição de herdeiro. Não mais permanece em vigor a identificação de culpados pelo fim da convivência. A EC 66/2010, que acabou com a separação – ao menos a litigiosa –, fez desaparecer a possibilidade de perquirição das causas do rompimento da união.

49.2.4. Exceção

A regra é que o surgimento de herdeiro necessário leva à ineficácia de todo o testamento. Assim, quer ocorra o nascimento de um descendente, quer venha a surgir herdeiro necessário, cai todo o testamento. Caduca. Nenhuma de suas disposições vale, nem as referentes à parte disponível. A exceção fica por conta do conhecimento ou não da existência do herdeiro. Se o testador não sabia que tinha herdeiro necessário, o testamento perde a eficácia. Se sabia, e ainda assim testou, o testamento se mantém hígido. Neste caso as disposições testamentárias cabem ser reduzidas para se acomodarem dentro da parte disponível. Assertiva corrente na doutrina é de que, se o testador tinha a mínima desconfiança da existência da prole, o testamento não se rompe.

Estabelecidas as causas de rompimento, abre a lei uma exceção para lá de inócua (CC 1.975): mantém-se a higidez do testamento quando o testador não contempla herdeiros necessários ou os exclui expressamente da parte disponível de seus bens. Ora, se o testador dispõe da parte disponível

21. Dimas Messias de Carvalho e Dimas Daniel de Carvalho, *Direito das Sucessões*, 170.

de seus bens, sabendo que tem herdeiros necessários, às claras que não os contemplar não pode ensejar o rompimento do testamento. Geralmente, a finalidade do testamento é mesmo excluir herdeiros necessários da parte disponível.

Para evitar questionamento acerca de eventual conhecimento ou não da existência do herdeiro que não foi contemplado com a parte disponível, o ideal é o testador fazer expressa referência de que sabe que está excluindo herdeiro necessário. De qualquer forma, se não contemplou o filho por ele registrado, não necessita sequer justificar a exclusão. Como sabe da existência do herdeiro, não se trata de erro ou ignorância, mas de vontade clara e consciente. No máximo, o herdeiro preterido pode pleitear a redução das disposições testamentárias para garantir sua legítima. Nada impede que, não tendo certeza quanto à existência de herdeiros necessários, o testador declare sua vontade de que seja cumprido o testamento, mesmo que apareçam herdeiros necessários.²² Ainda assim, o herdeiro fará jus à legítima.

O legislador comete um equívoco terrível ao considerar roto o testamento somente na hipótese de o herdeiro, reconhecido depois da elaboração do testamento, **sobreviver ao testador** (CC 1.973). A ressalva só se justifica se o herdeiro não tiver descendentes. Cabe figurar um exemplo: (A) elabora o testamento, deixando todos os seus bens para um amigo. Depois vem a ser reconhecido um filho seu, (B), cuja existência desconhecia. Este, por sua vez, tem um filho (C) e posteriormente morre. Depois falece o seu pai (A). Nada justifica excluir (C), filho de (B), da sucessão de seu avô (A). O neto é descendente sucessível, herdeiro necessário, não pode ser excluído da herança do avô, em face da premoriência de seu pai. Herda por representação.²³

49.3. ASPECTOS PROCESSUAIS

A declaração de rompimento do testamento pode ser pleiteada nos autos do inventário. Caso surjam controvérsias que exijam desdobramento probatório, é necessário remeter as partes às **vias ordinárias**. A sentença dispõe de carga de **eficácia declaratória**, produzindo efeitos *ex tunc*.

A **legitimidade ativa** para a ação é dos herdeiros que serão beneficiados com a exclusão do herdeiro testamentário. Este será o réu do processo, defendendo a eficácia da disposição testamentária.

22. Idem, 237.

23. Neste sentido: Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 346; e Eduardo de Oliveira Leite, Comentários ao novo Código Civil, v. 21, 674.

No mínimo, a distribuição dos **encargos probatórios** precisa ser invertida (CPC 373 § 1.º). Afinal, é quase impossível ou de excessiva dificuldade o encargo da obtenção da prova de fato contrário. Não há como impor ao autor da ação de rompimento a prova de que seu pai não sabia de sua existência. Do mesmo modo, aos herdeiros beneficiados pelo testador é complicada a prova de que o testador sabia da existência de herdeiro necessário.

Podem participar da demanda todos os que têm algum interesse, quer com a ruptura, quer com a manutenção do testamento.

Na ação **investigatória de paternidade *post mortem***, além dos herdeiros legítimos que passam a representar o espólio, os **herdeiros testamentários** também podem participar da demanda.

O STJ reconhece a legitimidade da **viúva meeira** para participar da ação de investigação de paternidade *post mortem*, mesmo que não seja herdeira.²⁴

LEITURA COMPLEMENTAR

CARVALHO, Dimas Messias de; CARVALHO, Dimas Daniel de. *Direito das Sucessões*. Inventário e partilha. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MADALENO, Rolf. Testamentos inválidos e ineficazes: revogação, rompimento, caducidade, anulabilidade e nulidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 265-318.

OLIVEIRA JÚNIOR, Heitor de. Revogação e rompimento do testamento. In: TEIXEIRA, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Pereira (coords.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 739-748.

VELOSO, Zeno. *Direito Civil: Temas*. Belém: Anoreg, 2018.

24. STJ, Agr.REsp 1.466.423/GO, 4ª T., rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 23/02/2016.

50

TESTAMENTEIRO

Sumário: **50.1.** Quem pode ser? – **50.2.** Natureza jurídica – **50.3.** Nomeação: **50.3.1.** Impedimentos – **50.4.** Testamenteiro dativo – **50.5.** Atribuições: **50.5.1.** Recusa; **50.5.2.** Administração provisória; **50.5.3.** Prazo; **50.5.4.** Prestação de contas; **50.5.5.** Ausência – **50.6.** Remuneração – **50.7.** Remoção – **50.8.** Extinção – **50.9.** Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.797 III, 1.883, 1.976 a 1.990; CPC 553, 616 IV, 617 V, 626, 737, 740 § 6.º, 742 § 1.º e 741 § 3.º.

50.1. QUEM PODE SER?

Não há necessidade, mas se o testador quiser morrer tranquilo, com a certeza de que suas deliberações serão cumpridas, pode indicar alguém de sua confiança para cumprir o testamento. Este é o testamenteiro, também chamado de **executor testamentário**. É cabível sua nomeação no **testamento** ou por meio de **codicilo** (CC 1.883). Nomeado por testamento, poderá ser substituído via codicilo e vice-versa: indicado no codicilo pode ser substituído em testamento subsequente. O testador pode substituir o testamenteiro quantas vezes quiser.

A função principal do testamenteiro – como o próprio nome sugere – é dar **cumprimento** ao testamento (CC 1.980) e defender sua **validade** (CC 1.981). Também cabe desempenhar atribuições outras que lhe delegue o testador (CC 1.982). Sua nomeação tem mais significado quando é imposto aos herdeiros o cumprimento de encargos ou lhes são impostos certos comportamentos.¹ Fora disso, nem se justifica sua nomeação.

1. Silvío Rodrigues, Direito Civil, v. 7, 273.

50.2. NATUREZA JURÍDICA

Tema que entretém a doutrina diz com a natureza jurídica do encargo. A tendência é considerá-lo uma espécie peculiar de **mandato**, mas que não se extingue com a morte do mandante, como ocorre no mandato comum (CC 682 II). Ao contrário, sua nomeação somente adquire eficácia a partir deste momento. Para Pontes de Miranda, não é mandato, tratando-se de um “cargo” – privado, se assim o quiserem –, mas irrecusavelmente um cargo.² De qualquer modo, como bem refere Silvio Rodrigues, é irrelevante a preocupação de procurar filiar certos institutos a outros. É uma instituição autônoma, com características próprias, que não se confunde com o mandato nem com outros institutos, apesar de algumas semelhanças.³

A condição de testamenteiro é **personalíssima**: pessoal, indelegável e intransmissível, pois é cargo da confiança do testador. Por ser um cargo de confiança, a escolha é *intuitu personae*, não se transmitindo aos herdeiros do testamenteiro.⁴ Pelo mesmo motivo, só pode ser exercido por pessoa física com **capacidade civil** plena, não por **pessoa jurídica**. Ainda assim, o testamenteiro pode ser representado em juízo ou extrajudicialmente por mandatário com poderes especiais (CC 1.985).

50.3. NOMEAÇÃO

O testador pode nomear um ou mais testamenteiros para atuarem em **conjunto ou separadamente** (CC 1.976). Quando a nomeação é **conjunta**, atuam ao mesmo tempo, cumulando as funções. Essa cotitularidade gera **responsabilidade solidária** com relação aos bens que lhes foram confiados. A exceção é se os testamenteiros tiverem funções distintas (CC 1.986). Nomeados **separadamente**, cada um exerce a atividade que lhe foi imposta pelo testador.

Quando houver a nomeação de mais de um testamenteiro, sem qualquer especificidade, presume-se que foram nomeados em **ordem sucessiva**, para serem substitutos um do outro, no caso de não aceitação ou impossibilidade do primeiro nomeado. Se o testador não se referir expressamente à atuação conjunta dos testamenteiros plurais, entende-se que os nomeou

2. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 60, 14.

3. Silvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7, 275.

4. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 281.

sucessivamente, pois a solidariedade não se presume.⁵ Aceitando o encargo mais de um dos testamentários nomeados, um exerce as funções na falta dos outros.

O testador pode transferir a **posse e a administração** da herança, ou de parte dela, ao testamentário, que passa a chamar-se **testamentário universal** (CC 1.977). Só há essa possibilidade quando inexistir **cônjuge** sobrevivente ou **herdeiros necessários**. A existência de **companheiro** sobrevivente também impede a concessão da posse da herança ao testamentário, pois a ele cabe assumir a administração provisória (CC 1.797). Porém, se algum deles não quiser ou não puder assumir o encargo, é possível a transferência dos bens ao testamentário. Quando não ocorre a transferência da posse a ele, é intitulado **testamentário particular**. Neste caso, deverá exigir dos herdeiros os meios necessários para cumprir as disposições testamentárias.⁶

Existindo herdeiros legítimos ou testamentários, não pode o testamentário ser nomeado **inventariante**, a menos que lhe tenha sido confiada a administração do espólio ou na hipótese de o testador ter distribuído toda a herança em legados (CC 1.990 e CPC 618 V).

Encontrando-se os bens em mãos do testamentário, qualquer herdeiro, o viúvo ou o companheiro sobrevivente, pode requerer: a partilha imediata, a entrega dos bens, ou a sua devolução (CC 1.977 parágrafo único).

50.3.1. Impedimentos

Quem, de alguma forma, direta ou indiretamente, participou da **confeção do testamento** não pode ser nomeado herdeiro ou legatário (CC 1.801). Tais impedimentos, no entanto, não alcançam o exercício da testamentária.⁷ Isto porque o testamentário não é nem herdeiro nem legatário, não recebendo bens da herança. O prêmio que recebe é contraprestação por serviço prestado. Não há impedimento para o exercício da função de testamentário para quem a lei nega a condição de herdeiro ou legatário, por ele pessoalmente, ou algum parente seu, participado da confeção do testamento. Assim, não é vedado ao redator do testamento ser nomeado testamentário. No entanto, não pode ser beneficiado com herança ou legado. Não tem o direito sequer de escolher entre exercer a testamentária ou ficar com o legado. Como está impedido de ser herdeiro, pode tão somente ser

5. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 357.

6. Arnoldo Wald, O novo Direito das Sucessões, 241.

7. Dimas Messias de Carvalho e Dimas Daniel de Carvalho, Direito das Sucessões, 171.

testamenteiro, fazendo jus à vintena. Mas, abrindo mão da testamentaria, não fica com a herança.

Quem serviu de **testemunha instrumentária** do testamento também não está impedido de ser nomeado testamenteiro. Vale a nomeação.⁸

Mas há outros impedimentos. Quem tem débito para com o testador; estiver litigando com os herdeiros; ou for inimigo do testador ou seus sucessores, por aplicação analógica aos impedimentos para o exercício da tutela, não pode ser testamenteiro (CC 1.735).⁹

50.4. TESTAMENTEIRO DATIVO

Nomear ou não testamenteiro é uma **faculdade** do testador. Tem ele o direito de não nomear ninguém. Inclusive, pode atribuir a algum herdeiro o encargo de executar o testamento. É o que todos chamam de **onerado**. No silêncio do testamento, o seu cumprimento incumbe aos herdeiros e até aos legatários (CC 1.934). Ainda assim, a doutrina se divide sobre a necessidade – e até a possibilidade – de ser nomeado testamenteiro judicial quando o testador se omitiu em fazê-lo. Silvio Rodrigues diz que, por se tratar de figura excepcional, só cabe ser indicado pelo testador. Mesmo que impostos encargos aos herdeiros, nada justifica a nomeação judicial de um testamenteiro, pois não há interesse de ordem pública no cumprimento do testamento (CC 1.984). Afirma ser dos sucessores o ônus de cumpri-lo. E conclui: descabida a nomeação de testamenteiro pelo juiz, o que contraria a vontade do testador e onera a sucessão.¹⁰ Clóvis Bevilacqua, no entanto, sustenta que a sucessão testamentária exige sempre um testamenteiro, seja da escolha do testador, designado por lei ou nomeado pelo juiz.¹¹

Quando se tratar de **testamento cerrado** (CPC 735) ou **particular** (CPC 737 e § 4.º), caso não houver testamenteiro nomeado pelo testador, estiver ausente ou não aceitar o encargo, determina a lei processual que o juiz nomeia **testamenteiro dativo** (CPC 735 §§ 3.º e 4.º). A nomeação de testamenteiro dativo só cabe se for estritamente necessário. Basta atentar no que a lei civil diz: na falta de testamenteiro nomeado, cabe ao juiz indicar o viúvo ou um herdeiro para executá-lo. (CC 1.984). Apesar da expressão da

8. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 60, 35.

9. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 282.

10. Silvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7, 277.

11. Clóvis Bevilacqua, Código Civil, v. 6, 220.

lei – “o juiz nomeará testamentário dativo” –, não é obrigatória a nomeação. Principalmente quando não há encargos a serem cumpridos, nada justifica contrariar a vontade do testador, que não entendeu necessária a nomeação. Pode perfeitamente o **inventariante** desincumbir-se do encargo de proceder à partilha do acervo sucessório. Está dentro de suas atribuições, sem que tenha direito a qualquer remuneração.

50.5. ATRIBUIÇÕES

A atribuição mais importante do testamentário é fiscalizar o cumprimento das disposições testamentárias. As obrigações, deveres ou ônus que tocam ao testamentário, a rigor, são matérias de direito substantivo e, em boa hora foram excluídas da lei processual civil.

Quando da abertura, tanto do **testamento cerrado**, ou da publicação do testamento **particular**, procedido ao seu registro, o testamentário é intimado para assinar o termo de testamentaria. Caso recuse o encargo, cabe ao juiz, se for indispensável, nomear testamentário dativo, observando a preferência legal (CPC 735 § 4.º e 737 § 4.º).

Ademais, tem a faculdade de pedir ao juiz que ordene ao detentor do **testamento cerrado** sua exibição para levá-lo a **registro** (CC 1.979).

O testamentário tem **legitimidade concorrente** para requerer a publicação em juízo do **testamento particular** (CPC 737).

50.5.1. Recusa

A assunção do encargo é voluntária. Como não se trata de múnus público, mas de prevalente **interesse particular**, a recusa da testamentária não necessita ser motivada. Nem mesmo depois de ter assumido o encargo. Cabe ao juiz, se necessário para assegurar o cumprimento do testamento, nomear testamentário dativo (CPC 735 § 4.º). Caso contrário atribui o encargo ao cônjuge ou a um dos herdeiros (CC 1.984).

A forma de o testador compelir o testamentário a aceitar o encargo é nomeá-lo legatário, com o encargo de fiscalizar a execução do testamento. Nessa hipótese, como a recusa implica em perda do legado, é mais provável a aceitação.¹²

12. Sílvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7, 276.

50.5.2. Administração provisória

Quando não existir cônjuge sobrevivente ou herdeiro que esteja na posse dos bens, a administração provisória é assumida pelo testamenteiro (CC 1.797 III). Se o testador lhe atribuiu a posse dos bens, tem o dever administrá-los até o compromisso da inventariança. Depois de o inventariante assumir o encargo, cabe ao juiz definir quem fica na posse da herança: ou o inventariante ou o testamenteiro.

50.5.3. Prazo

O testamenteiro deve desincumbir-se de seu encargo no prazo conferido pelo testador (CC 1.980). Não fixado prazo, este é de 180 dias a contar da aceitação do encargo (CC 1.983). O tempo para o testamenteiro cumprir as disposições testamentárias não se confunde com o prazo para a ulimação do processo de inventário, que é de 12 meses (CPC 611). Aliás, a depender do encargo imposto, podem os deveres do testamenteiro se estender no tempo, até bem depois de ultimado o inventário.

50.5.4. Prestação de contas

Não somente no final de suas atribuições, cabe ao testamenteiro prestar contas do que recebeu e do que despendeu (CC 1.983 e CPC 735 § 5.º). Deve fazê-lo sempre que o juiz o determinar (CPC 618 VII). Sua responsabilidade subsiste enquanto durar a execução do testamento (CC 1.980). Nada impede que o testador dispense o testamenteiro de prestar contas, pois não mais persiste a regra que reconhecia tal estipulação como ineficaz (CPC/73, 1.135).

50.5.5. Ausência

No processo de ausência, o testamenteiro pode requerer que não se proceda à arrecadação dos bens (CPC 740 § 6.º), devendo ser citado quando ultimada a arrecadação (CPC 741 § 1.º). E, surgindo o testamenteiro, a arrecadação se converte em inventário (CPC 741 § 3.º).

50.6. REMUNERAÇÃO

A função de testamenteiro não é gratuita, mas, se ele foi beneficiado pelo testamento, não faz jus à remuneração. Somente no caso de não ser herdeiro

testamentário ou legatário é que recebe um prêmio que se denomina **vintena**. Clara é a lei em assim dispor (CC 1.987): *o testamenteiro, que não seja herdeiro ou legatário, terá direito a um prêmio*. A contrário senso, quem foi contemplado com herança ou legado não merece ser duplamente beneficiado. No entanto, sustenta Silvio Rodrigues que, se o legado não tiver caráter **remuneratório**, pode o testamenteiro reclamar que lhe seja paga vintena. Traz como exemplo ter o testamenteiro sido contemplado com quinhão igual ao de todos os demais herdeiros instituídos. Neste caso, o que recebeu não remunera a função que lhe foi atribuída.¹³ Entretanto, a lei não cria tal distinção.

Há outro ponto de controvérsia: identificar quem tem direito ao prêmio. Para uma corrente, a lei só exclui a vintena do **herdeiro testamentário ou legatário**. Quando o testador atribuiu o encargo a **herdeiro legítimo**, que é contemplado na sucessão, a tendência da doutrina é sustentar que tem ele direito à vintena. Primeiro, porque o tema diz com a sucessão testamentária, e o herdeiro legítimo herda por força de lei. Ao depois, se não lhe coubesse o prêmio, exerceria sua função gratuitamente, quando se trata de atividade remunerada.¹⁴ A vintena é devida quando o herdeiro for legítimo e, com mais razão, se for necessário, eis que não está obrigado a exercer gratuitamente o encargo.¹⁵

Corrente outra sustenta que a *ratio legis* é assegurar remuneração a quem, não tendo relação nenhuma com o inventário, e não obtendo qualquer benefício com a distribuição da herança, se dedica a cumprir as disposições testamentárias. Assim, desde que o testamenteiro receba uma quota da herança – seja como herdeiro legítimo ou testamentário –, não há razão para que lhe seja concedido também o direito à vintena.¹⁶

O Código de Processo Civil determina que o juiz nomeie **testamenteiro dativo** observando a preferência legal (CPC 735 § 4.º). No entanto, não existe preferência estabelecida na lei para a nomeação de testamenteiro dativo. O Código Civil somente indica quem deve ser designado para a execução da testamentaria (CC 1.984): o cônjuge ou um dos herdeiros. Às claras que esta função deve ser assegurada também ao **companheiro sobrevivente**.

13. Idem, 280.

14. Neste sentido: Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, v. 7, 281.

15. Neste sentido: Clóvis Bevilacqua, *Código Civil*, v. 6, 253; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, v. 3, 227; e Orosímbo Nonato, *Estudos sobre sucessão testamentária*, v. 3, 366.

16. Neste sentido: Arnoldo Wald, *O novo Direito das Sucessões*, 243.

Se o testador não estabeleceu a vintena do testamentário, cabe ao juiz fixar o **valor** de sua remuneração, entre o valor mínimo de 1%, até o limite de 5% da herança líquida (CC 1.987). É indispensável restringir-se ao parâmetro legal, levando em conta o valor da herança e o trabalho de execução do testamento.

Controvérsias não faltam sobre a base de cálculo da vintena. A lei fala em **herança líquida**, conceito que corresponde ao ativo menos o passivo, ou seja, à totalidade dos bens excluídos os encargos. Também cabe ser excluída a **meação**. No entanto, não há como considerar inserida na expressão legal a parte da herança destinada aos herdeiros necessários, o que reduz a herança à metade. Esta é a tendência da jurisprudência, fixar a remuneração sobre a **parte disponível**.¹⁷

Mas há quem sustente que, como se trata de remuneração por serviços prestados com referência a bens de determinado valor, a vintena deve ser calculada sobre o valor dos bens abrangidos pelo **testamento**. Assim, se a atividade do testamentário foi nenhuma, não faz jus à vintena.¹⁸ Mas o STJ já decidiu que a eventual perda da eficácia de cláusulas do testamento não afasta o direito do testamentário nomeado de receber remuneração.¹⁹

17. Inventário. Preliminar contrarrecursal de não conhecimento. Desacolhimento. Comprovação do cumprimento do disposto no art. 1.018, caput e § 2.º, do CPC/15. Base de cálculo da vintena testamentária. Herança líquida. Descabimento da antecipação do pagamento do prêmio do testamentário quando ainda não apurado o valor da herança líquida. 1. (...). 2. Considerando que a base de cálculo do prêmio do testamentário é a herança líquida, conforme o art. 1.987 do Código Civil de 2002 – vigente à época da abertura da sucessão –, devendo, para tanto, serem deduzidas do monte-mor as dívidas e os tributos, revela-se descabido autorizar o pagamento antecipado da vintena quando ainda não restou apurado o valor da herança líquida, nem sequer havendo elementos para tanto, por não ter havido, até então, a avaliação fiscal dos bens. Rejeitada a preliminar contrarrecursal, deram provimento. Unânime. (TJRS, AI 70069427128, 8.ª C. Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 09/03/2017).
18. Ação de arrolamento comum. [...] Vintena. Inexistência de atuação efetiva do testamentário no sentido do cumprimento do testamento. Remuneração que deve ser afastada, sob pena de configurar enriquecimento sem causa. Inteligência dos artigos 1.137 e 1.138 do CPC. Precedente jurisprudencial. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP, AI 2111328-76.2015.8.26.0000, 2.ª C. Dir. Priv., Rel. Rosângela Telles, j. 09/09/2015).
19. Ineficácia de disposição testamentária que não afasta o prêmio do testamentário. A perda de finalidade de testamento – elaborado apenas para que os bens imóveis herdados pelos filhos do testador fossem gravados com cláusula de incomunicabilidade – não ocasiona a perda do direito do testamentário de receber um prêmio pelo exercício de seu encargo (art. 1.987 do CC/2002) caso a execução da disposição testamentária só tenha sido obstada em razão de omissão do próprio testador que, após a vigência

O encargo pelo pagamento da vintena é do **espólio**.

Anulado o testamento, não há testamenteiro. No entanto, tendo iniciado suas atividades, injusto que o trabalho realizado não seja remunerado.²⁰ Cabe ao juiz fixar o valor de modo proporcional ao seu desempenho.

O testamenteiro pode requerer a **avaliação** dos bens que servem de base de cálculo para a vintena, já que sua remuneração é estabelecida em valor percentual do acervo hereditário.

O prêmio a que faz jus o testamenteiro não é **legado**, a não ser que o testador estipule prêmio que exorbite os limites legais. Na hipótese de o testador fixar a vintena em valor superior ao limite de 5%, o excesso caracteriza liberalidade e cabe ser considerado como legado.

Sobre o valor da vintena não incide **imposto causa mortis**, pois não se trata de direito sucessório.²¹

O herdeiro ou o legatário nomeado testamenteiro pode optar entre o prêmio, a herança, ou o legado (CC 1.988), já que não pode cumular dois benefícios.

50.7. REMOÇÃO

Como o CPC deixou de regular a execução dos testamentos (CPC/73, 1.135 a 1.141), também não prevê a remoção do testamenteiro.

No entanto, como ele, exerce as funções de inventariante, pode ser removido a requerimento dos herdeiros e pelos mesmos motivos. Inclusive por iniciativa do juiz (CPC 622).

do novo Código Civil, deixou de aditar o testamento para indicar a justa causa da restrição imposta (art. 1.848 c/c art. 2.042 do CC/2002). [...] A despeito de a ineficácia da referida cláusula afetar todo o testamento, não há que se falar em afastamento do pagamento do prêmio ao testamenteiro, a pretexto de que a sua atuação no feito teria sido singela, uma vez que o maior ou menor esforço no cumprimento das disposições testamentárias deve ser considerado apenas como critério para a fixação da vintena, que poderá variar entre o mínimo de 1% e o máximo de 5% sobre a herança líquida (art. 1.987 do CC/2002), mas não para ensejar a sua supressão. Na hipótese, a fiel execução da disposição testamentária foi obstada pela própria inação do disponente ante a exigência da lei, razão pela qual não pode ser atribuída ao testamenteiro nenhuma responsabilidade por seu descumprimento. Ademais, cabe ressaltar que a perda do direito ao prêmio só é admitida, excepcionalmente, em caso de sua remoção, nas situações previstas em lei (art. 1.989 do CC/2002 e art. 1.140, I e II, do CPC [de 1973]). (STJ, REsp 1.207.103/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 02/12/2014).

20. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 366.

21. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 287.

Destituído, perde o testamenteiro o direito ao **prêmio**, que reverte ao acervo sucessório (CC 1.989 e CPC 553).

50.8. EXTINÇÃO

A atividade do testamenteiro se esvai com a execução completa do testamento. No entanto, o cumprimento das disposições testamentárias não se esgota pela simples ultimação do inventário. É possível que os encargos impostos pelo testador se prolonguem no tempo, como, por exemplo, quando existe legado de alimentos. Cabe ao testamenteiro atentar ao cumprimento do testamento.

Como lhe compete a defesa do testamento, enquanto não ultimadas as demandas envolvendo questões testamentárias, persiste como testamenteiro. Ao final do exercício do encargo, deve **prestar contas**, principalmente se detinha ele a posse de bens do espólio.

50.9. ASPECTOS PROCESSUAIS

Como o testamenteiro tem o dever de defender a validade do testamento, não pode buscar sua desconstituição. Além de lhe faltar legitimidade para a demanda **anulatória**, tal tentativa é motivo suficiente para ser destituído.

O **compromisso** do testamenteiro é ato pessoal. Para ser representado por procurador são necessários poderes especiais (CPC 105).

Dispõe o testamenteiro de **legitimidade concorrente** para requerer a abertura do inventário (CPC 616 IV).

Deve ser citado para a **ação de inventário** (CPC 626), passando a ser intimado de todos os atos do processo.

Nas ações que questionem a higidez do testamento ou de alguma de suas cláusulas, o testamenteiro é quem tem **legitimidade passiva** para a ação. Não basta a presença de todos os herdeiros. Ele é **litisconsorte necessário**, pois tem o dever de zelar pelo cumprimento das disposições de última vontade.

A **prestação de contas** é feita perante o juízo do inventário, mas em autos apartados (CPC 553). Deve ser atendido o rito próprio da **ação de exigir contas** (CPC 550 a 553).

Não prevista ação própria para a **remoção do testamenteiro**, cabe ser adotado o procedimento de remoção do inventariante (CPC 623). O pedido

há que ser fundamentado. Autuado em apenso ao inventário, precisa ser assegurado o direito de defesa e de produção de provas.

Como cabe ao testamenteiro defender a posse dos bens da herança, tem legitimidade para o uso das **ações possessórias** (CPC 554 a 568).

LEITURA COMPLEMENTAR

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: Direito das Sucessões*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 6.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 7.

51

AUSÊNCIA

Sumário: **51.1.** Algumas distinções – **51.2.** Morte presumida – **51.3.** Aspectos processuais – **51.4.** Curadoria dos bens do ausente – **51.5.** Sucessão provisória – **51.6.** Sucessão definitiva – **51.7.** Declaração de vacância – **51.8.** Retorno do ausente – **51.9.** Dissolução do casamento – Leitura complementar.

Referências legais: CC 6.º, 7.º, 9.º IV, 20 parágrafo único, 22 a 39, 1.571 § 1.º, 1.728 I, 1.759, 1.878 parágrafo único; CPC 49, 618 VI, 671 I, 744 e 745; Lei 8.213/1991 78; Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos – LRP) 29 VI, 88, 94, 104 parágrafo único, 107 § 1.º; Lei 6.683/1979 6.º; Lei 8.112/1990 221 I; Lei 9.140/1995.

51.1. ALGUMAS DISTINÇÕES

O desaparecimento de uma pessoa, sem a prova inequívoca de sua morte, interessa ao direito. Há necessidade de se atentar aos aspectos de ordem patrimonial dessa situação. Daí a **ausência**, instituto com nítido caráter de proteção à riqueza, que, diante do desaparecimento do seu titular, pode se deteriorar ou se perder.¹ Assim, sumindo alguém sem deixar vestígios e não havendo ninguém com legitimidade para representá-lo, é possível a declaração judicial de sua ausência, por meio de procedimento que atribui a outrem o encargo de **administrar o patrimônio** de quem desapareceu. Como bem lembra Zeno Veloso, é cada vez mais rara a ocorrência prática do instituto da ausência nos dias de hoje, diante do fantástico avanço tecnológico dos meios de comunicação.²

1. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Direito Civil*, v. 7, 269.

2. Zeno Veloso, *O novo casamento do cônjuge do ausente*, 37.

Trata-se de instituto de natureza **patrimonial**, de proteção aos bens, e não à pessoa que simplesmente sumiu sem qualquer justificativa e nunca mais deu notícias. Porém, há efeitos pessoais que justificam a declaração de ausência mesmo que não exista patrimônio. O único efeito extrapatrimonial é a **dissolução do casamento** do ausente. Também serve a **finis previdenciários**, pois há a possibilidade de ser concedida pensão provisória ao dependente do segurado depois de seis meses da declaração judicial da ausência (L 8.213/91 78). Inexistindo bens, não há necessidade de se aguardar toda a tramitação da demanda.

O ausente não perde a **capacidade civil**. É válido o **testamento** feito antes de ter desaparecido (CC 28). Também nada o impede de ser contemplado com direitos sucessórios. O ausente herda como qualquer outra pessoa e a herança adquirida ingressa em seu patrimônio.³ Em face do princípio de *saisine*, a herança transmite-se a ele. No entanto, sendo declarado ausente, os bens recebidos precisam ser **colacionados**, retornando ao acervo sucessório para serem distribuídos entre os outros herdeiros (CPC 618 VI).

Ausência não se confunde com **prova indireta da morte**. Na ausência existe apenas **certeza** do desaparecimento e **presunção** da morte quando da abertura da sucessão definitiva (CC 6.º). Simplesmente não se sabe se o desaparecido está vivo ou morto.

Mais uma distinção: na **herança jacente** existe patrimônio e um morto, mas não há herdeiros. Já na ausência é o contrário: não existe um morto, mas há bens e, em geral, também herdeiros.⁴ No entanto, desconhecida a existência de herdeiros, a sucessão do ausente transforma-se em herança jacente (CPC 745 § 2.º).

Em face do grande número de **desaparecidos políticos** durante o período da ditadura militar, que vigorou no Brasil de 1964 a 1985, a lei que concedeu a anistia admitiu a declaração de ausência dos envolvidos em atividades políticas e que se encontravam desaparecidos de seu domicílio por mais de um ano (L 6.683/79 6.º). Posteriormente, foram reconhecidas como mortas as pessoas desaparecidas em razão de participarem ou terem sido acusadas de participação em atividades políticas, durante o período de 02.09.1961 a 05.10.1988 (L 9.140/95 1.º).

3. Idem, 288.

4. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 76.

51.2. MORTE PRESUMIDA

Ainda que se possa presumir que o ausente tenha morrido, tal fato não pode ser afirmado. Daí por que a ausência não se confunde com a declaração da morte presumida. A diferença mais significativa é que, para a declaração da ausência, é necessário todo um moroso procedimento que não precisa ser percorrido até a declaração da morte presumida. Na ausência existe apenas a **certeza do desaparecimento**, sem que ocorra a presunção de morte.

A declaração de morte presumida sem a decretação da ausência pode ocorrer em duas hipóteses (CC 7.º): (a) quando for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; ou (b) no caso do desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. Depois de esgotadas buscas e averiguações, é possível a declaração de morte presumida, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento (CC 7.º parágrafo único).

Para a expedição do **assento de óbito** de pessoa desaparecida em catástrofes, basta a prova da presença no local do desastre e a impossibilidade de ser encontrado o cadáver (LRP 88).

Para a concessão de **benefício previdenciário** – de modo para lá de injustificável –, é exigido o decurso do prazo de seis meses da declaração judicial da morte presumida (L 8.213/91 78). Porém, é possível a concessão de **pensão provisória** mediante a prova de que o desaparecimento do segurado ocorreu em consequência de acidente, desastre ou catástrofe (L 8.213/91 78 § 1.º). Ocorrendo o reaparecimento do segurado, cessa o pagamento do benefício, sem haver a obrigação de devolução dos valores recebidos, a não ser em caso de má-fé (L 8.213/91 78 § 2.º).

51.3. ASPECTOS PROCESSUAIS

Tanto a lei civil (CC 22 a 39) como o estatuto processual (CPC 744 e 745) regulamentam os distintos procedimentos que levam à declaração de ausência, havendo incontornáveis conflitos, além de gritantes equívocos, entre as duas normatizações. Basta atentar a que o Código Civil prevê duas vezes a **declaração de ausência**: quando da nomeação do **curador** (CC 22) e na abertura da sucessão provisória (CC 26). Também em duas oportunidades há referência à **arrecadação dos bens** (CC 26 e 28 § 2.º). Isso tudo sem contar que o próprio estatuto processual determina a arrecadação em momento distinto (CPC 744).

As demandas para a declaração da ausência, bem como todas as ações em que o ausente for réu, correm no foro do **último domicílio** antes do desaparecimento (CPC 49).

A declaração de ausência tem três fases: (a) curadoria dos bens do ausente; (b) abertura da sucessão provisória; e (c) sucessão definitiva. Cada momento é marcado pelo afastamento progressivo do caráter meramente **protetivo** em favor do ausente. Com o passar do tempo, como diminuem as chances de retorno do titular, passa a atentar-se mais ao **interesse dos sucessores**. Na fase da curadoria do ausente, são protegidos os interesses do desaparecido. Na sucessão provisória, compatibiliza-se a tutela dos interesses do ausente e dos seus sucessores. Já na sucessão definitiva, é prioritário o interesse dos herdeiros, pois é remotíssima e improvável a volta do ausente.⁵

Diante do desaparecimento de uma pessoa sem deixar representante ou procurador com poderes para administrar seus bens, é necessária a propositura da **ação declaratória de ausência** (CC 22). Em caráter antecipatório, o juiz nomeia um **curador**, a quem é deferida a posse e a administração do patrimônio a ser arrecadado (CC 23).

Declarada a ausência, o juiz determina a **arrecadação dos bens** (CPC 744 e 738) e a publicação de **edital** anunciando a arrecadação e chamando o ausente para tomar posse de seus bens. O edital deve ser publicado na internet, no site do tribunal e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça. Sem estes meios virtuais, durante um ano, de dois em dois meses, o edital deve ser publicado no órgão oficial e na imprensa da comarca (CPC 745).

Depois de decorrido o prazo do edital, qualquer interessado pode requerer a abertura da **sucessão provisória** (CPC 745 § 1.º). Não mais vigoram os prazos estabelecidos no Código Civil de um ano, três anos e 180 dias (CC 26 e 28).

Depois do trânsito em julgado da sentença, cabe processar o testamento e abrir o processo de **inventário**. Ultimado o inventário e procedida a partilha é que os herdeiros assumem a posse dos bens e passam a administrá-los em proveito próprio. Como a posse tem caráter provisório, os herdeiros não podem dissipar o patrimônio. Para vender ou onerar algum bem é necessária autorização judicial.

5. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Direito Civil: Sucessões*, 272.

Depois de **10 anos** de aberta a sucessão provisória, é possível torná-la **definitiva**, passando os bens à titularidade dos herdeiros (CC 37). Ainda assim, durante o período de mais 10 anos, aparecendo o ausente ou algum herdeiro necessário, têm eles direito aos bens que ainda existirem, no estado em que se encontrarem, ou aos bens sub-rogados em seu lugar (CC 39). Cabe figurar uma hipótese: deferida a sucessão provisória ao cônjuge do desaparecido, se depois de 20 anos aparecer um filho reclamando a herança, ele recebe o que sobrou do patrimônio.

Daí boa parte da doutrina sustentar que a sentença que declara a ausência, apesar de ter efeito *erga omnes*, não faz **coisa julgada**, uma vez que o desaparecido pode reaparecer.

51.4. CURADORIA DOS BENS DO AUSENTE

Logo após o sumiço de alguém sem representante ou procurador, ou se estes não quiserem ou não puderem assumir a administração, possível a qualquer interessado buscar a declaração judicial de sua ausência (CC 22 e 23). Porém, em um primeiro momento, há um procedimento de natureza **cautelar** que deve ser proposto no local do **domicílio** do desaparecido (CPC 49). O objeto da medida é a **arrecadação de bens** mediante a nomeação de um **curador especial** ao ausente (CPC 738 a 743). Só tem cabimento a propositura dessa medida na hipótese de não existir representante legal ou convencional do ausente com poderes de administração e conservação de seus bens.⁶ Em princípio, quando o desaparecido é **incapaz**, mas tem representante legal com poderes para zelar por seus bens, não há necessidade de nomeação da curadoria de ausente.⁷

Tem legitimidade para a ação declaratória de ausência qualquer interessado, bem como o **Ministério Público** (CC 22). A lei não indica quem são os legitimados para requerer a medida acautelatória. Somente identifica quem pode ser nomeado **curador** (CC 25): cônjuge, ascendente e descendente. E, quando se fala em cônjuge, há que se ler também companheiro da união estável. Porém, os interessados não se limitam a eles. Também é de se admitir a legitimidade de quem pode pleitear a abertura da sucessão provisória (CC 27), procedimento que se instaura em momento posterior. Há que se reconhecer também como legitimado quem pode requerer a abertura do inventário (CPC 616). É o que diz Arnaldo Wald: os interessados

6. Idem, 279.

7. Idem, 268.

para requerer a abertura da sucessão provisória dos bens do ausente não se confundem com as pessoas que têm poderes para pedir a nomeação de curador. Para esta medida os interessados são todos aqueles que tenham relações jurídicas com o ausente.⁸

Ao nomear o curador, o juiz fixa a extensão dos seus poderes, observadas as disposições da tutela e curatela (CC 24). Depois de prestar compromisso, o curador deve proceder à **arrecadação dos bens** da forma utilizada para a **herança jacente** (CPC 738 a 743). Ele recebe a posse dos bens e tem o encargo de administrá-los até a abertura da sucessão provisória. Ao curador não é imposto o dever de prestar garantias, como é determinado aos herdeiros na sucessão provisória (CC 30).

Independentemente do que está dito na lei (CC 22): *o juiz declarará a ausência*, nesta fase não é declarada a ausência. Tal ocorre quando da abertura da sucessão provisória (CC 26). Como refere Guilherme Calmon Nogueira da Gama, não há sentido em declarar judicialmente a ausência, até porque o aparecimento de representante ou procurador do ausente faz cessar a curadoria.⁹

A lei estabelece uma **ordem de legitimados** para o exercício da curatela: o cônjuge, se não separado judicialmente ou separado de fato há mais de dois anos, os ascendentes ou os descendentes, sendo que, entre os descendentes, têm preferência os de grau mais próximo (CC 25).

É de todo descabido conferir ao **cônjuge separado** pelo longo período de dois anos a condição de curador. Estando separados os cônjuges – de fato ou juridicamente –, não há como um ser curador do outro, até porque durante este período pode ter se constituído uma união estável.

A **separação de fato** põe fim ao casamento. No entanto, caso existam questões de ordem patrimonial, mesmo que o casal estivesse separado quando um desapareceu, o cônjuge pode requerer a declaração da ausência e a abertura provisória da sucessão. Ainda assim ele só pode ser nomeado curador se, eventualmente, estiver na posse dos bens comuns (CC 27 III).

Lastimável a omissão do legislador ao não inserir o **companheiro sobrevivente** entre os legitimados para a curadoria. Mas, como a ele está assegurada legitimidade para requerer a abertura do inventário (CPC 616 I), às claras pode ser curador.

8. Arnoldo Wald, O novo Direito das Sucessões, 44.

9. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Direito Civil: Sucessões, 277.

Mas os equívocos não terminam aí. Para o exercício da curadoria, a lei dá preferência ao cônjuge e depois aos **ascendentes**, antes dos descendentes, ordem que não guarda sequer correspondência com os legitimados para requerer a abertura da sucessão provisória (CC 27). Ao depois, os descendentes antecedem aos ascendentes na ordem de vocação hereditária (CC 1.829). E, se o desaparecido não aparecer, serão nomeados sucessores provisórios os **descendentes** e não os ascendentes, pois são eles os herdeiros legítimos presumidos (CC 27 II). Também não é assegurada preferência a quem está na administração e posse dos bens do ausente. Ao certo, teria andado melhor o legislador se tivesse feito remissão às normas que tratam da nomeação do inventariante (CPC 617).

Determinada a **arrecadação dos bens**, quer no procedimento de nomeação de curador, quer na sucessão provisória, é necessária a publicação de **editais** na internet, no site do tribunal e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça. Sem estes meios virtuais, durante um ano, de dois em dois meses o edital deve ser publicado no órgão oficial e na imprensa da comarca (CPC 745).

Nesta fase preliminar, cabe ao curador a **guarda, a conservação e a administração** do patrimônio do desaparecido. Pode vender móveis de fácil depreciação, cobrar créditos em favor do ausente, recolher valores etc. Porém, não há como buscar o reconhecimento dos direitos sucessórios a título de **antecipação de tutela**. Também compete a ele **representar** o ausente em juízo ou fora dele. O curador faz jus a **remuneração**, sendo que responde pelos prejuízos causados, por ação ou omissão, culposa ou dolosa.¹⁰

Além de executar medidas conservatórias, deve o curador **prestar contas** ao final da sua gestão (CPC 739 § 1.º V). A figura do curador subsiste até os herdeiros assumirem a posse dos bens. Porém, se o herdeiro for **parente colateral** e não tiver condições de prestar garantia para assumir a posse da herança, esta permanece com o curador (CC 30 § 1.º), que deve transferir ao herdeiro a **metade** dos frutos e rendimentos (CC 33 parágrafo único).

51.5. SUCESSÃO PROVISÓRIA

Quem requerer a abertura da sucessão provisória deve indicar os prováveis **herdeiros** que serão citados para se habilitar (CPC 745 § 2.º). Dispõe a ação de uma fase preliminar, de natureza **cautelar**. A título de

10. Arnoldo Wald, O novo Direito das Sucessões, 42.

antecipação de tutela, é feita a arrecadação dos bens do desaparecido – que ainda não cabe ser chamado de ausente –, com a nomeação de um **curador** (CC 22 a 25).

A lei declina quem são os legitimados para requerer a declaração de ausência, mas se olvidou do **Ministério Público** (CC 27). A omissão, no entanto, não exclui sua legitimidade, até porque ele pode requerer a nomeação de curador (CC 22). Ao depois, proferida a sentença e não surgindo herdeiros, cabe ao agente ministerial pleitear a declaração da sucessão provisória (CC 28, § 1.º).

Não identifica o atual CPC quem dispõe de **legitimidade ativa** para requerer a abertura da sucessão provisória, podendo ser solicitada pelos **interessados** (CPC 745 § 1.º). O rol consta do Código Civil: o cônjuge, os herdeiros presumidos (quer legítimos, quer testamentários) e os credores do desaparecido. Tal possibilidade é também conferida a quem tiver direito que dependa da morte do ausente (CC 27). Sabe-se lá quem a lei imaginou admitir nesta última hipótese, até porque é proibido negociar herança de pessoa viva, o que é chamado de **pacto sucessório** (CC 426). A doutrina traz como exemplo o donatário que recebeu um bem doado com reserva de usufruto em favor do ausente.¹¹ Assim, declarada a ausência do usufrutuário, consolida-se o direito do nu-proprietário.

A legitimação é **concorrente**, cabendo a iniciativa a qualquer dos legitimados. O rol de legitimados para propor a ação não guarda coincidência com os indicados para o exercício da curatela do ausente (CC 25), nem são os mesmos que têm direito de proceder à abertura do inventário (CPC 616) ou exercer a inventariança (CPC 617). Às claras, isso só gera confusão.

O direito conferido ao **cônjuge** de requerer a abertura da sucessão provisória decorre do fato de se pressupor a existência do direito à **meação**. Em face do fim da separação, o marco deve ser a **separação de fato**. Isso porque é o fim da vida em comum que leva ao rompimento do casamento. De forma mais do que pacífica, a jurisprudência reconhece ser este o marco que subtrai efeitos do casamento. A cessação do vínculo de convivência, além de livrar os cônjuges dos deveres do casamento, também põe um ponto final no regime de bens. Ao depois, em face da separação, o cônjuge não se encontra na administração dos bens, o que o inibe de requerer abertura do inventário ou ocupar a posição de inventariante. Somente persiste tal possibilidade se houver bens comuns a serem partilhados.

11. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Direito Civil: Sucessões*, 296.

Como o **testamenteiro** pode proceder a abertura do inventário (CPC 616 IV), também tem legitimidade para requerer a **declaração da ausência**, apesar de a abertura do **testamento** só ocorrer depois do trânsito em julgado da sentença que determina a **abertura da sucessão provisória** (CC 28). Quando o testamento é público ou particular, há a possibilidade de o **beneficiário** saber que foi contemplado, podendo buscar a declaração de ausência do testador. O **legatário** tem igual legitimidade. Afinal, é herdeiro instituído em testamento, portanto, herdeiro testamentário. O direito de ambos depende da morte do ausente (CC 27 III).

A legitimidade para deflagrar a sucessão provisória é reconhecida aos **credores** do ausente, não aos credores dos herdeiros, ainda que tenham eles interesse em amealhar bens para a satisfação de seu crédito.

Na ação devem ser **citados pessoalmente** os herdeiros presentes e o curador e, por edital, os ausentes, para requererem sua habilitação (CPC 745 § 2.º). Após cabe converter a sucessão provisória em **definitiva** (CPC 745 § 3.º).

É indispensável a participação do **Ministério Público** (CPC 739 § 1.º I). Caso ninguém requeira, cabe a ele a abertura da sucessão provisória (CC 28 § 1.º). Não aparecendo, no prazo de 30 dias, herdeiros ou interessados para procederem ao **inventário**, inicia-se o processo para oportuna declaração da herança como **vacante** (CC 28 § 2.º).

A lei processual, por ser mais recente, não estabelece prazo para que a sentença produza efeitos. Deste modo, são imediatos após o seu trânsito em julgado. Transitada em julgado a **sentença** que declara a ausência e determina a abertura da sucessão provisória, procede-se à abertura do **testamento**, do **inventário** e da **partilha**. Apesar da determinação legal (CC 28 § 2.º) de que *proceder-se-á à arrecadação dos bens do ausente*, esta providência só é cabível se não houve prévia arrecadação no procedimento de nomeação de curador (CC 22). Não há qualquer motivo para repetir medida já levada a efeito.

A ausência deve ser **registrada** no Registro Civil das Pessoas Naturais (LRP 29 VI), e a abertura da sucessão provisória no livro próprio do Cartório do 1.º Registro Civil (LRP 104 parágrafo único).

Aberto o inventário (CC 28), cabe a nomeação do **inventariante** (CPC 617). Suas funções persistem até que os herdeiros assumam a posse provisória dos bens ou até a herança ser declarada **jacente** (CPC 618). A finalidade da sucessão provisória é resguardar os bens do ausente. Os sucessores provisórios representam o ausente ativa e passivamente (CC 32).

Porém, a alienação ou oneração dos bens imóveis depende de autorização judicial (CC 31).

Ultimada a partilha, a posse dos bens é deferida aos **herdeiros**, respeitada a ordem legal: descendentes, ascendentes e, na falta de qualquer deles, ao cônjuge. Por se tratarem de **herdeiros necessários**, estão dispensados de prestar garantia (CC 30 § 2.º). Claro que neste rol deve ser incluído o companheiro da união estável.

Mesmo em sede de sucessão provisória, há que assegurar o **direito de concorrência** do cônjuge e do companheiro.

Para a posse ser deferida aos demais herdeiros – parentes colaterais, testamentários ou legatários –, é necessário que eles deem **garantias reais** (CC 30). Quem não tiver condições para dar bens em penhor ou hipoteca, não pode receber a posse dos bens do ausente. Esta fica em mãos do **curador** ou do herdeiro que preste tal garantia (CC 30 § 1.º). No entanto, esses herdeiros fazem jus à **metade dos rendimentos** dos bens que lhe tocam (CC 34). Esta é a única hipótese em que a lei concede sobrevida ao curador.

A lei estabelece outra injustificável distinção entre herdeiros necessários, legítimos e testamentários: todos têm direito aos frutos e rendimentos dos bens do ausente, mas os **herdeiros necessários** percebem integralmente tais valores. Os demais **herdeiros legítimos** e os **testamentários** precisam depositar a metade dos rendimentos e, anualmente, **prestar contas** (CC 33). Isso tudo porque, se o ausente aparecer e conseguir justificar o seu sumiço, recebe metade dos rendimentos do seu patrimônio, que se encontra na posse provisória dos parentes colaterais e dos herdeiros testamentários.

Se o ausente aparecer, ou algum de seus herdeiros, serão citados os sucessores provisórios ou definitivos e intimados o Ministério Público e o representante da Fazenda Pública (CPC 745 § 4.º). O processo segue o **rito ordinário**. Se ficar provado que a ausência foi voluntária e injustificada, perde ele, em favor do sucessor, sua parte nos frutos e rendimentos (CC 33 parágrafo único).

Prova da **morte do ausente**, automaticamente a sucessão provisória se converte em definitiva. Não sendo possível comprovar a época exata do falecimento, presume-se que ocorreu na data da sentença que declarou a ausência e determinou a abertura da sucessão provisória. Porém, se durante o período em que os bens ficaram na posse do sucessor provisório for provada a data do falecimento do ausente, passa a ser este o marco para a identificação dos herdeiros (CC 35).

Arnoldo Wald aponta alguns efeitos da abertura da sucessão provisória: o imposto *mortis causa* deve ser pago; os direitos sucessórios transmitem-se aos herdeiros dos sucessores; extinguem-se os vínculos patrimoniais personalíssimos em favor do ausente (fideicomisso, usufruto); não podem os herdeiros provisórios entrar com ação para reduzir as doações inoficiosas feitas pelo ausente.¹²

51.6. SUCESSÃO DEFINITIVA

A sucessão provisória cessa e converte-se em definitiva: (a) quando houver certeza da **morte** do ausente; (b) após o decurso de **10 anos** do trânsito em julgado da sentença que determina a abertura da sucessão provisória; e (c) se o ausente contar mais de **80 anos** e por **cinco anos** não se teve notícias dele. Os dois requisitos – idade e cinco anos sem notícias – são cumulativos, precisando ambos ser implementados para a declaração definitiva da ausência (CC 37 e 38).

Autorizada a abertura definitiva da sucessão, **presume-se a morte** do ausente (CC 6.º). Os **sucessores** podem **alienar** ou **gravar** os bens sem necessitar de autorização judicial. Passa a pertencer aos herdeiros a integralidade dos **frutos e rendimentos** dos bens, levantando-se a caução que haviam prestado. A sucessão definitiva é apenas transmutação da natureza da propriedade, já transferida provisoriamente ao herdeiro.¹³

Ainda assim, a sucessão definitiva não é tão definitiva quanto a expressão dá a entender.¹⁴ Isso porque, pelo período de 10 anos, persiste a possibilidade de aparecer o ausente ou seus sucessores pleiteando os bens. Ocorrendo o **retorno do ausente**, as alienações feitas não são desconstituídas nem invalidadas. Ou seja, os atos de disposição praticados pelos sucessores são válidos. O ausente recebe os bens no estado em que se encontram. Faz jus somente ao que ainda existir, ao que for adquirido em sub-rogação ou ao preço obtido com a venda. Os herdeiros necessários que eventualmente aparecerem podem reclamar os mesmos direitos. Portanto, mesmo na sucessão definitiva, a titularidade dos herdeiros constitui-se em **propriedade resolúvel**, durante mais de 20 anos!

12. Arnoldo Wald, O novo Direito das Sucessões, 47.

13. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Novo curso de Direito Civil, v. 1, 130.

14. Lilian Castro, Sucessão de ausentes.

51.7. DECLARAÇÃO DE VACÂNCIA

Declarada a ausência e fluído o prazo da publicação do edital e não se habilitando qualquer herdeiro, cabe ao Ministério Público requerer a abertura da **sucessão provisória** (CC 28 § 1.º) e, posteriormente, a **conversão da sucessão provisória em definitiva** (CPC 745 § 3.º).

Depois do decurso de **10 anos** da abertura da **sucessão definitiva**, se o ausente não retornar ou nenhum herdeiro reclamar a herança, esta é reconhecida como **vacante**, passando ao domínio público (CC 39 parágrafo único). Nesta hipótese, não é necessária a instauração do procedimento da herança jacente (CPC 738 a 743). É possível a declaração de vacância nos mesmos autos do procedimento de ausência.

51.8. RETORNO DO AUSENTE

Como o processo de ausência dispõe de três fases, que se prolongam por mais de 20 anos, diversas são as consequências na hipótese de o ausente reaparecer.

Retornando o desaparecido pessoalmente, por meio de representante ou procurador, durante o processo de arrecadação, quando os bens já se encontravam na posse do **curador**, extingue-se o procedimento e os bens lhe são devolvidos (CPC 745 § 4.º).

Declarada a ausência, durante os 10 anos em que se prolonga a **sucessão provisória**, o reaparecimento do ausente leva à **extinção da ação**. Os bens que se encontram na posse dos herdeiros retornam ao seu proprietário. Até a devolução, os herdeiros precisam continuar zelando pelos bens (CC 36). Se a **sucessão provisória** estava sendo exercida por herdeiros necessários, os frutos e rendimentos percebidos não são devolvidos. Somente na hipótese de a sucessão provisória estar em mãos de outros herdeiros legítimos ou testamentários é que a metade dos frutos retorna ao titular.

Iguais são os direitos dos herdeiros necessários do ausente que surgirem após a conversão da **sucessão em definitiva**. Apesar de a lei só falar no aparecimento de ascendentes ou descendentes, também o **cônjuge** pode reclamar os bens, pois, afinal, também é herdeiro necessário.

Ao reaparecido ou a seus herdeiros necessários são assegurados somente os bens que ainda existirem, e no estado em que se encontram: ou os próprios bens ou os que foram adquiridos por sub-rogação. Também o dinheiro, produto da venda dos bens do ausente, deve ser entregue ou a ele ou aos herdeiros (CC 39). A regra visa evitar que o sucessor se locuplete à

custa do ausente, mas este deve ressarcir o herdeiro que fez melhoramentos e acréscimos durante o período da ausência.¹⁵

Depois do decurso de 10 anos da conversão da sucessão em definitiva, mesmo que apareça o ausente ou algum herdeiro, nenhum deles nada mais recebe. Só neste momento a sucessão se torna **definitiva**. Mas isso só ocorre depois de decorridos mais de 20 anos do desaparecimento do titular dos bens.

51.9. DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

Tanto a **morte presumida** (CC 6.º e 7.º) como a declaração de **ausência** (CC 22 a 39) dissolvem o casamento. O cônjuge passa à condição de **viúvo**, podendo inclusive voltar a casar.

Necessário, no entanto, definir qual o **momento** em que ocorre a dissolução do casamento. Estabelece o Código Civil como uma das causas (CC 1.571 § 1.º): a presunção quanto ao ausente. Como alerta Jayme de Souza Vieira Lima Filho, há duas presunções com relação ao ausente: (CC 6.º) quando da abertura da **sucessão definitiva** e (CC 28) quando da abertura **da sucessão provisória**.¹⁶ Segundo a doutrina dominante, o momento da dissolução do casamento do desaparecido ocorreria somente quando da abertura da **sucessão definitiva** (CC 37): 10 (dez) anos após o trânsito em julgado da sentença que concede a sucessão provisória.

Esta interpretação, no entanto, não pode prevalecer por afrontar um punhado de princípios constitucionais. Jayme de Souza Vieira Lima Filho, invocando o respeito à dignidade humana, o direito à felicidade e ao direito constitucional à herança, sustenta ser incabível interpretar o § 1.º do art. 1.571 do CC, por suposta força do seu art. 6.º, o que indiretamente obrigaria o cônjuge do desaparecido a se manter preso a um matrimônio falido pela ausência, para, só então, fazer jus ao direito constitucional à herança do ausente que, em regra, ajudou a construir.¹⁷

O direito de *saisine*, que determina a transferência imediata do patrimônio quando da morte, sofre profundas mudanças diante da ausência. Deste modo, em face dos efeitos produzidos pelo art. 28 do CC, que abre a sucessão, ainda que em caráter provisório, define a legislação aplicável,

15. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 78.

16. Jayme de Souza Vieira Lima Filho, O momento da dissolução do casamento do ausente.

17. Idem.

verifica a capacidade sucessória dos eventuais herdeiros, autoriza a abertura do testamento e do inventário, bem como a partilha, **como se o ausente fosse falecido**. Nada impede incluir também a dissolução do casamento do ausente.¹⁸ Diante de uma perspectiva civil-constitucional, esta é a única forma de desonerar o cônjuge de um casamento que não mais existe. Cabe atentar também que, a partir do desaparecimento, ocorreu a **separação de fato**, o que torna possível a constituição de união estável.

Como a morte não é certa, existe a possibilidade de o **desaparecido reaparecer**. A doutrina diverge sobre o que acontece. A lei afirma que a morte presumida do ausente dissolve o vínculo matrimonial (CC 1.571 § 1.º). O **estado civil** do ausente que reaparece é de **viúvo**. Afinal, não é mais casado. Do mesmo modo, o novo casamento do cônjuge do ausente não pode ser tido por inexistente ou nulo e não cabe falar em **bigamia**. Mesmo ocorrendo o regresso do ausente, o seu casamento permanece **dissolvido**.¹⁹ O que pode fazer o cônjuge é se divorciar do novo cônjuge e casar com o antigo amor que reapareceu.

LEITURA COMPLEMENTAR

CASTRO, Lílian. Sucessão de ausentes. *DireitoNet*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/11/08/1108/>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Ausência como presunção de morte e a sua declaração judicial. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 17. ed. Salvador: Juspodvm, 2019..

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 7, p. 269-320.

LIMA FILHO, Jayme de Souza Vieira de. O momento da dissolução do casamento do ausente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 9, n. 42, jun.-jul. 2007, p. 5-21.

VELOSO, Zeno. Novo casamento do cônjuge ausente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 6, n. 23, abr.-maio 2004, p. 37-54.

18. Idem.

19. Zeno Veloso, Novo casamento do cônjuge do ausente, 53.

52

HERANÇA JACENTE E VACANTE

Sumário: **52.1.** Quando não há herdeiros – **52.2.** Distinções:
52.2.1. Curador; **52.2.2.** Credores; **52.2.3.** Alienação de bens –
52.3. Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.819 a 1.823, 1.844; CPC 75 VI, 738 a 743; Dec.-
-Lei 8.207/1945 3.º.

52.1. QUANDO NÃO HÁ HERDEIROS

A lei elege um rol de pessoas com direito à herança. Alguns são **herdeiros necessários**, outros **facultativos** (CC 1.845). Também o titular do patrimônio pode eleger herdeiros, por meio de **testamento**. A estes pode deixar a totalidade de seu patrimônio, ou a metade dele se tiver herdeiros necessários.

Para reconhecer que aquele que faleceu não dispõe de nenhum herdeiro, primeiro é preciso ver se não tem **descendentes**, **ascendentes** e nem **parentes colaterais**. Também se não estava **casado** ou vivendo em **união estável**. Nem mesmo o regime de bens interessa. Ainda que eleito o regime da **separação de bens**, ou tenha sido este regime imposto obrigatoriamente, tal não subtrai do cônjuge e do companheiro o direito de receber a herança, se não existirem herdeiros outros. Ainda que os bens sejam anteriores à união estável, são herdados pelo companheiro sobrevivente, não havendo que se falar em herança jacente.¹ Somente a **separação de fato** impede o cônjuge ou o companheiro de receber a herança. O regime de bens nada significa.

1. Mário Delgado, A união estável e os direitos sucessórios..., 21.

De modo claro a lei diz isso em duas oportunidades: Falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo (CC 1.819); não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível (CC 1.844). As previsões são sábias, pois seria um absurdo recolher a herança quando o falecido era casado ou vivia em união estável ou tinha herdeiros legítimos. Neste conceito inserem-se os parentes colaterais até o **quarto grau**: irmãos, tios, sobrinhos, sobrinhos-netos, tios-avós e primos (CC 1.592). Os mais longínquos não são parentes para efeitos legais. Também não estão incluídos os parentes por **afinidade**, vínculos que se estabelecem pelo casamento e pela união estável (CC 1.595). Mesmo que a afinidade em linha reta – entre sogro e genro – não extinga quando da dissolução da união, tal não assegura direitos sucessórios.

Há questionamentos sobre a hipótese de o único sobrevivente ter sido excluído da herança, por **indignidade**. O exemplo trazido é o de Suzane von Richthofen. Coautora do homicídio de ambos os pais, foi declarada indigna. E a pergunta é: falecendo seu único irmão, sem parentes sucessíveis, receberá ela sua herança? A resposta é claramente negativa. Não há como perceber patrimônio cuja origem decorre do ilícito que cometeu. Deste modo, nem há necessidade de acrescentar o indigno no rol dos excluídos da sucessão (CC, 1.814 I).

52.2. DISTINÇÕES

No momento da morte ocorre a transmissão dos bens aos herdeiros. É o que consagra o princípio de *saisine* . Mas para isso é necessário que exista alguém que **receba** a herança, algum herdeiro. Não havendo sucessores conhecidos, não há como se operar a **transferência**.

A herança jaz sem dono, daí herança jacente. Os bens são coisas de ninguém, *res nullius*. Chama-se de **jacente** a herança quando não há quem dela possa legitimamente cuidar.² Do falecimento do seu titular até o reconhecimento de que não existem herdeiros, há um longo percurso. É indispensável o recolhimento dos bens e a nomeação de alguém que cuide deles: um **curador**. Também precisam ser convocados eventuais herdeiros por meio de editais. Só depois é possível declarar que os bens estão vagos, ou seja, que a herança é **vacante**.

Enquanto **jaz** sem herdeiro conhecido e até ser declarada judicialmente **vaga**, a herança é nominada de **jacente**. A partir do trânsito em julgado

2. Sílvia Venosa, Direito Civil, v. 7, 85.

da sentença, passa a se chamar de **vacante**. Não há como confundir herança jacente e herança vacante. Jacente é a herança que **não tem** herdeiros conhecidos e vacante é a herança da qual se **sabe não haver** herdeiros. A distinção entre ambas, portanto, está em que, enquanto jacente, pode ser que existam herdeiros, mas não se tem certeza disso; ao passo que, quando vacante, há certeza da inexistência dos herdeiros.³

A declaração de vacância depende de procedimento judicial, que “**devolve**” os bens ao poder público. Essa expressão utilizada pela lei parte da ideia de que todos os bens são **públicos**, havendo a possibilidade de serem objeto da **apropriação**. Quando não são da titularidade de ninguém, pertencem à comunidade. Assim, reconhecido que determinado bem não tem dono, é considerado **bem público** (CC 98): *São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno*. Declarada a vacância, os bens do *de cujus* caem no domínio do Município onde se encontram. No caso de bens localizados no Distrito Federal, este é o contemplado. Ainda que o Município venha a recolher os bens, não desfruta da condição de **herdeiro**. Não integra a ordem de vocação hereditária. Não se aplica o princípio de saisine.⁴

A herança jacente é um ente **despersonalizado**, patrimônio temporariamente sem titular, massa de bens sem **personalidade jurídica** que deve ser guardada para ser entregue ao herdeiro que aparecer ou, eventualmente, à Fazenda Pública. Sílvia Venosa a classifica como entidade com personificação anômala. Sua característica principal é a transitoriedade.⁵ Não pode

3. Inácio de Carvalho Neto, Herança jacente e herança vacante, 82.
4. Apelação – cobrança de condomínio – prescrição quinquenal – precedentes – herança jacente – adjudicação pelo município – débitos posteriores à adjudicação – Nos termos do art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil, aplica-se o prazo prescricional quinquenal (05 anos) para a pretensão de cobrança de cotas condominiais – ‘stare decisis’ – matéria decidida em acórdão paradigma (art. 1.036, do Novo Código de Processo Civil); – A declaração de vacância da herança acarreta a transferência do bem para o ente público. Com efeito, ao ente público não se aplica o princípio de saisine – se a Municipalidade somente arrecada os bens a partir da declaração de vacância, inviável a cobrança de despesas condominiais anteriores a este período – Aqui, diversamente do que alega a apelante, a cobrança em questão se trata de débitos posteriores à adjudicação do imóvel. RECURSO IMPROVIDO. (TJ-SP 10278152520178260562 SP 1027815-25.2017.8.26.0562, 30.ª Câmara, Rel. Maria Lúcia Pizzotti, j. 20/06/2018, p. 26/06/2018).
5. Sílvia Venosa, Direito Civil, v. 7, 84.

ser considerada **pessoa jurídica**, mas tem capacidade para estar em juízo ativa ou passivamente por meio de um **curador** (CPC 75 VI).⁶

A declaração de vacância não acontece só quando não existem herdeiros conhecidos. Cabe ser declarada vacante quando todos os herdeiros **renunciarem** à herança: os herdeiros necessários, os legítimos, bem como os testamentários e legatários. Também a **exclusão do único herdeiro** leva à vacância. Assim, se ele foi declarado indigno, sem que haja outros herdeiros que a recolham em seu lugar, a herança resta vaga. Em qualquer dessas hipóteses a declaração de vacância depende do demorado procedimento (CC 1.823).

Não só a **totalidade da herança** pode ser declarada vacante. Existe a possibilidade de parte do acervo sucessório acabar sem dono. Ocorre quando o autor da herança, sem herdeiros necessários, deixa somente parte de seus bens a herdeiros testamentários. O resto do patrimônio é recolhido como jacente. Também isso acontece quando, não existindo herdeiros legítimos ou testamentários, algum legatário renuncia ao legado. Lembra Sílvia Venosa outros casos de jacência: enquanto não ocorre o nascimento do herdeiro nascituro e enquanto a pessoa jurídica beneficiada por testamento estiver em formação. É a mesma situação do herdeiro sujeito a condição suspensiva até o implemento da condição.⁷ Ainda que temporariamente jacentes, que nenhuma dessas situações conduz à vacância.

A pessoa jurídica de direito público que adquire o domínio dos bens arrecadados e declarados vacantes não pode **renunciar**. Trata-se de **sucessão legítima**, que se opera por força de lei.⁸ O poder público tem a obrigação de aplicá-los em **fundações** destinadas ao desenvolvimento do ensino universitário, sob a fiscalização do Ministério Público (DL 8.207/1945 3.º).

A declaração de vacância não tem qualquer identidade com o processo de **ausência**, que se instaura quando alguém desaparece sem deixar vestígios (CC 22 a 39). Na vacância, o titular do patrimônio morreu. Na ausência, desapareceu. Na vacância, não se encontram os sucessores do falecido, e, na ausência, não se encontra o titular dos bens. Na herança jacente tal situação decorre do falecimento do antigo titular do patrimônio, sem deixar herdeiros conhecidos, enquanto na ausência o desaparecimento é do seu proprietário sem deixar notícias.⁹ O tratamento legal concedido

6. Débora Gozzo e Sílvia Venosa, Comentários ao Código Civil brasileiro, v. 16, 155.

7. Sílvia Venosa, Direito Civil, v. 7, 85.

8. Sebastião Luiz Amorim, Herança jacente e vacante, 104.

9. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Direito Civil, v. 7, 79.

à herança jacente assemelha-se à **curadoria dos ausentes**, pois, nos dois casos, inexistente informação a respeito da existência dos novos titulares do patrimônio.

Também não dá para confundir bens vacantes e **coisas vagas**, que são coisas alheias perdidas. Quem encontra algo se chama **descobridor**, e não pode ficar com o bem achado. Precisa devolver ao dono ou entregar à polícia. O processo de recolhimento das coisas vagas não guarda relação com a arrecadação da herança jacente. Tanto o Código Civil (1.233 a 1.237) como o Código de Processo Civil (746) cuidam das coisas vagas.

52.2.1. Curador

Flagrada a ausência de herdeiros, cabe ao juiz, mesmo antes da arrecadação, proceder à nomeação do curador para acompanhar a diligência de arrecadação (CPC 740). Depois de prestar **compromisso**, o curador adquire legitimidade para **representar** o espólio (CPC 75 VI e 739 § 1.º I).

Suas atribuições são as de qualquer pessoa que administra bens alheios. Assume o encargo de **depositário e administrador** (CPC 159 a 161). Tem o dever de guardar os bens e tomar as medidas necessárias para conservá-los. Deve apresentar balancetes mensais e, ao final da gestão, fazer prestação de contas (CPC 739 § 1.º IV e V).

As funções do curador persistem até a entrega da herança ao herdeiro legalmente habilitado ou até a declaração de vacância (CPC 739). Trata-se de função remunerada, cabendo ao juiz fixar o valor de seus **honorários**, a serem suportados pelo espólio.

O Código Civil defere ao **cônjuge** do ausente legitimidade para ser curador (CC 25) e para requerer a declaração de ausência (CC 27 I), sem fazer qualquer referência ao **companheiro, somente conferindo-lhe** preferência para recolher os bens do ausente antes de a herança ser devolvida à municipalidade ou ao Distrito Federal, a depender de onde se localiza (CC 1.844). **A omissão da lei civil, no entanto, foi suprida pela lei processual, que sempre faz referência ao cônjuge ou ao companheiro.**

52.2.2. Credores

Os credores do espólio têm legitimidade para requerer a instauração do procedimento de arrecadação. Afinal, têm interesse na satisfação de créditos que possuem junto ao espólio.

Mesmo depois de declarada a vacância, persiste o direito dos credores de pedir o pagamento das dívidas do espólio que foram reconhecidas (CC 1.821). Aliás, a lei nem precisava dizer isso. O artigo é surpreendente por absolutamente inócuo, pois nunca se duvidou que os credores pudessem cobrar as dívidas do espólio até o limite das forças da herança, em face do **princípio de inventário**.¹⁰ Também a lei processual tem preocupação com os credores e traz dispositivos para lá de dispensáveis. É de todo desnecessário assegurar aos credores o direito de se habilitarem no processo ou proporem ação de cobrança (CPC 741 § 4.º). Igualmente é ressalvado o direito dos credores após a declaração de vacância por meio de ação autônoma (CPC 743 § 2.º).

52.2.3. Alienação de bens

Durante o longo tramitar da ação, pode o juiz permitir a alienação de bens móveis. Tudo que possa ser alvo de **deterioração** ou **desvalorização** cabe ser vendido. Não só bens móveis, mas também imóveis cuja conservação seja dispendiosa (CPC 742). Mas a lei preserva alguns bens que só podem ser alienados depois da declaração de vacância (CPC 742 § 2.º): os de valor afetivo ou de uso pessoal.

52.3. ASPECTOS PROCESSUAIS

A lei civil não perde o mau hábito de editar normas processuais, acabando por interferir nos procedimentos judiciais, o que sempre gera controvérsias, dúvidas e inseguranças. Não é diferente na declaração de vacância.

Falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiros legítimos notoriamente conhecidos, é necessário proceder à **arrecadação judicial** dos seus bens (CC 1.819). O procedimento pode se dar por iniciativa judicial (CPC 738). Apesar do silêncio da lei, não há como excluir a legitimidade do Ministério Público, da Fazenda Pública e de outros interessados, como, por exemplo, os credores do falecido.

O procedimento arrecadatório tem natureza **cautelar** e se processa no juízo do **domicílio** do falecido. Se ele não possuía domicílio certo, competente é o foro da situação dos bens (CPC 48 I). Caso possuísse bens em lugares diferentes, a competência é do local de qualquer um deles (CPC

10. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 90.

48 II). E, não havendo bens imóveis, o foro é o do local de qualquer dos bens do espólio (CPC 48 III).¹¹

Ao determinar a arrecadação, deve o juiz proceder à nomeação de um **curador**, a quem incumbe, depois de prestar compromisso, o dever de representar o espólio (CPC 75 VI).

Em boa hora foi dispensado o juiz de, pessoalmente, comparecer à residência do morto para arrolar os bens, lacrar o local se a diligência não terminar em um só dia. Também não mais cabe, a intimação para acompanhar a diligência, do Ministério Público e do representante da Fazenda Pública. Agora o oficial de justiça, acompanhado do chefe da secretaria e do curador arrola os bens e os descreve em auto circunstanciado (CPC 740).

O juiz ou a autoridade policial devem lá comparecer e ouvir os moradores e os vizinhos (CPC 740 § 3.º). Cabe ao juiz o dever de **examinar reservadamente** os papéis, cartas e outros documentos (CPC 740 § 4.º).

A arrecadação não será realizada, ou será suspensa, se o cônjuge, o companheiro, herdeiros ou o testamenteiro notoriamente conhecido, aparecerem para reclamar os bens. O processo é **suspenso** (CPC 740 § 6º). Se a alegação de quem comparece ao processo de arrecadação é de que alguns bens lhe pertencem, em vez de suspender a arrecadação, cabe **separar** os bens reclamados, deixando de arrecadá-los.¹²

Havendo bens em outras localidades, procede-se à expedição de **carta precatória** de arrecadação (CPC 740 § 5.º).

Ultimada a arrecadação, se houver informações do paradeiro de algum herdeiro ou do testamenteiro, deve ser determinada a sua **citação pessoal**. Só depois cabe a expedição de **edital** convocando os herdeiros para se habilitarem. O edital deve ser publicado na internet, no site do respectivo tribunal, na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por três meses. No caso de não haver site, será publicado no órgão oficial e na imprensa da comarca por três vezes, com intervalo de um mês, para os herdeiros se habilitarem. O prazo para a habilitação é de **seis meses** a contar da data da primeira publicação (CPC 741). Às claras que a habilitação tardia não impede o seu processamento. Somente depois de **um ano** da primeira publicação do edital é declarada a vacância (CPC 743), oportunidade em que os bens se tornam públicos e passam ao ente de direito público.

11. Sebastião Luiz Amorim, Herança jacente e vacante, 92.

12. Salomão de Araújo Cateb, Direito das Sucessões, 46.

A sentença só pode ser proferida se não existirem herdeiros habilitados nem habilitações pendentes. O pedido de habilitação se processa em **autos apartados**, perante o juízo do inventário. A sentença que desacolhe a última habilitação declara a vacância.

A sentença desafia recurso de **apelação** e todos os que têm legitimidade para a ação podem recorrer, ainda que não tenham participado da demanda. Recorrem como **terceiros prejudicados**, bastando demonstrar interesse de intervir (CPC 996).

Como o ente público não detém a qualidade de herdeiro, adquire a titularidade do patrimônio quando da declaração de vacância. É neste momento que a herança se transforma em bem público. A sentença tem carga de eficácia **constitutiva** e seus efeitos são **ex nunc**, ou seja, a partir do **trânsito em julgado**. Depois é que se extrai mandado para registro no cartório imobiliário em favor do município.

A declaração de vacância não acarreta **perda** do direito sucessório. Ao menos com relação aos herdeiros necessários (CC 1.845). Por mais absurdo que possa parecer, ainda que a herança esteja servindo ao desenvolvimento do ensino universitário, pelo período de **cinco anos**, os herdeiros necessários podem reclamar a herança (CC 1.822). Assim, durante este período, a propriedade é **resolúvel**. A municipalidade mantém a condição de depositária até consolidar-se o domínio pleno e definitivo. Somente depois do decurso deste prazo é que os bens arrecadados passam **definitivamente** ao domínio público (CC 1.822). Depois de **cinco anos** da morte, e tendo neste período sido declarada a vacância, extingue-se o direito sucessório dos herdeiros.

Após a declaração de vacância os **herdeiros facultativos** não podem mais se habilitar. Ficam excluídos da sucessão (CC 1.822 parágrafo único). A lei não faz qualquer referência aos herdeiros **testamentários e legatários**. A omissão, porém, não permite que se tenha por excluído o direito de buscarem o quinhão hereditário que lhes foi deferido por testamento.¹³ Tal qual os herdeiros necessários, eles preservam a capacidade sucessória.

Como observa Silvio Rodrigues, o primeiro efeito da declaração de vacância é afastar a sucessão dos colaterais.¹⁴ O segundo é transferir a propriedade e a posse à Fazenda Pública. Mas há mais um efeito: inter-

13. Idem, 49.

14. Silvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7, 164.

rompe eventual prazo de aquisição da propriedade, pois os bens públicos não estão sujeitos à **usucapião** (CC 102).¹⁵

Antes da declaração de vacância, os herdeiros – todos eles – podem se habilitar. Depois do trânsito em julgado da sentença, somente o cônjuge, o companheiro, os herdeiros e os credores do espólio podem buscar seus créditos por meio de ação direta (CPC 743 § 2.º). Trata-se da ação de **petição de herança**, cujo prazo prescricional é de 10 anos, por ausência de expressa previsão legal (CC 205).

O procedimento para vender os bens recolhidos antes da declaração de vacância é o das alienações judiciais (CPC 730).

Quando o objeto da herança for **direitos autorais**, não há transferência ao município, pois caem em domínio público (L 9.610/98 45 I).

LEITURA COMPLEMENTAR

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Herança jacente e vacante. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 83-96.

FARIA, Mário Roberto Carvalho de. *Direito das Sucessões*. Teoria e prática. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

15. Agravos regimentais. [...] Herança jacente. Bem devolvido ao Estado apenas com a sentença de declaração da vacância. Precedentes do STJ. [...] 2. "O bem integrante de herança jacente só é devolvido ao Estado com a sentença de declaração da vacância, podendo, até ali, ser possuído *ad usucapionem*". (AgRg no Ag 1.212.745/RJ, 3.ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 19/10/2010, *DJe* 03/11/2010) [...] 4. Agravos regimentais não providos. (STJ, AgRg no AREsp: 126.047/RJ (2011/0296320-7), 4.ª T., Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 26/11/2013).

III

PROCESSO SUCESSÓRIO

53

ADMINISTRAÇÃO PROVISÓRIA

Sumário: 53.1. Justificativa – 53.2. Legitimidade – 53.3. Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.652, 1.797; CPC 613 a 615; Lei 10.826/2003 13.

53.1. JUSTIFICATIVA

A morte não extingue a titularidade do patrimônio nem faz desaparecer obrigações, dívidas e encargos do *de cujus*. Este acervo recebe o nome de **espólio** e precisa ser administrado. O representante do espólio é o **inventariante**. Porém, antes da abertura do inventário, e enquanto o inventariante não prestar o devido compromisso, alguém precisa assumir esta responsabilidade (CPC 613): o administrador provisório. Figura ficta e transitória que não depende de nomeação.¹ Compete a quem se acha legitimamente na posse da herança no momento da abertura da sucessão prosseguir no encargo de gerir os bens deixados pelo *de cujus* até que se instaure o processo de inventário e se compromisse o inventariante.²

Pelo princípio de *saisine*, o acervo hereditário é **imediatamente** transferido aos herdeiros (CC 1.784). Todos adquirem a integralidade da herança na condição de **condôminos** (CC 1.791). Mas eles não recebem a **posse direta** dos bens. Esta, de um modo geral, resta em mãos de quem convivia com o falecido por ocasião de sua morte. Daí ser atribuído a ele a administração provisória da herança.

1. Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil brasileiro, 49.

2. Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, Inventários e partilhas, 410.

Inventariante e administrador provisório não se confundem, duas personagens que podem ser uma só pessoa. O administrador atua enquanto o inventariante não for nomeado, mas nada impede que a mesma pessoa exerça ambas as funções.³

Como o próprio nome diz, por ser provisória, a administração está sujeita à **condição resolutiva**. Cessa quando o inventariante presta compromisso (CC 1.797). Também sua função se exaure quando é feita a partilha e os bens são transmitidos aos herdeiros.

53.2. LEGITIMIDADE

A lei estabelece uma ordem de prioridade ao indicar o **administrador provisório**. No entanto, em face da provisoriedade do cargo, para a sua nomeação está dispensada a ordem de preferência e a assinatura de termo, bastando ter ciência da nomeação.⁴

Como ninguém gosta de viver só, a lei procura identificar com quem o falecido **convivia** quando de sua morte. Assim, a administração provisória será exercida (CC 1.797):

I – pelo **cônjuge** ou **companheiro**, se estava convivendo com o falecido quando de sua morte. A **separação de fato** é o que basta para impedir que assumam quer a condição de administrador, quer a de inventariante. Mesmo sem desfrutar da condição de administrador provisório, o cônjuge ou o companheiro, ainda que não convivesse com o falecido, têm legitimidade para requerer a abertura do inventário (CPC 616 I). Só não pode ser nomeado inventariante (CPC 617 I).

Caso esteja o cônjuge ou o companheiro na posse dos bens particulares do falecido, é reconhecido: como **usufrutuário**, se o rendimento for comum; como **procurador**, se tiver mandato expresso ou tácito para administrá-los; e como **depositário**, se não for usufrutuário, nem administrador (CC 1.652). No entanto, não tem legitimidade para alienar bens, ainda que seja **meeiro**.

II – pelo **herdeiro** que se encontrar na posse e administração dos bens. Havendo mais de um herdeiro em igualdade de condições, a administração é assegurada ao mais velho. Pelo jeito, um resquício do privilégio da primo-

3. Antônio Carlos Mathias Coltro, Transmissão do acervo hereditário, 33.

4. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 376.

genitura, quando a herança era transferida ao primeiro filho homem. Bem, ao menos a prerrogativa não é do primeiro herdeiro do sexo masculino!

III – pelo **testamenteiro** – pessoa indicada pelo testador para cumprir sua última manifestação de sua vontade – caso tenha sido conferida a ele a posse dos bens;

IV – por **pessoa da confiança do juiz**. Na ausência de qualquer dessas pessoas, cabe ao juiz nomear o administrador provisório. Esta é a única hipótese em que ocorre intervenção judicial. Este terceiro é o único que faz jus à **remuneração** pelo desempenho desse encargo.

Ao administrador provisório compete **representar ativa e passivamente** o espólio (CPC 614). Exerce a **posse** dos bens em nome dos herdeiros.

Os **frutos e rendimentos** percebidos desde a data da abertura da sucessão integram o acervo sucessório. Deste modo o administrador deve trazer à colação o que recebeu durante o período da administração provisória para ser repassado aos herdeiros (CC 2.020). Tem ele direito a ser reembolsado das **despesas** que tiver feito. Também responde pelos danos e prejuízos a que der causa (CPC 614).

É do administrador provisório o encargo de requerer a **abertura do inventário**, no prazo de 60 dias do falecimento do inventariado. Os outros interessados também possuem **legitimidade concorrente** para a prática desse ato (CPC 615).

As **armas de fogo** que integram o acervo sucessório ficam sob a guarda e responsabilidade do administrador da herança, que deve entregá-las ao inventariante. A omissão implica na apreensão da arma e configura **crime de omissão de cautela**, sujeito à pena de detenção de um a dois anos e multa (L 10.826/2003 13).

53.3. ASPECTOS PROCESSUAIS

O exercício da administração provisória não depende de intervenção judicial. Enquanto não aberto o inventário e não nomeado inventariante, é o administrador provisório, ou seja, quem está na posse dos bens, que dispõe de legitimidade para propor e para responder a qualquer demanda referente ao espólio.

Como é o administrador provisório quem está na posse e administração da herança, dispõe de legitimidade para requerer a abertura do inventário (CPC 615).

No entanto, se não existir nenhuma das pessoas a quem a lei confere tal legitimidade, cabe ao juiz nomear **pessoa de sua confiança**.

A lei não explicita a forma de se proceder à nomeação do administrador provisório, que não está condicionada à abertura do inventário. Em face do silêncio na indicação do procedimento a adotar, como se trata de medida de **jurisdição voluntária**, cabe ser usado o modelo legal (CPC 719).

LEITURA COMPLEMENTAR

CARVALHO NETO, Inácio de. Administração da herança. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.). CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria (coords.). *Direito das Sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008. v. 8, p. 43-48.

CATEB, Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: Direito das Sucessões*. 32. ed.. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 7.

54

CONFIRMAÇÃO DO TESTAMENTO E DO CODICILO

Sumário: **54.1.** Grande inutilidade – **54.2.** Testamento cerrado – **54.3.** Testamento público – **54.4.** Testamento particular – **54.5.** Codicilo e testamentos especiais – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.862 a 1.896; CPC 23 II, 735, 736 a 737 e 759 II.

54.1. GRANDE INUTILIDADE

Existem várias formas de o titular do patrimônio fazer disposições para depois da sua morte. Além de diversas modalidades de testamento, existe o codicilo. Como há enorme interesse em respeitar as disposições de última vontade, acaba havendo exacerbada e desnecessária intervenção judicial para garantir o seu exato cumprimento.

Exemplo desse exagero é o procedimento de apresentação, abertura e registro do testamento ser ato levado a efeito por um **juiz**. Quer verificar sua integridade, quer registrá-lo, e até a nomeação do testamenteiro, são providências que perfeitamente podem ser levadas a efeito pelo **tabelião**. Afinal, é a ele que compete a elaboração do testamento público, o reconhecimento de firma do testamento particular e o arcaico ato de costurar e selar o testamento cerrado.

Ainda mais, sem qualquer justificativa, é necessário proceder ao registro do **codicilo** se o documento estiver fechado (CC 1.881 e CPC 737 § 3º). Como se trata de escrito firmado pelo *de cujus*, que pode conter disposições sobre seu enterro, não há como aguardar a chancela judicial. A abertura será mais ágil se levada a efeito por tabelião.

É preciso desonerar o juiz dessa atividade, que nada tem de jurisdicional.

Além disso, sua tramitação costuma se prolongar no tempo, em média, mais de um ano. Enquanto isso, o acervo sucessório fica com o **administrador provisório**, ou algum **herdeiro**, desatendendo o interesse do testador de ser dado cumprimento da sua vontade. Também desatende ao interesse do Estado, em evitar o estado condominial dos bens.

Ao depois, a confirmação do testamento serve somente para examinar seus requisitos extrínsecos ou formais. Sua validade e eficácia, cabe ser examinado em demanda própria.¹ Sua aprovação não tem o condão de evitar futura ou posterior ação de nulidade ou invalidade.²

Trata-se de procedimento de **jurisdição voluntária**.³ A decisão judicial não faz coisa julgada. O âmbito de cognição diz com os aspectos extrínsecos e formais.⁴

1. Procedimento especial de jurisdição voluntária. Abertura, registro e cumprimento de testamento particular. Sentença determinando o registro, arquivamento e cumprimento do ato de disposição de última vontade. Apelo de um dos herdeiros, filho da testadora. Arguição de nulidade da sentença por não ter sido citado um dos herdeiros. Alegação de invalidade do ato, sob o argumento de que não teria sido elaborado pela testadora, tendo em vista seu teor, e de inconsistência dos depoimentos das testemunhas em juízo. 1. Inteligência do art. 1.877 do CPC/15. Desnecessidade de citação de legatário. 2. Rito de cognição sumária. Certificação dos requisitos formais do ato. 3. A nulidade de atos não se decreta de plano. Um testamento só se invalida pelos meios regulares e não de ofício. Uma vez verificado que não contém vício extrínseco que o torne suspeito de nulidade ou falsidade, deve ser dado o cumprimento. Qualquer nulidade que possa verificar-se, não sendo visível, mas, ao invés, dependente de provas que só no juízo ordinário seja possível ministrar, não impede a execução do testamento si et in quantum (RT 173/744). 4. Malgrado o alegado pelo apelante, não se verifica inconsistência nos depoimentos das testemunhas, que reconheceram sua assinatura no testamento em tela. Além disso, erros materiais não são capazes de invalidar a intenção da testadora acerca dos seus bens. 5. Preenchidos os requisitos formais de validade do testamento público, nos termos do art. 735 do CPC/15, correta a sentença prolatada. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-RJ – APL: 00042247520168190208/RJ, 11.^a Câmara, Rel. Fernando Cerqueira Chagas, j. 07/03/2018, p. 08/03/2018).
2. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 572.
3. Testamento público. Abertura. Procedimento de jurisdição voluntária. Suposto interesse de herdeiros e espólio. Inexistência de polo passivo. Ausência de interesse de agir/adequação. CPC, ART. 485, VI. Não conhecimento do recurso. CPC, art. 932, III. (TJPB, AC 0069727-78.2014.815.2001, Rel. João Alves da Silva, j. 16/05/2017).
4. Ação de abertura de testamento particular. Insurgência dos herdeiros quanto aos requisitos formais. Insubstância. Declaração hígida de vontade. Recurso desprovido. O procedimento de abertura de inventário e a sucessão não permitem a extensão probatória própria das ações de investigação e correção de registro civil. (TJSC, AC 0005412-18.2014.8.24.0020, 1.^a C. Civ. Rel. Domingos Paludo, j. 01/09/2016).

A apresentação ou o registro do testamento **independe do inventário**. É procedimento preliminar avulso. Antes do registro do testamento, não há como proceder à partilha, pois é indispensável atentar à vontade do seu titular. Afinal, ele pode dispor da metade de seu patrimônio, bem como impor restrições à legítima dos herdeiros necessários.

Sendo todos os herdeiros maiores e capazes, havendo concordância sobre a partilha, é possível o inventário ser levado a efeito **extrajudicialmente** (CPC 610 § 1º). No entanto, quando existe testamento o processo de inventário deve ser **judicial**. Esta exigência também não tem qualquer razão de ser. Na maioria das vezes, as disposições testamentárias não deixam margem a qualquer dúvida. Muitas vezes, não existe qualquer disposição de natureza patrimonial. A concessão de legado a uma determinada pessoa, a destinação de todos os bens disponíveis a alguém, são exemplos que evidenciam despropositada a imposição do inventário judicial.

Quando do pedido de registro do testamento, sendo claros os seus termos, havendo solicitação de todos os herdeiros, os juízes têm autorizado que o inventário seja levado a efeito **extrajudicialmente**. Quando no testamento houver a nomeação de **tutor** ou de **curador**, estes devem ser intimados do despacho que manda cumprir o testamento (CPC 759 II).

O **Ministério Público** participa do procedimento do registro do testamento. No entanto, não intervém na ação de inventário e partilha, a não ser quando existirem herdeiros menores ou incapazes. Tratando-se de procedimento de **jurisdição voluntária**, tramita durante as **férias forenses** (CPC 215 II).

Como existem várias modalidades de testamento além de formas especiais, distintos são os ritos para sua apresentação. O procedimento básico é o mesmo e as variações dependem do tipo do testamento. O CNJ criou a Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC) e o Registro Central de Testamentos On-Line (RCTO).⁵ A Corregedoria-Geral da Justiça do CNJ tornou obrigatória a alimentação deste banco de dados⁶ pelos responsáveis dos serviços extrajudiciais de notas. Impôs tanto aos juízes quanto aos Tabeliães de Notas que, antes de processarem inventários, consultar o banco de dados para verificar a existência de testamento público ou a aprovação de testamento cerrado.⁷

5. CNJ – Provimento 18/2012 da Corregedoria Geral de Justiça.

6. Site: www.buscatestamento.org.br

7. CNJ – Provimento 56/2016 da Corregedoria Geral de Justiça.

54.2. TESTAMENTO CERRADO

O testamento cerrado é elaborado pelo testador e apresentado ao tabelião. Depois de aprovado, cerrado e costurado, é devolvido ao seu titular. Há a possibilidade de o testamento ficar sob a guarda do tabelião, que deve proceder à sua apresentação ao ser informado da morte do seu autor.

Ainda que o testamento tenha sido fechado, costurado e selado pelo tabelião, determina a lei que testamento deve ser apresentado ao juiz (CPC 735). Sem dúvida é uma atribuição a ser delegada ao notário.

A lei não indica o juízo competente para o procedimento de registro. A regra definidora da **competência** é a mesma do inventário, da partilha, da arrecadação e do cumprimento das disposições de última vontade (CPC 48). Ou seja, o foro do **domicílio do falecido** deve ser também para o procedimento de abertura do testamento. Afinal, diz com o cumprimento das disposições de última vontade.⁸ No entanto, a tendência da doutrina é apontar o foro do lugar em que se encontra o testamento para resguardá-lo de eventual extravio. Essa justificativa, no entanto, não pode sobrepor-se à determinação legal. De qualquer forma, não se trata de competência absoluta. Apresentado o testamento, não cabe ao juiz simplesmente suscitar conflito negativo de competência (CPC 66 II). Ocorre prorrogação da competência.

Havendo mais de um juízo com igual competência segundo as regras estaduais de organização judiciária, o testamento deve ser apresentado a qualquer deles, não se submetendo à prévia distribuição. Somente depois da abertura é que o procedimento vai à distribuição.

Diz a lei que o testamento deve ser recebido pelo **juiz** (CPC 735). Assim, quem estiver na **posse** do testamento, precisa requerer a designação de dia e hora para apresentá-lo em juízo. Não pode entregar o testamento no fórum. Só cabe entregá-lo ao juiz por ocasião da audiência. Acontecendo qualquer intercorrência, para que a vontade do testador ser respeitada, possível reconhecer o testamento como particular.⁹

8. Neste sentido: Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 569.

9. Ação de abertura de testamento Testamento cerrado Apresentação do ato de última vontade junto da petição inicial, desrespeitada a formalidade que exige que o instrumento seja aberto na presença do Juiz, previsto pelo artigo 1.875 do Código Civil Quebra de sigilo – Formalidade que poderá ser mitigada a fim de garantir o cumprimento da disposição dos bens apresentada pelo testador – Possibilidade de recebimento do instrumento como testamento particular, determinando-se a análise do ato, nos termos dos artigos 1.876 a 1.880 do Código Civil Sentença de extinção

O ato de abertura do testamento é presidido pelo **juiz**, na presença de quem lhe apresentou o testamento (CPC 735). Não há necessidade de o seu portador ser representado por advogado. A solenidade pode ser acompanhada pelos herdeiros e demais interessados, pois é **ato público**. Verificando que o documento não tem vício externo que o torne suspeito de nulidade ou falsidade, o juiz abre o testamento e determina que o escrivão o leia. Limita-se o juiz apenas a examinar os **requisitos formais**. Questões sobre sua **nulidade** cabem ser apreciadas em ação própria.

Após, determina a lavratura do **auto de abertura**. Nada mais do que um termo descrevendo a solenidade que, depois de assinado, é arquivado em livro próprio. Ainda que eventualmente esteja violado o testamento, o juiz não pode extinguir o procedimento de registro. Deve registrá-lo, certificando a forma como lhe foi apresentado. O ideal, inclusive, é que junte **fotos** do testamento, da forma que lhe foi apresentado.

Autuados o testamento e o auto de apresentação, o expediente é distribuído como procedimento de **jurisdição voluntária**, não cabendo contraditório. Ouvido o **Ministério Público**, o juiz manda registrar, arquivar e cumprir o testamento. Caso o juiz se negue a apor o “cumpra-se”, por ter verificado irregularidades, a higidez do testamento pode ser discutida em ação própria. A depender do resultado da demanda, a sentença determina ou não o cumprimento do testamento.

Feito o registro, o **testamenteiro** nomeado pelo testador será intimado para assinar o termo de compromisso (CPC 735 § 3º). Para o compromisso ser firmado por procuração, são necessários poderes especiais (CPC 105).

Em caso de não existir **testamenteiro** nomeado, estiver ele ausente ou não aceitar o encargo, nem por isso há a necessidade de o juiz nomear um **testamenteiro dativo**. Afinal, cabe ao inventariante uma série de atribuições, exatamente para levar a termo a partilha, o que implica em dar cumprimento ao testamento (CPC 618). Assim, apesar da expressão legal “nomeará”, não está obrigado o juiz a proceder à nomeação, principalmente quando não foi imposto qualquer encargo aos herdeiros legítimos ou testamentários.

com resolução do mérito Reforma Recurso parcialmente provido, determinando-se o retorno dos autos à Vara de origem. (TJ-SP – APL: 10824967520148260100 SP 1082496-75.2014.8.26.0100, 3.ª Câ. Dir. Priv., Rel. Marcia Dalla Déa Barone, p. 10/03/2015, p. 10/03/2015).

Reconhecida a necessidade ou conveniência em ser nomeado **testamenteiro dativo**, deve o juiz respeitar a ordem de preferência legal de quem tem a posse e a administração dos bens (CC 1.797).

54.3. TESTAMENTO PÚBLICO

Certamente o testamento público é o que mais flagra a absoluta desnecessidade do procedimento de seu registro. Afinal, trata-se de uma escritura pública que, para ser impugnada, depende de ação judicial.

Não há nada mais inútil do que impor a necessidade de o juiz determinar o cumprimento do testamento. Somente serve para burocratizar e retardar o cumprimento da vontade do testador.

Qualquer interessado, exibindo o traslado ou a certidão do testamento público, pode requerer ao juiz que ordene o seu cumprimento (CPC 736).

As demais providências são as mesmas do testamento cerrado: ouvida do **Ministério Público**, registro, nomeação e compromisso do testamenteiro.

54.4. TESTAMENTO PARTICULAR

O procedimento de apresentação do testamento particular não se destina unicamente à verificação do estado do documento. Precisa ser confirmado. Isso porque, nessa modalidade de testar, não houve intervenção do notário para comprovar o cumprimento dos requisitos de sua formação.¹⁰ É o que a lei chama de “publicação do testamento particular” (CPC 737).

Mesmo nessa modalidade de testamento não se justifica que sua publicação seja levada a efeito pelo juiz. Dispõe o tabelião de absoluta legitimidade e capacidade para tal verificação.

Caso o autor da herança seja **estrangeiro** ou tenha domicílio fora do país, a confirmação do testamento particular é feita no Brasil (CPC 23 II).

Dispõe de **legitimidade** para requerer a publicação não só quem detém a sua posse. O pedido pode ser formulado também pelos herdeiros, legatários ou pelo testamenteiro. Também pode ser requerida pelo terceiro detentor do testamento, caso esteja impossibilitado a entregar a um dos legitimados a requerer sua publicação.

10. Luiz Rodrigues Wambier et. al, Curso avançado de Processo Civil, v. 3, 298.

Devem ser intimados os herdeiros que não requereram sua publicação (CPC 737 § 1º). Depois de ouvido o **Ministério Público**, o juiz confirma o testamento.

De qualquer modo, é possível ser contestada judicialmente a validade do testamento. Podem ser questionados não só vícios de consentimento, mas também vícios de forma.

54.5. CODICILO E TESTAMENTOS ESPECIAIS

Tanto o codicilo como o testamento marítimo, aeronáutico, militar e nuncupativo são levados a efeito por instrumento particular, embora possam ser confeccionados pelo comandante do navio, da aeronave ou da tropa.

A todos eles aplicam-se as regras de apresentação e confirmação do testamento cerrado (CPC 735).

Quanto ao chamado testamento **nuncupativo**, aquele que é levado a efeito oralmente perante duas testemunhas, em caso de guerra, durante o combate, encontrando-se ferido o testador, é indispensável a oitiva das testemunhas (CC 1.896).

Já o **codicilo**, se foi encontrado **aberto**, não precisa ser confirmado em juízo (CC 1.885).

Mesmo estando **cerrado**, ainda assim a solenidade judicial não se justifica. Até porque, no mais das vezes, traz instruções sobre o enterro. Esperar o procedimento em juízo só vai inviabilizar o atendimento da vontade do testador.

LEITURA COMPLEMENTAR

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

55

INVENTÁRIO E PARTILHA

Sumário: **55.1.** Precisões conceituais – **55.2.** Inventário negativo – **55.3.** Inventário conjunto – **55.4.** Dispensa de inventário – **55.5.** Alvará judicial – **55.6.** Questões que exigem dilação probatória – **55.7.** Legitimidade do espólio – **55.8.** Competência – **55.9.** Referências legais – Leitura complementar.

Referências legais: CR 155 I; LINDB 10; CC 1.791 parágrafo único, 1.796, 1.824, 1.978, 1.990, 1.991 a 2.027; CPC 75 VII e § 1.º, 110, 23 II, 48, 49, 313 I, §§ 1.º e 2.º I e II, 420 II, 553 parágrafo único, 610 a 673 687 a 692, 735 a 737, 778, § 1.º, II, 779 II, 796, 1.048 § 3.º; L 6.858/80; Lei 11.441/2007; Lei 11.965/2009; Dec. 5.123/2004, 68.

55.1. PRECISÕES CONCEITUAIS

Aberta a sucessão pela morte do autor da herança, todos os seus bens, direitos e encargos transmitem-se aos herdeiros legítimos e testamentários (CC 1.784). A transferência é **imediate**. Recebem eles a herança como um **todo unitário indivisível em estado de comunhão**. Os bens formam uma universalidade, surgindo um **condomínio sucessório** (CC 1.791). é o que se chama de **princípio da indivisibilidade da herança**.¹

1. Ação declaratória de nulidade. [...] escritura pública de cessão de herança. Cessão de direitos hereditários sobre imóvel específico. violação ao princípio da indivisibilidade da herança. Ausência de anuência dos demais herdeiros. Nulidade da cessão. recurso parcialmente conhecido e desprovido. [...] 4. É nula a cessão de direitos hereditários que tem por objeto bem específico pertencente à herança, porquanto, em observância ao art. 1.580 do CC/1916, “enquanto não for feita a partilha, o direito dos herdeiros de percebê-la é considerado indivisível”. Assim, em atenção ao princípio da indivisibilidade da herança e ao art. 145, II, do CC/1916, mostra-se nula a eventual disposição de alguns coerdeiros sobre imóvel singularmente considerado, mormente se não há a anuência dos demais herdeiros do falecido para a cessão do bem. 5. Recurso parcialmente conhecido e desprovido. Honorários majorados. (TJ-

Segundo Clóvis Bevilacqua, o **inventário** consiste na descrição individualizada e clara dos bens da herança, e a partilha entre os herdeiros faz cessar o estado de comunhão determinado pelo concurso de direitos que eles têm sobre os bens do acervo sucessório.² Em sentido estrito, inventário é o rol de todos os bens e responsabilidades patrimoniais de um indivíduo. Na acepção ampla, é o procedimento destinado a **individualizar o patrimônio dos herdeiros** e entregar os bens a seus titulares.³ Pode processar-se judicial ou extrajudicialmente; de forma amigável ou contenciosa; pelo rito do inventário ou do arrolamento. A lei fornece um cardápio de opções. A escolha depende da capacidade dos herdeiros, da existência de testamento e da concordância dos herdeiros quanto à divisão dos bens. Cada uma das modalidades de inventário atende a alguns pressupostos, sendo a forma solene **residual**. Assim, se houver herdeiros incapazes, não tem jeito, é necessário o uso do procedimento ordinário, mesmo que não exista discórdia entre os herdeiros. O mesmo com relação às outras condicionantes. O litígio entre os herdeiros impõe o uso do inventário solene. A presença do **testamento** inibe o procedimento extrajudicial. Mas, sendo os herdeiros capazes e concordes com a partilha, possível o arrolamento sumário.

Ainda que os herdeiros recebam a titularidade do patrimônio no momento da morte, a **posse direta** fica em mãos de quem convivia com o *de cujus* ou se encontrava na administração dos seus bens (CC 1.797 I). Daí a conveniência de proceder-se à divisão do patrimônio, o que é levado a efeito por meio do inventário. Trata-se de procedimento necessário para provocar a partilha, formalizando algo que já ocorreu.⁴ O estado de comunhão só existe a título provisório, porque não convém à sociedade, dificulta a circulação das riquezas e o melhoramento de bens, além de constituir fonte de discórdias individuais.⁵

É tal o interesse em acabar com o estado de comunhão que a lei concede o prazo de **dois meses** para a instauração do processo de inventário e de partilha, devendo ser ultimado nos **12 meses** subsequentes (CPC 611). Ambos são prazos dilatatórios e impróprios, pois, além de poderem ser

-DF 20140111194583 DF 0028386-80.2014.8.07.0001, 2.^a T. Cív., Rel. Sandra Reves, j. 06/02/2019, p. 19/03/2019. Páginas: 314/316).

2. Clóvis Bevilacqua, Código Civil, v. 6, 261.
3. Carlos Maximiliano, Direito das Sucessões, v. 3, 252.
4. Christiano Cassettari, Separação, divórcio e inventário..., 123.
5. Carlos Maximiliano, Direito das Sucessões, v. 3, 253.

prorrogados, sua inobservância não acarreta ônus processual.⁶ No entanto, a não abertura do inventário, dentro do prazo, pode acarretar a cobrança de **multa** pela Fazenda Pública Estadual).⁷

Os prazos são estipulados no interesse do fisco, dos credores e de outros possíveis interessados, para impedir que os herdeiros desviem bens do espólio ou os utilizem até sua deterioração.⁸ A imposição de um prazo resguarda também o interesse dos herdeiros que não estão na posse dos bens.

O **Ministério Público** participa do inútil procedimento do registro do testamento (CPC 735 § 2.º). Somente intervém na ação de inventário e partilha quando existirem herdeiros menores ou incapazes.

O inventário tem natureza eminentemente **processual**. Mas não adianta, o legislador não perde o hábito de inserir na lei civil disposições sobre ritos, e no Código de Processo Civil temas afeitos ao direito material. Em sede de direito sucessório, não é diferente. O Código Civil além de trazer uma série de disposições de natureza procedimental espalhadas em vários capítulos, dedica 36 artigos ao título *Do inventário e da partilha*. E, como diz Euclides de Oliveira, seu conteúdo está longe de mostrar-se exaustivo.⁹ Além de a lei civil trazer regras de processo, falta harmonia e sistematização até quanto à sua localização:

CC 1.785 – define o lugar do último **domicílio** do falecido como o lugar da abertura da sucessão;

CC 1.787 – estabelece norma de **direito temporal**: a lei vigente quando da morte do *de cujus*;

CC 1.796 – indica o **prazo** para o início do processo de inventário e o juízo competente para o inventário;

CC 1.797 – identifica a quem compete a **administração provisória** da herança;

CC 1.977 – admite que seja o **testamenteiro** nomeado inventariante, se não existirem herdeiros necessários;

CC 1.978 – confere ao testamenteiro que estiver na posse dos bens **legitimidade** para requerer o inventário e o cumprimento do testamento;

6. Rafael Knorr Lippmann, Breves comentários ao novo CPC, 1.518.

7. STF – Súmula 542: Não é inconstitucional a multa instituída pelo Estado-membro, como sanção pelo retardamento do início ou da ultimação do inventário.

8. Juliana da Fonseca Bonates, Há hipóteses em que pode..., 322.

9. Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, Inventários e partilhas, 408.

CC 1.990 – admite que o testamenteiro seja o **inventariante** se toda a herança for distribuída em legados.

Impõe a lei civil a partilha **judicial** se os herdeiros divergirem ou se algum deles for incapaz (CC 2.016). Quando forem capazes, faculta a **partilha amigável** por escritura pública, termo nos autos do inventário ou escrito particular homologado pelo juiz (CC 2.015).

A lei de processo disponibiliza quatro procedimentos para ser realizada a partilha:

CPC 610 a 658 – **inventário judicial**, chamado de **solene** ou ordinário: quando há conflito entre os herdeiros sobre a partilha;

CPC 659 a 663 – **arrolamento sumário**: independente do valor do acervo hereditário quando todos os herdeiros são capazes e há consenso na partilha;

CPC 664 – **arrolamento simples**: quando o valor do espólio não for superior a mil salários mínimos, independente de serem ou não capazes os herdeiros incapazes ou existir testamento;

CPC 610 § 1.º – inventário e partilha **extrajudiciais**, por escritura pública: indispensável que não haja testamento e que os herdeiros, sendo todos capazes, concordem com a partilha.

55.2. INVENTÁRIO NEGATIVO

Por mais paradoxal que pareça, ainda que não existam bens a inventariar, é possível o processo de inventário. Não está na lei, mas é de largo uso.¹⁰ Serve para dar **certeza jurídica** de que alguém, ao falecer, não deixou bens a inventariar, eximindo os herdeiros de suas dívidas (CC 1.792). É

10. Inventário negativo. Extinção de ofício. Existência de interesse de agir. Interpretação restritiva da “teoria da causa madura”. 1 – O inventário consiste na atividade processual de descrição detalhada de toda a herança, de forma a individualizar todos os bens que formam o acervo patrimonial do “de cujus” que resultará na declaração da inexistência de bens a inventariar; 2- Ainda que o falecido não deixe bens a inventariar, é possível a abertura de inventário negativo que, à míngua de regulamentação legal, é um procedimento utilizado para declarar que nada há a inventariar; 3- O interesse de agir decorre da necessidade da parte provocar o Poder Judiciário para obter um provimento que lhe seja útil, devendo se valer, ainda, do procedimento adequado para a satisfação de seu interesse; 4- A “teoria da causa madura” (CPC/15, 1.013, § 3º, I) deve ter interpretação restritiva, aplicando-se apenas nos casos em que a apreciação em instância recursal não prejudique a ampla defesa recursal. (TJ-MG – AC: 10312170018674001 MG, Rel. Renato Dresch, j. 26/03/2018, p. 03/04/2018).

o que se chama de **benefício de inventário**. Também serve para excluir **causa suspensiva** do novo casamento do viúvo que tem filhos (CC 1.523 I), restrição que também existe na união estável.

Trata-se de procedimento de **jurisdição voluntária** e a decisão judicial tem eficácia meramente **declaratória** da inexistência de bens. Ou seja, o juiz se limita a repetir o que a parte disse, sem qualquer subsídio probatório. Afinal, não dá para comprovar o que não existe: ausência de bens a inventariar. Para isso não deveria ser utilizada a atividade jurisdicional. Basta o viúvo, quando da habilitação de casamento, declarar que não há bens a partilhar do enlace anterior. Não há por que duvidar de sua palavra.

O exemplo trazido por Euclides de Oliveira talvez seja o único que não foge à razoabilidade: quando o falecido deixa apenas obrigações por cumprir, como a de outorga de escritura relativa a venda de imóvel feita antes da abertura da sucessão, é admissível a nomeação do inventariante a fim de dar cumprimento a essa obrigação deixada pelo falecido.¹¹

Também traz a doutrina, como exemplo, a caracterização dos requisitos para a configuração da usucapião constitucional urbana.¹²

Enquanto essa prática persiste, ao menos é possível fazer o inventário negativo **extrajudicialmente**,¹³ por meio de escritura pública. Nada mais do que uma declaração feita perante o notário, que não tem como conferir a veracidade do afirmado. Mas é o quanto basta para tão desnecessária finalidade.

Assim, está mais do que na hora de acabar com esta prática inútil.

55.3. INVENTÁRIO CONJUNTO

Ainda que o patrimônio seja individual e assim também o acervo hereditário, em situações excepcionais é possível processar em conjunto o inventário de duas pessoas. É medida de pura economia processual.

Admite a lei três hipóteses (CPC 672):

- I – *identidade de pessoas entre as quais devem ser repartidos os bens*;
- II – *heranças deixadas pelos dois cônjuges ou companheiros*. Neste caso, se não houver alteração no valor dos bens, prevalecerão as primeiras declarações e o laudo de avaliação (CPC 673).

11. Euclides de Oliveira, Inventário e partilha, 405.

12. Júlio César Ballerini Silva, Algumas questões acerca do inventário negativo..., 113.

13. CNJ – Resolução 35/2007.

III – *dependência de uma das partilhas em relação à outra*. Quando a dependência for parcial, por haver outros bens, se convier ao interesse das partes ou à celeridade processual o juiz pode ordenar a tramitação separada (CPC 672 parágrafo único).

Apesar de não previsto de modo expresso, quando ocorre **comoriência** (CC 8.º), há que se admitir o inventário em conjunto. Nada justifica o processamento de inventários autônomos, principalmente quando existirem bens comuns dos que morreram simultaneamente.

Em qualquer dessas hipóteses a distribuição é feita por dependência. Os processos são apensados e prosseguem nos autos do primeiro inventário. O inventariante é o mesmo.

55.4. DISPENSA DE INVENTÁRIO

A depender da espécie de bens que compõem o acervo sucessório, é desnecessário o processo de inventário. É dispensado nos casos especificados na L 6.858/80 (CPC 666). Trata-se do pagamento de valores não recebidos em vida pelo titular referente ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – **FGTS** e ao Fundo de Participação **PIS-PASEP**. O pagamento é feito aos dependentes habilitados perante a Previdência Social em quotas iguais. Na falta de inscritos, a forma de pagamento obedece à legislação específica dos servidores civis e militares ou à ordem de vocação hereditária. Nesta última hipótese, é necessário **alvará judicial**, que é expedido independentemente de inventário.

Quanto ao **bem de família**, cabe uma distinção. O **bem de família convencional** pode ser constituído por escritura pública ou testamento sobre o imóvel residencial ou valores mobiliários, cuja renda seja aplicada na conservação do bem e no sustento da família (CC 1.711). Tornando-se o bem **inalienável**, não se sujeita à transmissão sucessória. Já o bem de **família legal** – o que serve de residência à entidade familiar – é apenas **impenhorável** (L 8.009/90). Como a lei assegura apenas sua impenhorabilidade, deve ser incluído no inventário, ainda que continue protegido contra as dívidas, enquanto de uso residencial dos sucessores do falecido.¹⁴

Euclides de Oliveira traz outros exemplos em que é dispensável o inventário. Feita a **doação a marido e mulher**, esta subsiste em favor do cônjuge sobrevivente (CC 551 parágrafo único). Claro que esta regra incide

14. Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, Inventários e partilhas, 321.

também na união estável e na união homoafetiva. A parte do falecido não se transmite aos seus herdeiros, mas ao sobrevivente.

Instituído **usufruto vitalício**, a morte do usufrutuário consolida a propriedade a favor do nu-proprietário (CC 1.410 I).

O recebimento de **seguro de vida e previdência privada** pelo beneficiário indicado na apólice (CC 792).

Os benefícios da **previdência social** aos dependentes do segurado (L 8.213/91).¹⁵

55.5. ALVARÁ JUDICIAL

Às vezes é necessário o levantamento de importâncias em dinheiro ou a venda de algum bem, independentemente do inventário. Daí a praxe de buscar o recebimento das quantias deixadas pelo falecido por meio de alvará.

Como a **venda** de bem do espólio depende de prévia autorização judicial (CC 1.793 § 3.º), é comum o pedido de expedição de alvará para atender as despesas do inventário e o pagamento dos tributos, caso em os herdeiros devem ser citados, mas é dispensável a concordância dos mesmos.

O pedido de venda antecipada pode ser levado a efeito por meio de procedimento autônomo, quando não existam outros bens a inventariar. Neste caso é necessária a concordância de todos os herdeiros, que devem ser maiores e capazes. Ainda assim, é indispensável preservar bens para o pagamento dos tributos.

Quando se trata de **legado**, nada justifica negar a venda do bem mediante alvará, a não ser que haja risco de o *monte mor* não ter condições de atender aos débitos do falecido.

Os créditos previdenciários, trabalhistas, do FGTS e PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos seus respectivos titulares, bem como o saldo de cadernetas de poupança, restituição de tributos,¹⁶ saldos bancários e

15. Euclides de Oliveira, Inventário e partilha, 406.

16. Ementa: apelação cível – inventário negativo – extinção de ofício – existência de interesse de agir – interpretação restritiva da “teoria da causa madura”. 1- O inventário consiste na atividade processual de descrição detalhada de toda a herança, de forma a individualizar todos os bens que formam o acervo patrimonial do “de cujus” que resultará na declaração da inexistência de bens a inventariar; 2- Ainda que o falecido não deixe bens a inventariar, é possível a abertura de inventário negativo que, à míngua de regulamentação legal, é um procedimento utilizado para declarar

investimentos de pequeno valor, podem ser levantados **administrativamente** (L 6.858/80). Mas, se o falecido não deixou dependentes habilitados perante a Previdência Social, o levantamento depende de alvará, que é expedido independentemente de inventário. A competência é da justiça estadual.¹⁷

Optando os herdeiros pelo inventário **extrajudicial**, o pedido de expedição de alvará tem que ser feito em juízo.

55.6. QUESTÕES QUE EXIGEM DILAÇÃO PROBATÓRIA

O processo de inventário precisa ser célere. Tem até prazo para acabar: 12 meses (CPC 611). Assim, não deve ter sua tramitação sustada enquanto se discutem questões que demandam mais tempo para serem decididas. Por isso, eventuais incidentes são autuados em autos apartados e atraídos para o mesmo juízo do inventário.

Cabe ao juiz do inventário decidir não só as questões de direito, mas também as questões de fato desde que relevantes e provadas documentalmente (CPC 612). Trata-se de **cognição vertical exauriente**. Por mais intrincado que seja o tema a decidir, se a prova documental é suficiente, não pode o juiz do inventário se esquivar de decidir nos próprios autos.

A possibilidade de remeter as partes às vias ordinárias tem cabimento quando as questões dependerem de **dilação probatória diversa da documental** (CPC 641 § 2.º e 691). Incumbe ao juiz indicar as questões de alta indagação que não podem ser decididas nos autos do inventário. Trata-se de **decisão interlocutória** que desafia o uso do agravo de instrumento (CPC 1.015 parágrafo único).

A natureza do direito controvertido é que vai apontar não só a demanda cabível, mas também o juízo competente. São atraídas para o foro

que nada há a inventariar; 3- O interesse de agir decorre da necessidade da parte provocar o Poder Judiciário para obter um provimento que lhe seja útil, devendo se valer, ainda, do procedimento adequado para a satisfação de seu interesse; 4- A "teoria da causa madura" (CPC/15, 1.013, § 3º, I) deve ter interpretação restritiva, aplicando-se apenas nos casos em que a apreciação em instância recursal não prejudique a ampla defesa recursal. (TJ-MG – AC: 10312170018674001 MG, Rel. Renato Dresch, j. 26/03/2018, p. 03/04/2018).

17. STJ – Súmula 161: É da competência da Justiça Estadual autorizar o levantamento dos valores relativos ao PIS/PASEP e FGTS, em decorrência do falecimento do titular da conta.

do inventário as ações que têm pertinência com o deslinde das questões sucessórias (CPC 61).¹⁸

Quando há a remessa das partes às vias ordinárias, para garantir os quinhões e créditos a favor de possíveis herdeiros ou credores do espólio, é possível o deferimento de **tutela provisória** consistente na **reserva de bens ou créditos**. A medida perde a eficácia se o herdeiro não admitido ou o titular do crédito contestado, não promoverem, no prazo de 30 dias, a **ação principal**. Os bens reservados retornam ao inventário para serem objeto de partilha entre os herdeiros (CPC 668). O prazo flui da data em que houve a intimação da decisão que excluiu o herdeiro ou inadmitiu o credor, ou quando ocorreu a extinção do processo de inventário.

55.7. LEGITIMIDADE DO ESPÓLIO

É do espólio a legitimidade *ad causam* para demandar e ser demandado em todas as ações em que o *de cujus* integraria o polo ativo ou passivo.¹⁹ Quem tem legitimidade para representar o espólio é o **inventariante** (CPC 75 VII). Enquanto tramita o inventário, os bens permanecem na forma indivisa até ser realizada a partilha, a herança permanece em um

18. Inventário. Apuração de haveres. Procedimento autônomo. Remessa aos meios ordinários. Possibilidade. Incompetência do juízo de família e sucessões. Não configuração. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. [...] 8. O CPC determina que as questões decorrentes do inventário ou da partilha que demandarem “alta indagação” ou “dependerem de outras provas” sejam remetidas aos meios ordinários. Portanto, a “remessa aos meios ordinários” significa, essencialmente, que o juiz deve processar o incidente pelos meios ordinários, em apartado dos autos do inventário. 9. O fato de a lei prescrever que o juiz determine a não exclusão do herdeiro o seu direito subjetivo público de ação, a quem remanesce a faculdade de propô-la de forma autônoma, conforme foi feito no presente caso. Ademais, a premissa maior a ser observada nos “meios ordinários” é a participação, mediante efetivo contraditório e ampla defesa, de todos os atores envolvidos na questão. 10. Recurso especial conhecido e não provido. (STJ, REsp 1.438.576/SP (2014/0040272-1), 3.ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23/10/2014).
19. Anulatória de Débito Fiscal – Taxa de Sinistro. Ilegitimidade ativa configurada, uma vez que não está representado pelo inventariante, conforme artigo 75, VII, do Código de Processo Civil. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP – AC: 10042564620188260322 SP 1004256-46.2018.8.26.0322, 18.ª Câmara. Dir. Púb., Rel. Burza Neto, j. 15/03/2019, p. 15/03/2019).

todo unitário e é representada pelo inventariante. O herdeiro, de forma individual, não tem legitimidade para defender o acervo hereditário.²⁰

A ampliação excepcional da legitimidade, para a participação de herdeiro necessário, só é admissível quando agir na proteção do interesse do espólio.²¹

Enquanto não aberto o inventário e não nomeado inventariante, é o **administrador provisório** (CC 1.797): quem está na posse e administração dos bens do espólio, que dispõe de legitimidade para propor e para responder a qualquer demanda referente ao espólio.

Quando a ação envolve o testamento, deve ser citado o **testamenteiro**, já que uma de suas atribuições é defender a sua validade (CC 1.981). Mesmo que os herdeiros não sejam parte, podem participar da ação na condição de **assistentes simples** (CPC 119). Quando a demanda não envolve questões pertinentes à sucessão, deve ser dirigida contra todos os **herdeiros**.

Movida a ação contra a sucessão depois de ultimada a partilha, são os **sucessores** os legitimados para figurar no polo passivo. Respondem pessoalmente na proporção do quinhão recebido, em face do princípio do **benefício de inventário**.

20. Execução. Executado falecido. Penhora de imóvel integrante do espólio. Embargos de terceiro opostos pelos herdeiros antes de ultimada a partilha. Ausência de legitimidade ativa. [...] 2- Cinge-se a controvérsia discutir a possibilidade do herdeiro do devedor-falecido opor embargos de terceiro em face da execução por quantia certa, cuja constrição recaiu sobre um bem integrante do acervo hereditário. 3- Enquanto não realizada a partilha, a herança permanece em um todo unitário e será representada pelo inventariante, nos termos do art. 12, V, do CPC/73. 4- Será o espólio o legitimado para impugnar todos os atos processuais praticados na execução a partir do momento que ingressa nos autos. 5- Enquanto estiver em tramitação o inventário e os bens permanecerem na forma indivisa, o herdeiro não detém legitimidade para defender, de forma individual, os bens que compõem o acervo hereditário, sendo essa legitimidade exclusiva do espólio devidamente representado. 6- Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (STJ, REsp 1.622.544, 3 T., Rel. Nancy Andrighi, j. 22/09/2016).

21. Recurso especial. Ação de dissolução parcial de sociedade. Apuração de haveres. Coerdeiro necessário. Defesa de interesse próprio e individual. Ilegitimidade ativa. Recurso especial provido. 1. É legitimado para propor ação de dissolução parcial de sociedade, para fins de apuração da quota social de sócio falecido, o espólio. 2. A legitimidade ativa, em decorrência do direito de saisine e do estado de indivisibilidade da herança, pode ser estendida aos coerdeiros, antes de efetivada a partilha. Essa ampliação excepcional da legitimidade, contudo, é ressalvada tão somente para a proteção do interesse do espólio. [...] 4. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.645.672, 3ª T., Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 22/08/2017).

55.8. COMPETÊNCIA

O foro do **domicílio do autor da herança** é o competente tanto para o inventário e a partilha, como para as ações em que o espólio for réu. Inclusive a impugnação ou anulação da partilha extrajudicial (CPC 48).

Nem todas as ações movidas contra o espólio sujeitam-se à força atrativa do juízo do inventário. Como se trata de competência relativa, quando há conexão com o deslinde do processo sucessório e risco de decisões conflitantes, a competência se estabelece por **prevenção**.²²

Nas ações de natureza **pessoal** contra o espólio, ainda que a competência seja a do domicílio do *de cujus*, não há distribuição por dependência ao juízo do inventário.

As ações **imobiliárias** movidas contra o espólio devem tramitar no lugar em que se situa o bem (CPC 47).

Intentadas ações contra o espólio por quem tem **foro privilegiado**, tal competência prevalece sobre o juízo do inventário. Assim, para a ação investigatória de paternidade *post mortem* cumulada com alimentos, a competência é do domicílio do autor (CPC 53 II). A ação para **reconhecimento da união estável**, proposta depois da morte, deve ser ajuizada no último domicílio do casal, se não existirem filhos menores ou incapazes (CPC 53 I).

55.9. REFERÊNCIAS LEGAIS

A morte de alguém, além de impor a instauração do inventário, traz sequelas outras no âmbito processual.

Código de Processo Civil

Art. 48. O **foro** de domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha

22. Inventário. Modificação da competência relativa. Resistência dos interessados. Conexão e continência. Risco de decisões conflitantes. Configuração. Reunião de processos. Necessidade. O foro do domicílio do autor da herança é o competente para o inventário e a partilha. Os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias, caso decididos separadamente, serão reunidos para julgamento conjunto. Havendo continência e não tendo sido a ação continente distribuída antes da ação contida, as ações serão necessariamente reunidas. Não se considera preventivo, para fins de reunião dos autos, o juízo que assim se estabeleceu por decorrência da inobservância das normas civis e processuais. (TJMG, AI 1.0194.14.002249-3/001, 7ª C. Civ., Rel. Alice Birchall, j. 27/06/2017).

extrajudicial e para todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.

Parágrafo único. Se o autor da herança não possuía domicílio certo, é competente:

I – o foro de situação dos bens imóveis;

II – havendo bens imóveis em foros diferentes, qualquer destes;

III – não havendo bens imóveis, o foro do local de qualquer dos bens do espólio.

Art. 75. Serão **representados** em juízo, ativa e passivamente:

VI – a herança jacente ou vacante, por seu curador;

VII – o espólio, pelo inventariante;

Art. 110. Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a **sucessão** pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 313, §§ 1.º e 2.º.

Art. 313. **Suspende-se o processo:**

I – pela morte ou pela perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador;

§ 1.º Na hipótese do inciso I, o juiz suspenderá o processo, nos termos do art. 689.

§ 2.º Não ajuizada ação de habilitação, ao tomar conhecimento da morte, o juiz determinará a suspensão do processo e observará o seguinte:

I – falecido o réu, ordenará a intimação do autor para que promova a citação do respectivo espólio, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, no prazo que designar, de no mínimo 2 (dois) e no máximo 6 (seis) meses;

II – falecido o autor e sendo transmissível o direito em litígio, determinará a intimação de seu espólio, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, pelos meios de divulgação que reputar mais adequados, para que manifestem interesse na sucessão processual e promovam a respectiva habilitação no prazo designado, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito.

§ 3.º No caso de morte do procurador de qualquer das partes, ainda que iniciada a audiência de instrução e julgamento, o juiz determinará que a parte constitua novo mandatário, no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual extinguirá o processo sem resolução de mérito, se o autor não nomear novo mandatário, ou ordenará o prosseguimento do processo à revelia do réu, se falecido o procurador deste.

Art. 553. As contas do inventariante, do tutor, do curador, do depositário e de qualquer outro administrador serão prestadas em apenso aos autos do processo em que tiver sido nomeado.

Parágrafo único. Se qualquer dos referidos no *caput* for condenado a pagar o saldo e não o fizer no prazo legal, o juiz poderá destituí-lo, sequestrar os bens sob sua guarda, glosar o prêmio ou a gratificação a que teria direito e determinar as medidas executivas necessárias à recomposição do prejuízo.

Art. 778. Pode promover a **execução forçada** o credor a quem a lei confere título executivo.

§ 1.º Podem promover a **execução forçada** ou nela prosseguir, em **sucessão ao exequente** originário:

II – o **espólio, os herdeiros ou os sucessores do credor**, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo;

Art. 779. A execução pode ser promovida contra:

II – o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor;

Art. 796. O espólio responde pelas dívidas do falecido, mas, feita a partilha, cada herdeiro responde por elas dentro das forças da herança e na proporção da parte que lhe coube.

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Art. 1.048. Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais:

§ 3.º Concedida a prioridade, essa não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite ou do companheiro em união estável.

LEITURA COMPLEMENTAR

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de; BARRETO, Leonardo; GOMINHO, Leonardo. *Direito das Sucessões e conciliação*: teoria e prática da sucessão hereditária a partir do princípio da pluralidade das famílias. Maceió: EDUFAL, 2010.

GOULART, Fernanda Sell do Souto. Inventário e partilha. In: FREITAS, Douglas Phillips (coord.). *Curso de Direito das Sucessões*. Florianópolis: VoxLegem, 2007. p. 285-298.

- OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventário e partilha*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ROCHA, Eduardo Machado. *Sucessão hereditária: prática do inventário e partilha*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Pillares, 2010.
- SILVA, Júlio César Ballerini. Algumas questões acerca do inventário negativo de bens no direito brasileiro. *Revista Juris Plenum*, ano IX, n. 54, nov. 2013, p. 104-114.

56

INVENTARIANTE

Sumário: **56.1.** Quem é – **56.2.** Nomeação – **56.3.** Encargos:
56.3.1. Prestação de contas – **56.4.** Remoção e destituição –
56.5. Cessação das atividades – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.056 § 1.º, 1.797, 1.981, 1.990, 1.991, 1.993, 1.996, 1.997 § 1.º, 2.020, 2.021; CPC 75 VII e § 1.º, 515 IV, 553, 613, 617 a 673; Lei 12.195/2010; Dec. 5.123/2004 (Sistema Nacional de Armas – SINARM) 67; Lei 10.826/2003, 13.

56.1. QUEM É

Da morte do autor da herança até a partilha de seus bens, longa é a caminhada. Mesmo quando há consenso entre os herdeiros, ainda assim é necessário que alguém se responsabilize por uma série de tarefas, como apurar o acervo hereditário, verificar as dívidas deixadas pelo *de cujus* e as contraídas pelo espólio. Somente após o pagamento do passivo é possível proceder à divisão dos bens restantes entre os herdeiros. Para isso é que existe a figura do inventariante: pessoa que exerce o ministério privado de função designada e fiscalizada pela administração pública da Justiça. Cabe-lhe a representação ativa e passiva do espólio (*rectius*, **presentação**, pois é órgão dessa entidade não personalizada) e a administração dos haveres, desde a assinatura do compromisso até a homologação da partilha (CC 1.991).¹ Só pode exercer esse *munus* quem é capaz e não tem interesses contrários aos do espólio. Deve administrar os bens com zelo e responsabilidade, com transparência e celeridade, sem perder de vista que se trata de administração patrimonial transitória.²

1. Paulo Lôbo, *Direito Civil: Sucessões*, 212.

2. Euclides de Oliveira, *Inventário e partilha*, 410.

O inventariante não existe somente no **inventário solene**. Para esse a nomeação dispõe de uma ordem de preferenciabilidade (CPC 617). No **arrolamento sumário**, como existe consenso entre os herdeiros, eles podem indicar o inventariante, sem que haja a necessidade de ser obedecida a ordem legal (CPC 660 I). Não há sequer a necessidade de prestar compromisso. No **arrolamento comum** a nomeação é feita pelo juiz, e também é dispensável a assinatura do termo de compromisso (CPC 664). No **inventário e partilha extrajudicial** a lei nada diz, mas o CNJ determina sua nomeação.³

O cargo de inventariante equivale a um **mandato**.⁴ Nomeado pelo juiz ou indicado pelos herdeiros, a partir do compromisso assume a qualidade de **representante** do espólio, no inventário e fora dele, ativa e passivamente. A partir deste momento os **herdeiros** não têm legitimidade para agir em nome do espólio.

O inventariante somente não dispõe de **legitimidade processual** quando se tratar de **inventariante dativo**: pessoa estranha à sucessão que é nomeada na falta ou impedimento das pessoas com direito à inventariança. Neste caso, todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores ou réus das ações em que o espólio é parte, como **litisconsortes necessários** (CPC 75 § 1.º).

O Código Civil se limita a indicar as atribuições do inventariante (CC 1.991): **administrar os bens** da herança desde o compromisso até a homologação da partilha. O restante fica a cargo da lei de processo, que atribui ao inventariante a representação legal do espólio (CPC 75 VII e 618 I). As outras tarefas são todas ligadas à sua atividade de inventariante (CPC 618).

Os demais encargos atribuídos ao inventariante dependem da intimação dos interessados e autorização do juiz (CPC 619).

Ainda que seja do inventariante a representação do espólio, extrapolando ele seus poderes, qualquer dos herdeiros tem legitimidade concorrente para defender em juízo a universalidade da herança.

56.2. NOMEAÇÃO

É distinto o rol dos legitimados para buscar a **abertura** do processo de inventário e para o **exercício** da inventariança. A pessoa que estava na

3. CNJ – Resolução 35/2007.

4. Ana Cecília Parodi e Clarice Ribeiro dos Santos, *Inventário e rompimento...*, 191.

posse e administração da herança quando do falecimento do seu autor é quem tem legitimidade para requerer a **abertura do inventário** (CPC 615). Trata-se do **administrador provisório** (CC 1.797): cônjuge, companheiro, herdeiro, testamenteiro ou pessoa de confiança do juiz. Não sendo requerida por algum deles, há um punhado de pessoas com **legitimidade concorrente**, todas interessadas em que se proceda à partilha dos bens do falecido (CPC 616).

O fato de ter alguém requerido a abertura do inventário não lhe assegura o direito de ser inventariante. Mesmo existindo legitimado preferencial, é possível a nomeação de outrem quando houver alguma justificativa. Inclusive pode ser nomeada pessoa estranha à sucessão. É o chamado inventariante dativo.

A nomeação do inventariante é feita pelo juiz. A ordem legal é **taxativa**, cuja inversão precisa ser justificada.⁵

Também a nomeação pode recair em quem foi indicado, consensualmente, pelos herdeiros, que podem eleger para o encargo o herdeiro que desejarem.⁶

5. Agravo de instrumento. Inventário. Nomeação de inventariante, com atribuição do encargo à consorte meeira. Irresignação de parte dos herdeiros. Afastamento. Ordem preferencial estabelecida no artigo 617 do Código de Processo Civil, que, em regra, vincula o magistrado. Doutrina e precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça. Inexistência de fundadas razões excepcionais para desconsideração da ordem legal cogente, sobretudo dada a última vontade manifestada pelo de cujus, destinando seu acervo disponível à virago e nomeando-a testamenteira. Decisão mantida. Agravo desprovido. (TJSP, AI 21672612920188260000/SP 2167261-29.2018.8.26.0000, 3ª C. Dir. Priv., Rel. Donegá Morandini, j.05/10/2018, p. 05/10/2018)
6. Agravo de instrumento. Ação de inventário. Nomeação do inventariante. Ordem legal estabelecida no artigo 617 do CPC. Ausência de situação de fato excepcional a justificar a flexibilização da ordem legal de nomeação de inventariança. Recurso provido. 1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão do juiz da Terceira Vara Cível da Comarca de Teresópolis que, em ação de inventário, nomeou como inventariante à Agravada, ao fundamento de que a mesma teria sido nomeada testamenteira no processo de testamento em apenso e como inventariante no processo de inventário de Jorge Simões Ferreira. 2. A inventariança, tanto no processo de inventário como no de arrolamento, constitui função colaboradora da atividade jurisdicional e, destarte, submete-se à constante fiscalização do juiz do processo, que pode adotar todas as providências necessárias ao seu regular andamento, de acordo com as regras estabelecidas pela lei processual civil. 3. No caso, os Agravantes se constituem companheira e filho, respectivamente, do de cujus. 4. A lei estabelece uma ordem de preferências para a nomeação do inventariante, a qual, via de regra, deve ser acompanhada pelo juiz (art. 617, do CPC/15) 5. O Superior Tribunal de Justiça possui orientação assente no sentido de que a ordem de nomeação de inventariante, prevista

Quando o testador indica o inventariante, independente de sua condição de herdeiro, legatário ou testamentário, a tendência é respeitar a vontade do falecido.⁷

Havendo controvérsia sobre quem irá exercer a inventariança, necessária a nomeação de um **administrador provisório**, para as providências que se revelarem urgentes (CC 1.797).

Indica a lei a ordem dos legitimados para o exercício da inventariança (CPC 617):

I – o cônjuge ou o companheiro sobrevivente – São os primeiros indicados, mas é necessário que estivessem convivendo com o falecido. Caso estivessem separados, seja pelo prazo que for, não são herdeiros e, por tal, não podem ser inventariantes.

A **separação de fato** afasta cônjuges e companheiros da condição de herdeiros. Com o fim do instituto da **separação**⁸ – que não foi ressuscitado pelo CPC –, não mais importa o tempo da separação de fato para afastar o ex-cônjuge da condição de herdeiro concorrente ou exclusivo. O STF firmou entendimento de que a manutenção da comunicabilidade de bens entre cônjuges, já separados de fato, conflita com a disciplina estabe-

no artigo 990 do Código de Processo Civil de 1973 (art. 617, CPC/15), não apresenta caráter absoluto, podendo ser alterada em situação excepcional, quando tiver o juiz fundadas razões para tanto, sendo possível a flexibilização e alteração da ordem de legitimados, inclusive com a nomeação de inventariante dativo, para se atender às peculiaridades do caso concreto. (AgInt no REsp 1294831/MG, 4ª T, Rel. Ministro Raul Araújo, j. 06/06/2017, p. 20/06/2017) 6. Hipótese em que a decisão recorrida não se apoia em fundadas razões para justificar exceção legal à regra prevista no art. 671, do CPC, tais como, animosidade entre as partes, sonegação de bens, tumultos processuais etc. 7. O fato de a Agravada ser inventariante dos bens deixados pelo filho do de cujus, bem como testamentária, não importa, necessariamente, em sua nomeação para o cargo de inventariante do genitor de seu companheiro, notadamente se este deixou companheira e herdeiro. 8. Somente em caso de situação de fato excepcional é que se admitirá a flexibilização da ordem legal de nomeação de inventariança. 9. Recurso provido. (TJRJ, AI 00486071520188190000/RJ, 8ª Câm. Civ. Rel. Mônica Maria Costa Di Piero, j. 04/12/2018).

7. Inventário. Decisão liminar, em sede de agravo de instrumento, que suspendeu a substituição do inventariante, mantendo o agravado na função. Insurgência dos coerdeiros. Alegação de que a inventariante deve ser aquela indicada pela testadora [...] Testamento que indica expressamente a inventariante e testamentária. Vontade da falecida que deve prevalecer. Inexistência de vício a macular a nomeação. Ausência de evidências de que a inventariante/testamentária escolhida pela *de cujus* seja desidiosa – RECURSO PROVIDO. (TJSP, AGT 22742124720188260000/SP 2274212-47.2018.8.26.0000, 7ª C. Dir. Priv., Rel. Miguel Brandi, j. 10/04/2019, p. 11/04/2019).
8. Emenda Constitucional 66/2010.

lecida pelo atual Estatuto Civil, o qual reconhece a união estável surgida nesse intervalo e para quem o legislador ordinário destinou o regime da comunhão parcial de bens para regular as relações patrimoniais entre os conviventes (CC 1.725).⁹

Como bem assevera José Roberto Simão, seguindo a lógica em questão, se atualmente a Constituição da República não mais exige prazos para o divórcio, não mais há prazos para a perda da qualidade de herdeiro, bastando a separação de fato.¹⁰

De outro lado, a decisão do Supremo Tribunal Federal¹¹, impondo a igualdade de tratamento entre união estável e casamento, não permite conceder ao cônjuge benefício negado à **união estável**. Assim, se a união finda quando cessa a convivência, descabido que, depois da separação de fato, seja mantida a condição de herdeiro do ex-cônjuge, independentemente do tempo e da causa do fim da vida em comum.

Ex-cônjuges e ex-companheiros somente dispõem de legitimidade para requerer a abertura do inventário se existirem bens a partilhar dos quais sejam titulares (CPC 616 I), como, por exemplo, direito à **meação** sobre os bens adquiridos durante o período de convívio ou direito de concorrência sucessória.

A inventariança pode ser concedida ao cônjuge e ao companheiro, seja qual for o **regime de bens**. Mesmo que existam descendentes ou ascendentes – herdeiros que antecedem o cônjuge na vocação hereditária –, a preferência legal é do cônjuge e do companheiro. Fora isso, há o direito de **concorrência sucessória**, que, a depender do regime de bens, garante ao sobrevivente parte da herança.

Para o **companheiro** sobrevivente ser nomeado inventariante não é necessário prova pré-constituída da **união estável**, bastando que os herdeiros reconheçam a existência da união.¹² Somente no caso de háver contro-

9. STF, ARE 936.397/CE (0093232-17.2006.8.06.0001), Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 17/12/2015.

10. José Fernando Simão, Separação de fato e a perda da qualidade de herdeiro (parte 2).

11. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

12. Agravo de instrumento. Abertura de inventário c/c pedido de declaração incidental de união estável. Possibilidade. Inexistência de litigiosidade. Comprovação documental suficiente. Jurisprudência. Nomeação do agravante como inventariante. Deferimento. Ausência de qualquer óbice dos herdeiros. Obediência à ordem legal

vérsia sobre a existência da entidade familiar é que descabe a nomeação. Há a necessidade de o companheiro ajuizar **ação de reconhecimento da união**,¹³ demanda que não se sujeita ao juízo do inventário. No entanto, é possível proceder à **reserva de bens**. Este tema gera maiores desdobramentos em face do direito de **meação**. Assim, além da prova da união, é necessário identificar o período de vigência, pois somente com relação ao patrimônio amealhado durante esse lapso de tempo é que cabem ser calculados a meação e o direito de concorrência sucessória.

Reconhecida a **união homoafetiva** como entidade familiar, tem o parceiro sobrevivente legitimidade para o exercício da inventariança.¹⁴

II – o herdeiro – A lei fala de herdeiro como se o cônjuge e o companheiro também não o fossem. Às claras quis se referir aos demais herdeiros, descendentes e ascendentes, que, inclusive, antecedem o cônjuge e o companheiro na ordem de vocação hereditária. Mesmo que o herdeiro necessário esteja na posse e administração do espólio, não tem preferência para a inventariança. É convocado, em segundo lugar, se não houver cônjuge ou companheiro ou se eles não puderem ser nomeados.

prevista no art. 617 do CPC. Reforma da decisão e provimento do recurso. Assim, não havendo controvérsia sobre a existência e duração da união estável, desnecessária a propositura de ação autônoma para tal reconhecimento. In casu, os próprios filhos da falecida declaram, em documento autenticado, que reconhecem a união estável da sua genitora com o Agravante, demonstrando ausência de qualquer conflito. Agravo de instrumento provido. (TJBA, AI 00159548120178050000, 4ª C. Cív., Rel. José Olegário Monção Caldas, p. 25/10/2017)

13. Inventário. Nomeação de inventariante. Ex-companheira. União estável. Existência. Questão de alta indagação. Remessa às vias ordinárias. Reforma da decisão agravada. Provimento do recurso. Constatado que a questão da existência da união estável entre a inventariante e o falecido é controversa e não se assenta em sentença declaratória da situação de convivência e, tampouco, em escritura pública de reconhecimento da união estável, é de rigor sua destituição. A apreciação dessa questão se revela incompatível com o procedimento célere do inventário, devendo as partes serem remetidas para as vias ordinárias, em que se permitirá a dilação probatória que a situação recomenda e permitirá o exercício pleno das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Recurso provido. (TJMG, AI 1.0000.17.026203-4/001, 5ª C. Cív., Rel. Des. Lílian Maciel Santos, j. 16/11/2017).
14. Inventário. Insurgência contra decisão que nomeou o companheiro sobrevivente como inventariante, deferindo-lhe o direito real de habitação. Manutenção. Reconhecimento da existência de união estável homoafetiva entre o atual inventariante e o de cujus até a data da morte deste. Observância da ordem legal de nomeação do cargo de inventariante (art. 617, I, CPC), bem como da determinação legal do reconhecimento de direito do companheiro sobrevivente ao direito real de habitação do imóvel familiar (art. 1831, CC). Recurso não provido. (TJSP, AI 2047361-86.2017.8.26.0000, 3ª C. Dir. Priv. Rel. Carlos Alberto de Salles, 13/06/2017).

III – qualquer herdeiro – Quando nenhum herdeiro se encontra na posse e administração do espólio, e não há concordância entre eles sobre quem deve assumir o encargo, a decisão cabe ao juiz. É dada preferência ao herdeiro que reside no juízo do inventário e tinha vínculo de convivência mais próximo com o *de cujus*. Não só o herdeiro legítimo, mas também o **testamentário** pode ser nomeado inventariante. O legatário não.

IV – o herdeiro menor de idade por seu representante legal – A dificuldade é quando existir interesses conflitantes entre representante e representado, caso em que haverá de ser nomeado um curador ao herdeiro incapaz.

V – o testamenteiro – Não existindo cônjuge ou companheiro sobrevivente nem herdeiros necessários, pode o testador confiar ao testamenteiro a posse e a administração do espólio (CC 1.978). Nessa hipótese, cabe-lhe exercer a inventariança. Também quando toda a herança estiver distribuída em legados é dele o encargo (CC 1.990).

VI – o cessionário do herdeiro ou do legatário – Passando o cessionário a ser o titular da herança ou do legado, impositivo reconhecer sua legitimidade para ser nomeado inventariante.

VII – o inventariante judicial – Personagem que praticamente não mais existe e cuja investidura depende das leis de organização judiciária dos estados.

VIII – o inventariante dativo – Pessoa estranha ao inventário que veio ocupar o espaço do inventariante judicial. É impositiva sua nomeação quando não há herdeiros em condições de assumir o encargo ou o estado de beligerância entre os sucessores é de tal ordem que se faz necessário delegar a uma figura neutra a tarefa de proceder a divisão de bens. A concessão da posse e administração de bens a alguém alheio à sucessão é o último recurso, até porque gera encargos ao espólio. É o único inventariante que recebe **remuneração**. O inventariante dativo exerce todas as funções. Só não **representa** o espólio. A representação é feita por todos os herdeiros e sucessores (CPC 75 § 1.º).

A ordem pode ser quebrada quando a nomeação do inventariante é feita pelo **testador**. Como o rol não é taxativo, mas exemplificativo, há a possibilidade de o juiz, justificadamente, nomear inventariante fora da ordem legal.¹⁵ Assim, também pode afastar o inventariante nomeado no testamento.

15. Flávio Tartuce, O novo CPC e o Direito Civil, 501.

56.3. ENCARGOS

Depois de nomeado, o inventariante é intimado para, em cinco dias, prestar **compromisso** de bem e fielmente desempenhar o cargo (CPC 617 parágrafo único). O compromisso pode ser prestado por **procurador** que disponha de poderes especiais (CPC 105). Neste momento é que assume a posse do espólio, atividade que exerce até a concretização da partilha (CC 1.991). Torna-se ele responsável pela administração dos bens da herança. A inventariança é um **múnus público**, atividade que alguém exerce como dever social. Por isso é uma atividade não remunerada. Somente o **inventariante dativo** faz jus à remuneração.

Como é indispensável a atuação de **advogado** no inventário judicial, seus **honorários** são encargo do espólio, mesmo que os herdeiros tenham procuradores. Somente na hipótese de o advogado não atuar em prol da sucessão, mas exclusivamente atentando aos interesses do inventariante, é deste o ônus pelo pagamento dos seus honorários.

Cabe ao inventariante a **representação ativa e passiva** do espólio (CPC 75 VII), de forma judicial e extrajudicial (CPC 618 I). Somente não tem esta legitimidade o inventariante dativo (CPC 75 § 1.º).

Atribui a lei duas ordens de encargos ao inventariante. Rafael Lippmann distingue **as incumbências mandatárias** (CPC 618) das condutas que podem ou não ocorrer, e que dependem da ouvida dos interessados e de autorização judicial (CPC 619).¹⁶ É do inventariante a administração da herança, pois, afinal, detém a posse dos bens e o dever de zelar por eles como se fossem seus (CPC 618 II). No exercício de suas atribuições pode alienar bens, efetuar transações, pagar as dívidas do espólio e fazer as despesas necessárias para conservar e melhorar o acervo sucessório. Tais atividades dependem de autorização do juiz, o qual pode dispensar a ouvida dos interessados (CC 992).¹⁷

16. Rafael Knorr Lippmann, Breves comentários ao novo CPC, 1.525.

17. Recurso especial. Inventário. Levantamento de valores. Prévia oitiva dos herdeiros interessados. Dispensa. Possibilidade. Limite de valor. [...] 2. Cinge-se a controvérsia em definir se o juiz pode permitir o levantamento de valores, pelo inventariante, para pagamento de dívidas e realização de despesas para conservação e melhoramento do patrimônio inventariado, sem a prévia oitiva dos herdeiros interessados. 3. É imperiosa a adequada ponderação entre a necessidade de oitiva dos herdeiros imposta por lei e a própria eficiência da administração dos bens do espólio. 4. O juiz pode, excepcionalmente, permitir o levantamento, pelo inventariante, de valores para pagamento de dívidas do espólio e realização de despesas para conservação e melhoramento do patrimônio inventariado, sempre condicionado à autorização

O rol de encargos do inventariante é extenso (CPC 618), mas não é ilimitado. As demais obrigações estão ligadas ao rito adotado para o inventário (CPC 620). Além de representar o espólio e administrar os bens, deve dar andamento ao inventário. Também é seu o dever de requerer a declaração de **insolvência** do espólio, se o passivo superar o valor da herança (CPC 618 VIII).

As **armas de fogo** que integram o acervo sucessório ficam sob a guarda e responsabilidade do administrador da herança ou do inventariante até a transferência da propriedade junto ao Sistema Nacional de Armas – SINARM (Dec. 5.123/2004, art. 67). A inobservância deste procedimento implica na apreensão das armas e configura **crime de omissão de cautela**, sujeito a pena de detenção de um a dois anos e multa (L 10.826/2003,13).

56.3.1. Prestação de contas

Tem o inventariante o dever de prestar contas quando ultimadas suas atividades ou sempre que o juiz determinar (CPC 618 VII).¹⁸ As contas devem ser prestadas em apenso aos autos do inventário, mas é procedimento que não dispõe da solenidade da **ação de exigir contas**

judicial, dispensada a prévia oitiva dos herdeiros interessados, desde que as ações pretendidas pelo inventariante, por sua própria natureza ou importância, não recomendem essa manifestação e desde que seja obedecido um limite a ser fixado conforme às situações do caso concreto. 5. Tendo em vista o patrimônio inventariado, composto de fazendas que somam área considerável, tem-se por sensata a fixação do valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) como limite máximo para pagamentos ou despesas realizadas pelo inventariante sem que haja oitiva dos herdeiros. 6. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 1.358.430/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03/06/2014).

18. Sucessões. Inventário. Prestação de contas. Dever da inventariante encarregada da administração dos bens do espólio. Precedentes jurisprudenciais. [...] 2. Mérito. Os requerentes têm direito de exigir a prestação de contas na qualidade de herdeiros, ao passo que a demandada, apelante, tem a obrigação de prestá-las, pois na condição de inventariante administra os bens do espólio, ativo e passivo. Ainda que o art. 618, inc. VII, do CPC estabeleça que é dever do inventariante prestar contas de sua gestão ao deixar o cargo, ou sempre que o juiz determinar, tal circunstância não afasta o direito dos interessados de exigir prestação de contas em momento diverso daqueles, em ação própria a tramitar em autos apartados. O fato alegado pela apelante de que não restarão bens a partilhar em razão de o passivo do espólio ultrapassar o ativo e o argumento de que está usando a área de terras apenas para sua subsistência não a isentam de, como inventariante, prestar contas aos herdeiros. Mesmo que o resultado apurado seja ZERO, ou até negativo. Negaram provimento, por maioria. (TJRS, AC 70074799503, 8ª C. Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 14/12/2017).

(CPC 550 a 553). Somente no caso de haver impugnação é necessário o rigor do rito ordinário. Quando não existir complexidade, é dispensável o procedimento incidente e homologação judicial. A prestação de contas sobre levantamento de dinheiro ou venda de bens, por exemplo, pode ser feita no próprio inventário.

A não apresentação das contas enseja a destituição do inventariante (CPC 622 V). Caso não sejam aprovadas as contas apresentadas, ele precisa pagar o eventual saldo. Se não atender ao pagamento no prazo legal, pode ser destituído. Fica sujeito ao sequestro dos bens sob sua guarda. Se o inventariante for o **testamenteiro**, sujeita-se à perda do prêmio a que teria direito, podendo o juiz determinar as medidas executivas necessárias à composição do prejuízo (CPC 553 parágrafo único).

56.4. REMOÇÃO E DESTITUIÇÃO

A razão de ser do inventariante é zelar pelos bens e providenciar que a partilha ocorra de maneira rápida e eficaz. O descumprimento dessas tarefas autoriza sua remoção, que depende de decisão judicial.¹⁹ Também desentendimentos incontornáveis entre os herdeiros bastam para ensejar o seu afastamento.

Tanto a remoção como a destituição implicam na perda do cargo de inventariante. A remoção decorre de falta no exercício do cargo em relação ao inventário, enquanto a **destituição** é determinada por fato externo ao processo.²⁰ A remoção pode ser requerida pelos interessados quando das primeiras declarações (CPC 627 II).

19. Remoção de Inventariante. Artigo 622, do CPC/15. Inexistência de comprovação de justa causa para remoção. Nomeação Inventariante. A remoção do inventariante se dará mediante a instauração de incidente processual, que correrá em apenso aos autos do inventário, no qual será oportunizado o prazo de 15 (quinze) dias para o inventariante se defender e produzir provas. A remoção de inventariante somente se opera em situações excepcionais que, em regra, importam um comportamento descompromissado, faltoso e lesivo daquele que, à frente da administração do espólio e da condução do processo, se omite funcionalmente no cumprimento do encargo público ao qual se compromissou. Inexistindo prova robusta e cabal acerca da conduta negligente, ímproba ou desleal da inventariante na administração do espólio, não há possibilidade de sua remoção (TJMG, AI 10000170272298001, 4ª C. Cív., Rel. Des. Ana Paula Caixeta, j. 08/08/0017).

20. Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, Inventários e partilhas, 351.

Elenca a lei as causas que ensejam a remoção do inventariante de **ofício** ou a requerimento de algum interessado (CPC 622). Apesar de alentada, a enumeração não é **exaustiva**.²¹

Comprovadas **falhas culposas ou dolosas** no exercício da inventariança, justifica-se a sua remoção. A tramitação por muitos anos do processo, por si só, não é motivo bastante para o afastamento do inventariante. Nem a complexidade do processo é causa para a sua remoção. No entanto, ainda que não haja falha do inventariante, o profundo dissenso entre as partes de modo a comprometer o andamento do inventário e retardar sua conclusão autoriza a nomeação de um inventariante dativo.

O pedido de remoção do inventariante pode ser formulado por qualquer interessado e a qualquer tempo no curso do inventário. Trata-se de **procedimento incidental** que tramita em autos apartados. É assegurada defesa, no prazo de 15 dias (CPC 623) e até dilação probatória. A decisão que desconstitui o inventariante já nomeia outro em substituição, a quem deve ser transferido, de imediato, os bens da herança. A eventual resistência submete o inventariante destituído à **busca e apreensão e imissão na posse dos bens**, sem prejuízo da **multa** em montante até o valor de três por cento do valor do acervo inventariado (CPC 625).

A remoção do inventariante, quando determinada **de ofício** (CPC 622), é levada a efeito nos próprios **autos do inventário**. O juiz não deve ficar à mercê dos interessados nem se sujeitar à inércia das partes. Pelo mesmo motivo o Ministério Público, nas ações que atuar, dispõe de igual legitimidade, havendo a possibilidade, inclusive, de requerer a quebra do sigilo fiscal e bancário do inventariante. Até pela vedação de decisão surpresa (CPC 10), deve ser previamente oportunizado ao inventariante espaço para defesa e produção de provas. Mas a intimação não precisa

21. Inventário. Remoção de inventariante. Nomeação de outro dativo. Cabimento. 1. O inventariante deve proceder com diligência e transparência, administrando os bens do espólio e adotando as providências necessárias para o desfecho célere do inventário. 2. É cabível a remoção do inventariante, de ofício, quando é evidente o seu proceder em prejuízo dos interesses do espólio, já tendo, inclusive, sido nomeada inventariante dativa para ocupar o encargo. 3. A intimação da inventariante para exercer a sua defesa é exigível quando a remoção é decorrente de incidente argüido por herdeiro, legatário ou credor, interessado na sucessão. Recurso desprovido. (Agravado de Instrumento Nº 70073620007, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/02/2018). (TJRS, AI 70073620007/RS, 7ª C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 28/02/2018, p. 05/03/2018)

ser pessoal. Pode ser através de seu advogado.²² Verificada negligência, mesmo após intimação para as providências que lhe competem, cabe seu afastamento.

Proferida nos **autos do inventário**, a decisão é interlocutória, atacável via **agravo de instrumento (CPC 1.015 parágrafo único)**. Quando o juiz decide nos autos apartados, sempre gera enorme divergência a identificação do recurso cabível. Mais lógico seria se o recurso fosse o de apelação, pois foi decidido o mérito do incidente. De absoluto não senso é impor que o recorrente extraia cópia do procedimento, já ultimado, para formar o instrumento do agravo. Mas esta é a orientação pacificada dos tribunais, que sequer reconhece a fungibilidade recursal, por se tratar de erro grosseiro.²³

Quando o inventariante é também herdeiro, a falha na descrição dos bens o sujeita não só à remoção, mas também à pena de **sonogados**, ou seja, à perda do bem que não trouxe à colação (CC 1.992 e 1.993 e CPC 621). A remoção é espécie do gênero **destituição**, que tem maior largueza. Pode ocorrer sem que haja culpa ou dolo do inventariante. Basta que se configure impedimento legal ou ausência de legitimação para o exercício do encargo.²⁴ A remoção não abrange todos os casos de destituição, porque esta pode ocorrer por fato alheio ao exercício da inventariança, por exemplo, uma condenação criminal.²⁵

22. Inventário. Incidente de remoção de inventariante. Decisão que determinou a intimação pessoal do inventariante. Recurso parcialmente provido. Inventário. Incidente de remoção de inventariante. Insurgência contra decisão que determinou a intimação pessoal do inventariante. Inteligência dos artigos 623 e 624 do CPC. Intimação regular do agravado por meio de seu patrono. Desnecessária a intimação pessoal. Jurisprudência. Afastamento da decisão guerreada com o consequente julgamento do incidente. Recurso parcialmente provido (TJSP, AI 22108905320188260000/SP, 10ª C. Dir. Priv., Rel. J.B. Paula Lima, j. 26/11/2018, p. 26/11/2018).

23. Incidente de remoção de inventariante. Recurso cabível. Agravo de instrumento. Princípio da fungibilidade. Inaplicabilidade. O recurso cabível contra a decisão interlocutória que julga incidente de remoção de inventariante é o agravo de instrumento. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade, na medida em que a interposição de apelo, no caso, constitui erro grosseiro. Precedentes deste TJRS. Apelação não conhecida (TJRS, AC 70078880044/RS, 7ª C. Cív., Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 01/09/2018, p. 04/09/2018).

24. Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, Inventários e partilhas, 351.

25. Pontes de Miranda, Tratado das ações, t. III, 111.

56.5. CESSAÇÃO DAS ATIVIDADES

Findo o inventário, esvazia-se a figura do inventariante. Mas ainda é de sua responsabilidade a extração dos **formais de partilha** (CPC 655) e eventuais **retificações ou aditamentos** (CPC 656).

Com o trânsito em julgado da sentença de partilha, havendo ações em andamento, o inventariante é substituído pelo herdeiro a quem coube a coisa ou o direito objeto da causa.

Pode o inventariante ser reconduzido para eventual **sobrepilha** dos bens, retificação da partilha, ou cumprimento de obrigações deixadas pelo espólio.²⁶

LEITURA COMPLEMENTAR

CATEB, Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 46-50.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: Direito das Sucessões*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 6.

OLIVEIRA, Euclides de. AMORIM, Sebastião. *Inventário e partilha*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 7.

26. Euclides de Oliveira, *Inventário e partilha*, 450.

57

INVENTÁRIO JUDICIAL

Sumário: **57.1.** Hipóteses de cabimento – **57.2.** Prazo – **57.3.** Competência: **57.3.1.** Internacional; **57.3.2.** Interna – **57.4.** Valor da causa – **57.5.** Custas processuais e taxa judiciária – **57.6.** Assistência judiciária – **57.7.** Abertura – **57.8.** Procedimento – **57.9.** Recursos – **57.10.** Honorários advocatícios – Leitura complementar.

Referências legais: LINDB 10; CC 1.797, 1.991 a 2.022; CPC 75 VII, 48, 99 § 6.º, 292, 619 a 673; Lei 12.008/2009; CNJ – Provimentos 12/2012 e 56/2016.

57.1. HIPÓTESES DE CABIMENTO

O inventário judicial é também chamado de **solene** por se revestir de uma série de solenidades (CPC 610 a 673). É indispensável seu uso sempre que houver herdeiros menores de idade ou incapazes ou quando não existir consenso dos herdeiros sobre a partilha. Caso o valor dos bens seja acanhado, a partilha é levada a efeito por meio do **arrolamento comum** (CPC 664). Quando os herdeiros são capazes, e houver consenso na partilha, mas existir **testamento**, é possível o procedimento de **arrolamento sumário** (CPC 659 a 663). Não havendo testamento, se os herdeiros dotados de capacidade concordarem com a partilha, podem proceder à partilha **extrajudicial** (CPC 610 § 1º). De qualquer modo, é possível a opção pelo rito judicial, a critério ou conveniência dos interessados.

Como de um modo geral o inventário envolve exclusivamente questões patrimoniais, é possível a realização de **acordo de procedimento** (CPC 190). Trata-se de um **negócio jurídico processual** atípico. Nada mais do que a faculdade assegurada às partes de fazerem ajustes de natureza processual,

atendendo aos interesses mútuos. Do mesmo modo, juiz e partes podem fixar **calendário** para a prática dos atos processuais (CPC 191).

57.2. PRAZO

O Código de Processo Civil defere o prazo de **dois meses** para a abertura do inventário (CPC 611). Como se trata de legislação mais recente sobrepõe-se à regra do Código Civil que prevê **30 dias** a partir da morte do autor da herança (CC 1.796). O descumprimento do prazo aumenta os encargos tributários, fazendo incidir multa, correção monetária e juros de mora. Providência fora de prazo não implica em indeferimento da abertura do inventário pelo juiz, nem autoriza o tabelião a recusar a celebração da escritura, mesmo porque se trata de procedimento obrigatório.¹

O inventário é **processo obrigatório**, para que seja **formalizada** a transferência dos bens aos herdeiros, uma vez que a mudança da titularidade ocorre no momento da morte. É a lógica do princípio de *saisine*. Daí a imposição de prazo para seu início e a indicação de vários legitimados para procederem à sua abertura. Descabe extinguir o processo por inércia do inventariante.² Ele deve ser substituído.

Também existe prazo para a ultimação do inventário (CPC 611): **12 meses** a contar do início do processo. Esses prazos, no entanto, não são fatais. Aliás, como tudo: quando não há sanção, nenhum prazo é obedecido. Regra sem sanção é regra sem força de coerção. O juiz pode prorrogar o prazo, de ofício ou a requerimento de parte. Mas, de modo geral, não há sequer pedido de prorrogação para o que acontece com uma frequência terrível: inventários que se prolongam por décadas!

Ainda que não prevista no processo de inventário a realização de **audiência de conciliação** ou **mediação**, é obrigatória sua realização (CPC 334). Certamente não há melhor maneira para evitar dilações processuais indesejadas, causadas pela falta de objetividade que, de regra, permeia as discussões familiares sobre a partilha dos bens do espólio e reduz a confli-

1. Euclides de Oliveira, Inventário e partilha, 407.

2. Inventário. Extinção do processo. Abandono pelo inventariante. Descabimento. Apelação provida. [...] a inércia do Inventariante não pode ser causa de extinção do feito. 3. A penalidade ao Inventariante que não está interessado no regular trâmite do inventário com vias à partilha é a sua remoção e a nomeação de outra Inventariante, ainda que dativo, não a extinção do feito. [...] (TJPE, AC 5110956/PE, Rel. Waldemir Tavares de Albuquerque Filho, j. 27/09/2018, p. 09/10/2018)

tuosidade potencialmente existente no processo sucessório.³ No entanto, a audiência não se realizará se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual (CPC 334 § 4.º I).

Tentando amenizar a morosidade da justiça, é assegurada **prioridade de tramitação** a quem tem mais de 60 anos ou é portadora de doença grave (CPC 1.048 I). A preferência não cessa com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite e do companheiro da união estável (CPC 1.048 § 3.º).

Não só por ocasião da partilha, mas desde a abertura do inventário pode o juiz deferir a qualquer herdeiro **a posse de determinado bem**, que integrará a sua cota quando do término do processo (CPC 647 parágrafo único).

57.3. COMPETÊNCIA

A lei civil elege um lugar para a abertura da sucessão: o último **domicílio** do falecido (CC 1.785). Esse mesmo critério é adotado pela lei processual para fixar a competência do processo de inventário e partilha (CPC 48). Na hipótese do *de cujus* ter mais de um domicílio, o inventário pode ser aberto em qualquer deles. E, se não possuísse domicílio certo, a competência é do foro da **situação dos bens** imóveis. Caso tivesse bens em locais diferentes, o foro do inventário pode ser o local deles. Incide a mesma regra se o falecido possuísse somente bens móveis. Deixa de ter relevância, para a fixação da competência, o foro do local do óbito.⁴

Proposta a ação em mais de um juízo por diferentes legitimados, ocorre **litispendência**, que impõe a extinção de uma delas. A competência se fixa **por prevenção**, que decorre do registro ou a distribuição da petição inicial (CPC 58).

57.3.1. Internacional

É indispensável a identificação do local da abertura da sucessão para efeitos de jurisdição internacional. Uma só lei deve reger a sucessão hereditária. A opção é pela lei do país do domicílio (LINDB 7.º), tanto no

3. Carlos Cavalcante et al, Direito das sucessões e conciliação, 104.

4. Rafael Knorr Lippmann, Breves comentários ao novo CPC., 1.517.

caso de morte como no de ausência, qualquer que seja a natureza ou a localização dos bens.⁵

Duas são as regras: a lei que rege a **sucessão** é a do domicílio do inventariado, independentemente da natureza e da situação dos bens (LINDB 10). Já a lei que rege a **capacidade sucessória** é a do domicílio do herdeiro (LINDB 10 § 2.º). Assim, a ordem de vocação hereditária é a do domicílio do falecido, mas a aptidão do herdeiro para herdar é subordinada à lei pessoal do herdeiro.

Os bens são inventariados no **país** onde se situam (LINDB 8.º). Trata-se da adesão ao **princípio da territorialidade**: *lex rei sitae*. É de competência da autoridade judiciária brasileira promover o inventário e a partilha dos bens **situados no Brasil**, com exclusão de qualquer outra.⁶ É competente para a confirmação do testamento particular, o inventário e partilha dos bens aqui situados, ainda que o autor da herança fosse estrangeiro ou residisse fora do País (CPC 23 II). Os bens situados **fora do país**, ainda que pertencentes a brasileiro residente no Brasil, devem ser inventariados e partilhados pela autoridade do país no qual se situam. Trata-se do **princípio da pluralidade de juízos sucessórios**.⁷

Quando **são bens de estrangeiros** que aqui se encontram, aplica-se a lei mais favorável (LINDB 10 § 1.º). Ocorrendo a morte de estrangeiro residente em outro país, mas com bens no Brasil, a transmissão da herança ocorre segundo as regras do lugar do último domicílio. Porém, quanto aos bens situados no Brasil, o inventário e a partilha aqui se processam. Igualmente quando do falecimento de brasileiro residente no estrangeiro. A transmissão da herança acontece no país do falecimento, mas, havendo bens situados no Brasil, aqui corre o inventário e ocorre a partilha.

Esta regra comporta exceção (CR 5.º XXX): a sucessão de bens de estrangeiros localizados no País é regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge e dos filhos brasileiros, se não for mais favorável a lei pessoal

5. Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Direito civil, 228.

6. Agravo de Instrumento. Ação de Inventário. Decisão que indeferiu a inclusão de contas bancárias localizadas no exterior dentre os bens a serem partilhados na origem. Incidência dos princípios da pluralidade de juízos sucessórios e da efetividade das decisões. Autoridade judiciária brasileira que não possui competência para julgar ações relativas a bens localizados em território estrangeiro, sob pena de afronta à soberania do outro país. Exegese do artigo 23 do CPC. Precedentes. Agravo desprovido (TJSP AI 22381573420178260000/SP, 7ª C. Dir. Priv., Rel. Maria de Lourdes Lopez Gil, j. 07/11/2018, p. 12/11/2018).

7. Rafael Knorr Lippmann, Breves comentários ao novo CPC, 1.517.

do *de cujus* (LINDB 10 § 1.º). Claro que esta disposição também se aplica ao companheiro da união estável. É o que dispõe a primeira lei que regulou a união estável, no que não foi revogada (L 8.971/94 2.º e 3.º).

57.3.2. Interna

O lugar do domicílio do *de cujus* firma a **competência** para o processo de inventário e partilha (CPC 48). Caso não possuísse domicílio certo, o critério de competência é da **situação dos bens**. Se não tinha domicílio certo e há bens em lugares diversos, a competência se fixa no local de qualquer dos bens do espólio (CPC 48 parágrafo único).

A regra de competência é **relativa**. A incompetência tanto absoluta como relativa é arguida como **preliminar de contestação** (CPC 64). A alegação de incompetência, a contestação pode ser protocolada no domicílio do réu, fato a ser comunicado ao juiz da causa, de preferência por meio eletrônico (CPC 340). Acolhida a alegação de incompetência, os autos serão remetidos ao juízo competente.

O juízo do inventário dispõe de força atrativa de todas as ações que digam com a sucessão (CPC 48). É o que se chama **juízo universal do inventário**. Submetem-se a esta verdadeira *vis attractiva* as ações que interferem no direito sucessório. As demandas conexas são distribuídas por dependência ao mesmo juízo (CPC 61). Assim, as ações de nulidade da partilha; sonegados; sobrepartilha; nulidade e anulação do testamento; prestação de contas; pedido de substituição e sub-rogação de ônus pleiteado pelos herdeiros ou legatários.⁸

Mas há exceções. As ações **reais imobiliárias** movidas pelo espólio ou contra ele não são atraídas para o juízo do inventário. O foro é o da situação do bem. As ações pessoais obedecem à regra da competência do domicílio do réu.

As ações de **investigação de paternidade** ou de reconhecimento de **união estável**, ainda que cumuladas com petição de herança, nem por isso se submetem ao juízo do inventário. Atendem às regras próprias de competência. No entanto, as partes podem requer cautelarmente a **reserva de bens** em garantia de seu quinhão na herança.⁹

8. Washington de Barros Monteiro, Curso de direito civil, v. 6, 25.

9. Inventário. Reserva de bens. Ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança e anulação de testamento. Reserva de bens. Cabimento. 1. Cabível a reserva de bens no inventário do suposto pai, que é demandado na ação

57.4. VALOR DA CAUSA

O inventário tem expressão econômica, serve para dividir o patrimônio do falecido, devendo ser atribuída à causa o **valor dos bens inventariados** (CPC 292). A indicação do valor é feita pelo inventariante de forma estimativa na petição inicial. O juiz pode, **de ofício**, corrigir o valor da causa, que também pode ser levada a efeito por arbitramento (CPC 292 § 3.º). Quando não se puder precisar a totalidade dos bens, admite-se a formulação de pedido genérico (CPC 324).

O valor da causa também se sujeita a alterações, quer por impugnação dos herdeiros, quer em face dos valores atribuídos pela Fazenda Pública.

A impugnação ao valor da causa é levada a efeito em preliminar da contestação, sob pena de preclusão (CPC 293). Reconhecida diferença a maior, é necessária a complementação dos encargos ao final do processo.

O conceito de patrimônio é ativo menos passivo. As **dívidas** do espólio não integram o acervo sucessório alvo da divisão, por isso devem ser abatidas na atribuição do valor à causa. O fato de haver a necessidade de serem descritas no inventário as dívidas ativas e passivas do espólio (CPC 620 IV f) serve para abater o valor da causa. Também precisam ser descritos os bens alheios encontrados (CPC 620 IV). No entanto, nenhum desses valores integra o valor da causa.

Os bens trazidos **à colação** igualmente não integram o valor da causa. Como já foram transmitidos aos herdeiros necessários, não mais pertencem ao inventariado. Até porque, por ocasião da transmissão, houve o pagamento do respectivo tributo. Assim, quando da abertura da sucessão, não retornam ao acervo sucessório. Tais bens vêm ao inventário para simples conferência, como forma de assegurar a igualdade dos quinhões entre os herdeiros.

Ainda que devam ser arrolados no inventário os bens correspondentes à **meação** (CPC 651 II), seu montante não é incluído no **valor da causa**, não estando sujeito ao pagamento de **taxa judiciária e custas processuais**.¹⁰

investigatória cumulada com petição de herança e anulação de testamento. 2. A reserva dos bens é imperiosa para garantir o recebimento do quinhão hereditário da recorrida. Recurso desprovido (TJRS, AI 70075536532/RS, 7ª C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 30/05/2018, p. 05/06/2018).

10. Imposto sobre transmissão "causa mortis" – ITCMD. [...] Meação. A base de cálculo do ITCMD deve considerar tão somente a fração do imóvel acrescida ao patrimônio do herdeiro. 2. A base de cálculo do ITCMD deve ser fixada com fundamento na parcela do bem a ser acrescida ao patrimônio do herdeiro, com a devida vênua aos

A transmissão sucessória é unicamente da herança. O direito do cônjuge e do companheiro à metade dos bens preexiste à abertura da sucessão, não se confundindo com a sucessão hereditária.

57.5. CUSTAS PROCESSUAIS E TAXA JUDICIÁRIA

As custas processuais e a taxa judiciária são calculadas sobre o valor da causa (CPC 292). São pagas no início do processo, com o nome de **preparo**. Ainda que não prevista em lei, é consagrada a prática de autorizar o pagamento de tais encargos no **final do processo**. Como o juiz pode conceder o parcelamento das despesas processuais (CPC 98 § 4.º), nada impede que tal possibilidade seja estendida ao inventário.¹¹

A responsabilidade pelo pagamento dos encargos processuais é do **espólio** e não dos herdeiros.

Depois das primeiras declarações, os autos do inventário vão à **Fazenda Pública**, que informa o valor dos bens imóveis (CPC 629). Caso os herdeiros não concordem com o valor atribuído pelo fisco, impõe-se a **avaliação judicial** dos bens (CPC 630). Ocorrendo majoração do valor – quer pela indicação do fisco, quer na avaliação –, é necessária a complementação das custas e encargos processuais.

57.6. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

O benefício da **assistência judiciária** precisa ser requerido, e sua concessão está condicionada ao valor do acervo sucessório e não à condição econômica dos herdeiros. Ainda assim, não há como exigir que as partes alienem bens do espólio – principalmente quando o acervo é pequeno –

que entendem de modo diverso. O artigo 38, do Código Tributário Nacional ao disciplinar o ITCMD é expresso ao mencionar que a 'base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos.' 3. Sentença de denegação da ordem reformada. Dado provimento ao recurso. (TJSP, AC 10179903220178260053/SP, 9ª C. Dir. Púb., Rel. Oswaldo Luiz Palu, j. 22/10/2018, p. 22/10/2018).

11. Agravo de instrumento. Inventário. Pedido de assistência judiciária gratuita. Possibilidade de recolher as custas ao final. 1. As despesas do inventário constituem encargo do espólio e devem por ele ser suportadas, e não pelos herdeiros. 2. Havendo situação momentânea de carência de liquidez, é cabível deferir o recolhimento das custas ao final. Incidência dos art. 98, §§ 5º e 6º, do NCPC. Recurso parcialmente provido (TJRS, AI 70075643908/RS, 7ª C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 25/04/2018, p. 27/04/2018).

para atender aos encargos processuais. A herança poderia ser consumida com tais pagamentos.¹²

No entanto, composta por vários bens, descabe a concessão. A falta de liquidez não justifica a isenção do pagamento dos encargos.¹³

Para a concessão da gratuidade, presume a lei (CPC 99 § 3.º) ser verdadeira a alegação de hipossuficiência, para arcar com o pagamento dos encargos processuais, ainda que esteja assistido por advogado particular (CPC 99 § 4.º). A declaração de hipossuficiência econômica precisa constar de cláusula específica da procuração em geral, a dispensar o famigerado **atestado de pobreza** (CPC 105).

O direito à gratuidade não se estendendo ao sucessor do beneficiário (CPC 99 § 6.º).

57.7. ABERTURA

Quem estiver na posse e administração da herança, quando do falecimento do seu titular, prossegue com esse encargo como **administrador provisório** e tem o dever de, no prazo de dois meses (CPC 611), requerer a **abertura do inventário** (CPC 615).

12. Assistência judiciária. Indeferimento. Espólio. Monte mor. Baixa liquidez. Imóvel. Herdeiras beneficiárias. Menores incapazes. Recurso provido. A concessão do benefício da gratuidade judiciária ao espólio depende da comprovação de sua hipossuficiência econômico/financeira, inadmitindo-se seja presumida, como ocorre em relação às pessoas naturais. A dinâmica dos autos termina por inviabilizar o custeio das despesas processuais pelo próprio espólio, transferindo para os herdeiros referido ônus, o que se revela descabido (TJMG, AC 10079130286358001/MG, Rel. Carlos Levenhagen, j. 13/12/2018, p. 19/12/2018).

13. Inventário. AJG. Espólio formado por três imóveis, semoventes e cotas de capital. Herança a ser partilhada entre duas herdeiras, após a apuração da meação do cônjuge supérstite e a quitação de dívidas. Situação que autoriza o deferimento da gratuidade da justiça. 1. As custas do inventário são encargo do espólio, e não dos herdeiros ou do inventariante, pessoalmente, conforme entendimento amplamente majoritário neste tribunal. Desse modo, para a análise da concessão da gratuidade da justiça, é irrelevante apurar a condição financeira pessoal dos herdeiros, pois o que vai balizar a decisão é o valor e a liquidez dos bens do espólio. 2. No caso, o espólio é composto por três imóveis, semoventes e cotas de capital, havendo, em contrapartida, diversas dívidas a serem saldadas. Nesse contexto, considerando que, após a dedução da meação do cônjuge supérstite e a quitação das dívidas, a herança será partilhada entre duas herdeiras, uma delas menor de idade, é imperiosa a concessão da gratuidade da justiça. Deram provimento. Unânime. (TJRS, AI 70071015127, 8ª C. Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 09/03/2017).

O administrador provisório permanece com o dever de guarda e administração até o compromisso do inventariante (CPC 613).

Mas há outros legitimados que podem tomar a iniciativa de requerer a abertura do inventário, por disporem de legitimidade concorrente (CPC 616). Caso a iniciativa de requerer a abertura do inventário tenha sido tomada por mais de um dos colegitimados, individualmente, ocorre **litispêndência** (CPC 240), prevalecendo o pedido formulado em primeiro lugar. A **prevenção** decorre do registro da ação ou da sua distribuição (CPC 59)

A possibilidade de o **cônjuge** requerer a abertura do inventário não está condicionada ao **regime de bens** do casamento. Mesmo que estivessem separados de fato; fossem casados pelo regime da separação; não tenha o cônjuge sobrevivente a condição de herdeiro; nem faça jus ao direito de concorrência sucessória. Não importa, pode pleitear a abertura do inventário se tiver algum direito sobre a herança. Por exemplo, a meação dos bens enquanto esteve casado com o *de cujus*.

No entanto, depois da separação de fato, ex-cônjuge ou ex-companheiro não podem **ser inventariante**.

Também o **companheiro** sobrevivente tem legitimidade para requerer a abertura da sucessão, ainda que não disponha de prova pré-constituída da união estável. Basta os herdeiros reconheçam a união, o companheiro pode ser inventariante.¹⁴

Independentemente do regime de bens, **cônjuge** e **companheiro** do falecido devem participar da demanda, caso tenham direito à meação ou direito de concorrência sucessória.

57.8. PROCEDIMENTO

É singela a **inicial** do procedimento de inventário. Devem ser observados os requisitos legais (CPC 319 e 320) aplicáveis subsidiariamente ao rito especial (CPC 318 parágrafo único). Como as particularidades sobre o acervo hereditário e sucessores serão esmiuçadas a partir das primeiras declarações (CPC 620), a petição não é peça de maior perplexidade.¹⁵ Os únicos documentos indispensáveis são a **certidão de óbito** e a **certidão negativa de testamento**.¹⁶ O CNJ criou a Central Notarial de Serviços

14. Lei 12.195/2010.

15. Rafael Knorr Lippmann, Breves comentários ao novo CPC, 1.521.

16. CNJ – Provimento 56/2016 da Corregedoria Geral de Justiça.

Eletrônicos Compartilhados (CENSEC) e o **Registro Central de Testamentos On-Line (RCTO)**.¹⁷ A Corregedoria-Geral da Justiça do CNJ tornou obrigatória a alimentação deste banco de dados pelos responsáveis dos serviços extrajudiciais de notas,¹⁸ bem como impôs aos juízes que processam inventários judiciais e aos Tabeliães de Notas que lavram inventários extrajudiciais a consulta a este banco de dados para verificar a existência de testamento público ou a aprovação de testamento cerrado.¹⁹

O fato de existir **testamento** não significa que o inventário não pode ser aberto. Pode, mas, para seu processamento, é indispensável aguardar o seu registro.

Quem pede a abertura do inventário não significa que será nomeado inventariante. Havendo consenso entre os herdeiros, possível a indicação de um deles para o encargo, fora da ordem legal (CC 1.797 e CPC 617): o cônjuge ou o companheiro sobrevivente, o herdeiro ou o testamenteiro. Compete ao juiz nomear o **inventariante**. É possível a nomeação de estranhos à sucessão: inventariante judicial ou pessoa de confiança do juiz.

O escolhido deve ser intimado para prestar o **compromisso** (CPC 990 parágrafo único). O advogado pode representá-lo, mas precisa ter poderes especiais para tal fim (CPC 105).

Quando do compromisso têm início as **funções** do inventariante (CC 1.991), cabendo-lhe a **representação** do espólio (CPC 75 VII).

Tem ele o dever de, no exíguo prazo de 20 dias, apresentar as **primeiras declarações, mediante petição, firmada por procurador com poderes especiais** (CPC 620 § 2.º).

De forma absolutamente desnecessária é determinada a lavratura de um **termo circunstanciado** a ser assinado pelo juiz, escrivão e inventariante, em que conste (CPC 620): a qualificação do **autor da herança**, com informação sobre a existência de testamento; o rol dos **herdeiros**, a indicação do grau de parentesco com o inventariado, a qualificação, com a informação do endereço eletrônico; a informação sobre a existência de **cônjuge ou companheiro sobrevivente** com a informação sobre o regime de bens; e a relação e descrição dos **bens do espólio**, inclusive dos que devem ser trazidos à **colação**.

17. CNJ – Provimento 18/2012 da Corregedoria-Geral de Justiça.

18. Site: <www.buscatestamento.org.br>.

19. CNJ – Provimento 56/2016 da Corregedoria-Geral de Justiça.

Com esses dados, o juiz determina a **citação** do cônjuge ou companheiro sobrevivente, herdeiros, legatários e do testamenteiro.

As citações podem ocorrer **pelo correio** (CPC 626 § 1.º). Não pelo correio eletrônico, apesar de determinada a indicação do e-mail na qualificação (CPC 620 II). Deve acompanhar cópia das primeiras declarações.

O juiz deve nomear **curador especial** ao herdeiro ausente e ao incapaz, se ele concorrer na partilha com seu representante e desde que exista colisão de interesses (CPC 671). O **Ministério Público** somente participará do processo se houver herdeiro incapaz ou ausente (CPC 626).

Se o falecido era **comerciante**, o juiz determina a realização de balanço do estabelecimento ou a apuração de haveres, a depender da natureza da sociedade de que participava (CPC 620 § 1º I), e nomeia perito avaliador (CPC 630 parágrafo único). Não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido ou que se retirou da sociedade.²⁰

Mesmo citados todos os herdeiros, de forma para lá de desarrazoada, é exigida **ainda** a citação por **edital**, formalidade que serve tão só para aumentar o tempo de tramitação do processo (CPC 626 § 1.º). Cabe atentar que no **inventário extrajudicial** inexistente tal exigência.

Concluídas as citações, as partes têm vista, em cartório, pelo prazo comum de 15 dias, oportunidade em que devem (CPC 627): arguir erros, omissões e sonegação de bens; reclamar contra a nomeação do inventariante; contestar a qualidade dos herdeiros; e trazer à **colação** as doações recebidas em vida (CPC 639 a 641).

Caso não trazidos os bens à colação, cabe a aplicação da pena de **sonegados** ao herdeiro omissor. Perde o direito ao bem (CC 1.992).

Quando o **inventariante** é também herdeiro, somente é qualificado como **sonegador** depois de ter declarado que se encontram encerradas as descrições de bens e que não há outros a inventariar (CC 1.996 e CPC 621).

Em 15 dias cabe à **Fazenda Pública** falar sobre o valor atribuído aos bens imóveis (CPC 629). Resolvidas eventuais impugnações (CPC 630), somente serão **avaliados** os bens quando os herdeiros não concordarem com o valor atribuído pelo fisco (CPC 634).

Solvidas as controvérsias, o inventariante apresenta as **últimas declarações** (CPC 636).

20. STF – Súmula 265: Na apuração de haveres, não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido, excluído ou que se retirou.

Depois de ouvidas as partes, no prazo comum de 15 dias, o **contabilista** – atual nome do contador – procede ao cálculo do **imposto de transmissão** (CPC 637). Concedida nova vista às partes e à Fazenda Pública (CPC 638), o juiz homologa o cálculo do tributo (CPC 638 § 2.º).

Até o momento da partilha, o herdeiro **excluído** pode requerer sua inclusão no inventário. Se não houver a concordância dos demais e a solução demandar a produção de provas não documentais, o juiz pode remeter o requerente às **vias ordinárias**, reservando o quinhão do pretense herdeiro em mãos do inventariante (CPC 628).

Pagas as **dívidas** da herança (CPC 642 a 646), inicia-se a **partilha**. Os herdeiros, no prazo comum de 15 dias, formulam seus pedidos de **quinhão**. Ao deliberar sobre a partilha, o juiz deve atentar aos pedidos das partes, indicando os bens a compor o quinhão de cada um dos herdeiros (CPC 647).

Cabe ao partidor – serventuário da justiça, nos locais onde ainda existe esta figura – elaborar o **esboço de partilha** (CPC 651). No esboço deve ser incluída a **meação**.²¹ Geralmente é o próprio inventariante quem individualiza o quinhão de cada herdeiro. Depois de ouvidos todos, pelo prazo comum de 15 dias, é lançada a partilha (CPC 652).

Pago o **imposto de transmissão** e juntadas as negativas tributárias, o juiz **julga a partilha** (CPC 654). A existência de dívida para com a Fazenda Pública não impede o julgamento da partilha, desde que o seu pagamento esteja garantido (CPC 654 parágrafo único).

A sentença homologatória da partilha, proferida no processo de inventário, tem eficácia meramente **declaratória** da propriedade dos bens em favor dos herdeiros. Limita-se a extremar o quinhão de cada sucessor. Isso porque a transmissão da propriedade ocorreu quando da abertura da sucessão, por força da *saisine*: momento a partir do qual se consolida a propriedade exclusiva dos herdeiros.

Transitada em julgado a sentença, a cada herdeiro é fornecido um **formal de partilha** (CPC 655), documento indispensável para formalizar a transferência da titularidade dos bens aos herdeiros.

Atribuída a herança a um só herdeiro, em vez de formal de partilha, expede-se **carta de adjudicação**.

21. JCJF – Enunciado 52: Na organização do esboço da partilha tratada pelo art. 651 do CPC, deve-se incluir a meação do companheiro.

Com o término do inventário, o **espólio** desaparece e acabam as funções do inventariante. A representação judicial do *de cujus* passa aos herdeiros, no limite da herança recebida.

Ações de interesse do **falecido** podem ser intentadas por qualquer herdeiro, mas o resultado a todos aproveita. Nas ações propostas contra a sucessão precisam ser citados todos os herdeiros, formando-se um **litis-consórcio passivo necessário** (CPC 114).

Surgindo bens após o encerramento do inventário, não cabe a anulação da partilha. Impõe-se a **sobrepartilha**, que ocorre nos mesmos autos (CPC 669).

Caso apareçam **herdeiros necessários** que foram preteridos, é indispensável a **anulação** da partilha. Hipótese bem frequente é o reconhecimento de filho depois da morte do *de cujus*.

Proposta ação **investigatória da paternidade** enquanto tramita o inventário, cabe a reserva de bens. Se o reconhecimento ocorre depois da partilha, o herdeiro reconhecido precisa propor ação de petição de herança, anulando-se a divisão levada a efeito para a inclusão do novo herdeiro.

Forma frequente, a ação investigatória é cumulada com a de petição de herança, sendo requerida, a título de tutela antecipada, a reserva de bens.

57.9. RECURSOS

O procedimento do inventário, utilizado, no mais das vezes, em face das desavenças dos herdeiros, permeadas de ressentimentos e mágoas, dá espaço para que transborde para o processo o espírito belicoso dos que não querem dividir os bens de quem todos queriam tanto bem. Daí o enorme tempo de tramitação de algumas ações, além de um sem número de recursos e irresignações.

O Código de Processo Civil consagra o princípio da **irrecorribilidade** imediata das decisões interlocutórias (CPC 1.009 § 1.º). As questões resolvidas na fase de conhecimento não preluem e devem ser suscitadas em preliminar da apelação interposta contra a decisão de mérito (CPC 1.009 § 1.º).

O agravo de instrumento só pode ser interposto contra as decisões interlocutórias elencadas em rol que se pretende taxativo (CPC 1.015). No entanto, as decisões proferidas em processo de inventário desafiam agravo de instrumento, como expressamente excepciona a lei (CPC 1.015 parágrafo único).

Mesmo quando se trata de incidente que tramita em autos apartados, como a habilitação de crédito e destituição de inventariante, a tendência é reconhecer que o recurso é o de **agravo de instrumento** e não de apelação. Ora, a decisão põe fim à controvérsia e o procedimento se queda inerte. Pendurado nos autos do inventário.

A **sentença** homologatória da partilha é que põe fim ao inventário, sendo alvo de recurso de **apelação**.

57.10. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Como o inventário é um processo judicial, as partes precisam estar representadas por **advogado**. Quem requer a abertura do inventário vem a juízo por meio de procurador. Do mesmo modo, a intervenção de qualquer interessado é feita via procurador, seja o viúvo-meeiro, o testamenteiro; sejam os herdeiros legítimos ou testamentários ou os legatários. Havendo consenso, todos podem ser assistidos pelo mesmo advogado.

Para firmar o termo de **compromisso do inventariante**, o procurador precisa ter poderes especiais (CPC 105).

Como o inventário é um **processo necessário**, os honorários do procurador do inventariante são encargo do **espólio**. A verba honorária dos advogados dos herdeiros não. Cada um responde pela remuneração de seu próprio representante. Havendo dissenso entre os herdeiros, mesmo que cada um seja representado por procurador de sua livre escolha, a remuneração do advogado contratado pelo **inventariante** é suportada pelo acervo sucessório. Ainda que algum herdeiro nomeie procurador, ele participa do pagamento dos honorários do advogado do inventário se ele de fato atendeu aos interesses gerais do processo.²² Não havendo consenso entre os herdeiros quanto ao pagamento, o procurador deve habilitar o seu crédito no inventário.

22. Inventário. Honorários advocatícios. Encargo do espólio. 1. As despesas relativas aos honorários da advogada da inventariante constituem encargo do espólio, pois o inventário é um processo necessário, cabendo tal encargo a cada herdeiro, de forma proporcional ao seu quinhão, sendo irrelevante o fato de um dos herdeiros ter constituído também o seu próprio advogado. 2. Somente diante de grave conflito de interesses e quando fica evidenciado que a advogada da inventariante defende o interesse dela, em detrimento dos demais herdeiros, é que se justifica o afastamento de tal encargo do espólio, o que não restou comprovado nos autos. Recurso provido (TJRS, AI 70076647098/RS, 7ª C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 30/05/2018, p. 05/06/2018).

Quando existem divergências, e o procurador do inventariante defende exclusivamente os interesses de quem o contratou, o pagamento dos seus honorários não é suportado pelo espólio. Tal postura impõe aos demais herdeiros a contratação de procuradores distintos. O mesmo ocorre quando falta dinamismo ao advogado do inventariante, obrigando os herdeiros a constituir novo advogado para levar o inventário a termo. É incabível que suportem as despesas do advogado nomeado pelo inventariante e que se revele desidioso, retardando injustificadamente o andamento do processo.

Como a ação de inventário visa tão somente a divisão de bens, instalando-se divergência sobre a **partilha**, não cabe imputar a uma parte o pagamento dos honorários da outra parte. Cada herdeiro deve responsabilizar-se pelo pagamento de seu advogado. Como alerta Arnaldo Rizzardo, entender de modo diverso, atribuindo a quem promoveu a partilha a sucumbência sobre o valor de todo o patrimônio, inclusive sobre o que faz jus a parte contrária, é tese insustentável e irreal.²³

Ao herdeiro **ausente** o juiz nomeia **curador especial**, bem como aos herdeiros **incapazes** quando concorrerem na partilha com seus representantes e existir colisão de interesses (CPC 671). Em face do **direito de concorrência** do cônjuge e do companheiro, é frequente a necessidade da nomeação de curador. Sempre que comparecerem à sucessão os descendentes representados pelo genitor que tem direito concorrente, impõe-se a nomeação de curador, que tem direito a remuneração a ser atendida pelo espólio.

LEITURA COMPLEMENTAR

COSER, José Reinaldo. *Direito das Sucessões*: Do inventário e da partilha. Anotado. 4. ed. São Paulo: CL Edijur, 2015.

MADALENO, Rolf. Inventário de bens situados no exterior e a sua compensação para efeito de equilíbrio dos quinhões. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 29, abr.-maio 2005, p. 223-234.

MEINERO, Fernando Pedro. *Sucessões Internacionais no Brasil*, Curitiba: Juruá, 2017.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Inventário e partilha. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 399-452.

23. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 708.

RODRIGUES, Tatiana Antunes Valente. Do inventário. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.). CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria. (coords.). *Direito das Sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008. v. 8, p. 242-250.

TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil*. Impactos, diálogo e interações. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

ARROLAMENTO

Sumário: **58.1.** Possibilidades – **58.2.** Arrolamento sumário – **58.3.** Arrolamento comum – Leitura complementar.

Referências legais: CC 2.015; CPC 659 a 667; Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional – CTN), 192; Lei 6.830/1980 (Lei das Execuções Fiscais – LEF), 31.

58.1. POSSIBILIDADES

O Código Civil admite a partilha amigável por meio de escritura pública, termo nos autos do inventário ou simples escrito particular homologado pelo juiz (CC 2.015). A lei processual oferece duas modalidades de arrolamento judicial: o **sumário**, quando há concordância de todos os herdeiros maiores e capazes (CPC 659 a 667); e o **comum**, condicionado somente ao valor da herança (CPC 664).

Diante da possibilidade de o inventário e a partilha serem levados a efeito por **escritura pública** (CPC 610 § 1º), dispensando a intervenção judicial, praticamente caiu em desuso o arrolamento. De qualquer modo – e inexplicavelmente –, a forma extrajudicial é somente uma faculdade, podendo as partes optar pela via judicial. Ora, sempre que há acordo entre os herdeiros sobre a partilha dos bens, sendo todos maiores e capazes, é de todo injustificável admitir o uso da via judicial, o que transforma o juiz em mero cancelador, atividade muito mais afeita aos notários. Mas, como a lei utiliza a expressão “poderão ser feitos por escritura pública”, descabe a extinção do procedimento judicial para impor a via extrajudicial.

Do mesmo modo, somente o fato de existir **testamento** não deveria obrigar a abertura de inventário judicial. Quando não existir dúvida ou divergência de interpretação sobre a vontade do testador, poderia ser facul-

tado que o inventário fosse extrajudicial, contanto que todos os herdeiros sejam maiores, capazes e concordem sobre a partilha. Até porque pode ser que o testamento não traga disposições de natureza patrimonial, ou o faça de maneira muito clara, sem dar margem a qualquer dúvida.

No caso de **adjudicação**, quando há um único herdeiro, por mais absurdo que possa ser, se houver testamento, não há a possibilidade de ser feito o inventário por escritura pública.

Alguns juízes, quando procedem ao registro do testamento, têm autorizado que o inventário seja levado a efeito extrajudicialmente. Tal não gera qualquer mácula na divisão dos bens e não há a possibilidade de impugnação por ninguém. É só preciso uma dose de bom senso.

58.2. ARROLAMENTO SUMÁRIO

Sendo todos os **herdeiros maiores e capazes** e estando de acordo quanto à partilha, é possível o uso do arrolamento sumário (CPC 659 a 667). Recebe esse nome da doutrina por ser a forma mais breve de se proceder à partilha judicial. O arrolamento é um instituto autônomo, e não um rito procedimental do processo de inventário. Trata-se de procedimento de **jurisdição voluntária** que reduz atos e simplifica prazos. Visando rapidez e economia processual, é a forma simplificada de inventário-partilha. **Não dispensa intervenção judicial**, em face dos interesses de terceiros na liquidação da herança, mas agiliza o procedimento, com sua abreviação, em casos especiais.¹

Quando os herdeiros são capazes e a partilha é amigável, seu uso só se justifica se houver testamento; caso contrário, mais ágil e mais barata é a via extrajudicial.

O arrolamento sumário distingue-se do **arrolamento comum**, que está condicionado unicamente ao valor dos bens do acervo hereditário. Havendo herdeiros incapazes, ausentes, testamento ou dissenso entre os herdeiros, o rito é o do arrolamento comum (CPC 664).

O arrolamento sumário é promovido por **todos os herdeiros. O meeiro**, ainda que não seja herdeiro, precisa comparecer para a individualização de sua meação. Todos podem ser representados por um mesmo procurador, mas nada impede que alguns tenham advogado próprio. De

1. Euclides Benedito de Oliveira e Sebastião Amorim, Inventários e partilhas, 453.

qualquer modo, todos precisam estar representados. Havendo **herdeiro único**, basta o pedido de adjudicação (CPC 659 1º).

Na **inicial**, deve constar a declaração de bens com a atribuição de valores e a indicação da forma da partilha. Também deve ser indicado o **inventariante**, que é de livre escolha entre os herdeiros, sem necessidade de obediência à ordem legal. Como são dispensados termos de qualquer espécie, o inventariante não precisa **prestar compromisso** (CPC 660).

O **valor da causa** deve corresponder ao montante do acervo partilhável. A meação do cônjuge ou parceiro sobrevivente e as dívidas do espólio são excluídas da base de cálculo para o recolhimento das custas processuais e taxa judiciária.

Ainda que exista **testamento**, não há a intervenção do **Ministério Público**, que só participa do inútil procedimento de registro do testamento (CPC 735 § 2º).

É possível o uso do arrolamento mesmo que tendo ocorrido **adiantamento de legítima** e exista a necessidade de herdeiros trazerem à **colação** bens recebidos por doação..

Nem a presença de **credores** inibe o rito breve. O crédito só precisa ser líquido e certo mediante prova literal da dívida. Com isso, se processa a **reserva de bens** (CPC 663). Esta é a única circunstância que pode ensejar a **avaliação**, não dos bens do espólio, mas daqueles a serem reservados. Feita a reserva, cabe a partilha do restante do patrimônio. Basta todos os herdeiros apresentarem a partilha respeitando a reserva feita.

Transitada em julgado a sentença, a Fazenda Pública é intimada para lançar **administrativamente o imposto de transmissão**, sem ficar adstrita aos valores atribuídos pelos herdeiros (CPC 659 § 2º). A lei processual excepciona a previsão do art. 192 do Código Tributário Nacional, de que nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio ou às suas rendas.² Ou seja, o não pagamento dos tributos não impede a homologação da partilha, somente a expedição dos formais ou de alvarás. Reconheceu o STJ que o CPC revogou parcialmente art. 192 do CNT e o art. 31 da LEF.³

2. Rodrigo Ramina de Lucca, Breves comentários ao novo CPC, 1.560.
3. Partilha amigável de bens. Expedição de formal independentemente da comprovação de pagamento do ITCD. Exegese do art. 659, § 2º, do CPC/2015. Fundamento constitucional. 1. A controvérsia tem por objeto decisão que, em arrolamento sumário (com partilha amigável dos bens), autorizou, com suporte no art. 659, § 2º, do

Reconhecida a existência de diferenças, deve a Fazenda Pública fazer uso de **processo administrativo** para exigir eventual complementação do imposto como crédito tributário (CPC 662 § 1.º).

Como a atividade do juiz é meramente **homologatória**, o processo é alvo de ação de **anulação**, não de ação rescisória.⁴

58.3. ARROLAMENTO COMUM

Outra forma de partilha é o chamado arrolamento comum (CPC 664). Quase um mini-inventário, condicionado ao valor do espólio. Não pode ser superior a **mil salários mínimos**. Sua adoção é de natureza **cogente**, pois é utilizado o verbo em sua forma futura “processar-se-á”.

Difere do arrolamento sumário, porque neste a condição básica é a concordância das partes capazes, enquanto no comum basta ser reduzido

CPC, a expedição do formal de partilha e demais documentos, independentemente da comprovação de quitação do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCD) sobre os respectivos bens. 2. Inicialmente, cabe registrar que os arts. 663 e 664 do CPC constituem mera reprodução de dispositivos idênticos que constavam nos arts. 1.035 e 1.036 do CPC/1973, razão pela qual não procede a assertiva do ente público, de que a entrada em vigor do novo diploma normativo conferiu tratamento prejudicial à Fazenda Pública. 3. Em relação à expedição do formal de partilha, é inegável que a entrada em vigor do novo CPC introduziu, de forma expressa, a inversão do procedimento no CPC revogado. Com efeito, no CPC/1973, o art. 1.031, § 2º, registrava que a expedição do formal de partilha somente seria feita depois de transitada em julgado a sentença de homologação e, ao mesmo tempo, fosse verificado pela Fazenda Pública o pagamento de todos os tributos. Diferentemente, o art. 659, § 2º do atual CPC prescreve que basta a certificação do trânsito em julgado da decisão judicial referente à partilha dos bens para a expedição dos alvarás competentes, reservando-se a intimação da Fazenda Pública para momento posterior, a fim de que promova o lançamento administrativo dos tributos pertinentes, os quais não serão objeto de discussão e/ou lançamento no arrolamento de bens. 4. O Tribunal de origem valeu-se de fundamento constitucional para afirmar que a disciplina do novo CPC não invadiu matéria reservada à Lei Complementar, motivo pelo qual devem ser considerados parcialmente revogados o art. 192 do CTN e o art. 31 da LEF (STJ, REsp 1759143/DF, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, j. 25/09/2018, p. 04/02/2019).

4. Ação anulatória. Partilha amigável. Preterição. [...] 3. Em caso de partilha amigável, a sentença meramente homologatória do acordo de vontade das partes poderá ser desconstituída por meio de ação anulatória, a ser intentada no prazo de um ano, conforme art. 657, do Código de Processo Civil, e art. 2027, parágrafo único, do Código Civil. 5. Recurso conhecido e desprovido (TJDF 07343370920178070001/DF, 7ª C. Cív., Rel. Romeu Gonzaga Neiva, j. 12/09/2018).

o valor da herança. O procedimento não se distancia do inventário solene, havendo a supressão de algumas solenidades.

Quando há interesse de **incapaz**, é possível sua utilização, contanto que haja a concordância de todas as partes e do Ministério Público (CPC 665).

Na petição de abertura do arrolamento, deve haver a indicação do **inventariante**. Sua nomeação independe de **compromisso**. Ao prestar as declarações, o inventariante deve atribuir valor aos bens e já apresentar o plano de partilha.

Feita a **citação** dos herdeiros, havendo impugnação de qualquer das partes, deve ser procedida a **avaliação** dos bens.

É dispensável a realização de **audiência** para que o juiz delibere sobre a partilha e determine o pagamento das dívidas. Mas fica ao seu arbítrio decidir sobre a necessidade do ato.

Não são conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, pagamento ou quitação da **taxa judiciária** ou **imposto de transmissão**, não ficando a autoridade fazendária adstrita aos valores atribuídos pelos herdeiros (CPC 662).⁵

Reconhecida a existência de diferenças, cabe à Fazenda Pública fazer uso de **processo administrativo** para exigir eventual complementação do imposto como crédito tributário (CPC 662 § 1.º).

Com a prova do pagamento dos encargos fiscais e do imposto de transmissão, o juiz julga a partilha (CPC 664 § 5.º).

LEITURA COMPLEMENTAR

COSER, José Reinaldo. *Direito das Sucessões*: Do inventário e da partilha. Anotado. 4. ed. São Paulo: CL Edijur, 2015.

5. Herança de pequeno valor. Arrolamento comum. Expedição de formal de partilha. Prévia quitação de tributos. 1. Nos casos em que a herança for de pequeno valor, ou seja, igual ou inferior a mil (1.000) salários mínimos, o inventário proceder-se-á obrigatoriamente sob o rito do arrolamento comum (arts. 664, 665 e 667, do CPC). Assim, nos termos do art. 664, § 5º, do CPC, o julgamento da partilha deve ser precedido da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio. 2. Embora demonstrada a quitação do ITCD incidente sobre os bens de um dos de cujus, o apelante comprovou que ainda restam a ser pagos o IPTU e o TLP relativos aos bens do outro autor da herança, de modo que, antes que seja proferida sentença homologando a partilha, é necessária a prova da quitação desses tributos. 3. Apelo provido. (TJDF 20160910135055/DF, 4ª T., Rel. Arnoldo Camanho, j. 24/10/2018, j. 29/10/2018).

- OLIVEIRA, Euclides Benedito de. AMORIM, Sebastião. *Inventário e partilha*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Inventário e partilha. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 399-452.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 9. ed. São Paulo: Método, 2018. v. 6.
- _____. *O novo CPC e o Direito Civil*. Impactos, diálogo e interações. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

59

INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

Sumário: **59.1.** Características – **59.2.** Pressupostos: **59.2.1.** Ausência de testamento; **59.2.2.** Capacidade; **59.2.3.** Consenso entre os herdeiros – **59.3.** Questões procedimentais: **59.3.1.** Prazo; **59.3.2.** Competência; **59.3.3.** Advogado; **59.3.4.** Inventariante – **59.4.** Questões incidentais: **59.4.1.** Inventário conjunto; **59.4.2.** Dívidas do espólio; **59.4.3.** Tributos; **59.4.4.** Imposto de transmissão; **59.4.5.** Custas e emolumentos; **59.4.6.** Assistência judiciária; **59.4.7.** Renúncia; **59.4.8.** Cessão; **59.4.9.** Colação; **59.4.10.** Sobrepartilha; **59.4.11.** Retificação da partilha; **59.4.12.** Inventário negativo; **59.4.13.** Nulidade – Leitura complementar.

Referências legais: CC 2.015; CPC 48, 610 §§ 1.º e 2.º; Lei 8.935/94 (Lei dos Cartórios); Lei 10.169/2000 3.º II; Resolução 35/2007 do CNJ; Provimento 56/2016 do CNJ.

59.1. CARACTERÍSTICAS

Sempre foi indispensável o **procedimento judicial** para atribuir os bens do falecido a seus herdeiros. Ao menos era necessária a homologação judicial (CC 2.015). Mas, desde o ano de 2007, o inventário e a partilha podem ser levados a efeito extrajudicialmente. Em face da singeleza da previsão legal, as inúmeras dúvidas, divergências e controvérsias que surgiram levou o CNJ a editar Resolução¹ que, em 53 artigos, foi muito além de sua função interpretativa e regulamentar.

1. CNJ – Resolução 35/2007.

O Código de Processo Civil não deu a atenção devida e nem a extensão necessária a este que deveria ser o procedimento por excelência para o processo sucessório ser ultimado com a urgência merecida. Na via judicial, o procedimento é chamado de **jurisdição voluntária**. Ainda que, nem seja atividade jurisdicional e nem seja voluntária, pois sua adoção é coacta. No dizer de Frederico Marques, não se trata de atividade jurisdicional, malgrado o nome que ostenta; e, no entender de muitos, é função que pode ser atribuída, com igual nomen juris, a órgãos não judiciários.²

A via extrajudicial só cabe quando todos os herdeiros forem **capazes** e estiverem de acordo sobre a **partilha**. Injustificadamente seu uso está condicionado à inexistência de **testamento** (CPC 610 §§ 1.º e 2.º). Restrição de todo descabida.

A forma extrajudicial é **facultativa**, pois a lei utiliza a expressão “poderá”. Como falta interesse jurídico para o uso do processo judicial, a via extrajudicial deveria ser **obrigatória**. Afinal, não cabe ao juiz exercer mera função homologatória da vontade das partes, atuação afeita à atividade notarial.

Aliás, sequer se justifica que a abertura, registro e o cumprimento do testamento sejam levados a efeito em juízo, com a participação do Ministério Público (CPC 735 e 736). Com certeza esta seria uma atividade muito mais adequada a quem redige o testamento público, registra o testamento particular e lacra o testamento cerrado. Ninguém melhor do que o tabelião para verificar se o documento apresenta ou não indícios de ter sido violado. Delegar essa atividade ao juiz de nada serve, pois a validade do testamento pode ser questionada judicialmente, independente de ter o juiz certificado a presença dos requisitos legais e determinado o seu cumprimento.

O comparecimento do **cônjuge** ou do **companheiro sobrevivente** ao ato notarial só é necessário se ele tiver direito à meação, à concorrência sucessória ou na qualidade de herdeiro. Fora isso, nada justifica sua presença. No entanto, o CNJ impõe a presença dos **cônjuges dos herdeiros**. É de todo desnecessária a vênua conjugal para o recebimento de herança. Até porque, a depender do regime de bens do casamento, os bens recebidos a tal título são comunicáveis.

Até quando há **separação de fato**, a tendência é exigir a anuência do cônjuge do herdeiro para resguardar possível meação.³ Diante de tal descabida exigência, figura Francisco Cahali a hipótese de comparecerem simultaneamente à escritura o viúvo que já estava separado de fato (CC

2. José Frederico Marques, Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária, 15.

3. Christiano Cassettari, Separação, divórcio e inventário..., 111.

1.830) e o companheiro sobrevivente. Nada obsta a admissibilidade desse quadro fático, no pressuposto, evidentemente, da expressa concordância de todos os interessados.⁴

Como na **união estável** o companheiro sobrevivente tem direito à sucessão, pode promover o inventário extrajudicial. No entanto, exige a Resolução do CNJ, que existam outros herdeiros e que todos reconheçam a união. A exigência é desarrazoada. Basta haver prova da união, ainda que não judicial. Sem outros herdeiros, nem há quem represente o espólio na ação de reconhecimento da união estável. Seria necessária mera **justificação judicial**. Não havendo a concordância dos herdeiros, é necessária a propositura da ação de reconhecimento da união estável. Tais fatos, no entanto, não impedem o inventário extrajudicial.

Ainda que demandas correlatas tramitem judicialmente, é possível o pedido judicial de **tutela antecipada** para suspender a formalização do inventário extrajudicial, podendo ser requerida a reserva de bens.⁵

A escritura pública substitui o **formal de partilha**, pois é documento hábil para comprovar a alteração da titularidade de quaisquer bens, tanto imóveis, como veículos, transferências de quotas societárias etc. Também serve para levantamento de importância depositada em instituição financeira.

59.2. PRESSUPOSTOS

A via judicial é necessária quando houver testamento ou interessados incapazes (CPC 610). Atendido esses pressupostos e não havendo discórdia sobre a partilha, possível proceder-se ao inventário e à partilha por escritura pública.

59.2.1. Ausência de testamento

De forma para lá de injustificada, a existência de **testamento** impede o uso da via extrajudicial. Ora, no mais das vezes os testamentos trazem disposições de fácil compreensão, não deixando qualquer dúvida sobre a vontade do testador. Deste modo, nada, absolutamente nada, deveria impedir que o inventário fosse levado a efeito perante o tabelião. Perdeu o legislador uma excelente oportunidade de dar mais um passo para atingir o escopo do novo Código de Processo Civil, qual seja, o incentivo à **desjudicialização** através da ampliação dos procedimentos extrajudiciais. Permitir, expressamente,

4. Francisco Cahali e Karin Regina Rosa, Escrituras públicas, 63.

5. Renan Kfuri Lopes, Lei 11.441/07: inventário, partilha..., 332.

a realização de inventário extrajudicial quando houver testamento, desde que todos interessados sejam maiores e concordes, teria sido um avanço importante para dar ainda mais celeridade à Justiça.⁶

O pressuposto é a **ausência** de testamento. A Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CONSEC)⁷ disponibiliza informações, em âmbito nacional, sobre a existência de testamentos públicos, cerrados e eventuais revogações. A apresentação de **certidão negativa de testamento** é obrigatória para a realização de qualquer inventário.⁸ Cabe ao juiz acessar o Registro Central de Testamento, providência que não pode ser delegada à parte.⁹

Descabido impedir que os herdeiros optem pelo procedimento extrajudicial, em face da possibilidade de as partes realizarem **acordo de procedimento** (CPC 190): ajustes de natureza processual, atendendo a interesses mútuos.

Limita-se a lei a vetar a via extrajudicial, sem fazer qualquer ressalva sobre o **conteúdo** do testamento. E nem sempre as disposições testamentárias dizem com questões patrimoniais ou a partilha dos bens (CC 1.857 § 2.º).

Como a abertura e o registro do testamento são levados a efeito judicialmente, quando do inventário, já é conhecido seu conteúdo. Ora, se não há qualquer deliberação de natureza patrimonial, nada justifica impedir o inventário extrajudicial. Cabe figurar a hipótese de o testamento se limitar a revogar o testamento anterior, com o que se restabelece a sucessão legítima. Seria ilógico impor o procedimento judicial.¹⁰

6. José Flávio Bueno Fischer, Inventário extrajudicial com testamento: Por que não?

7. <www.buscatestamento.org.br>.

8. CNJ – Provimento 56/2016.

9. Agravo de instrumento. Inventário. Determinação de apresentação pela parte de certidão acerca da inexistência de testamento deixado pela autora da herança, expedida pela CENSEC – Central Notarial de Serviços Compartilhados. Provimento nº 56/2016 do CNJ. Apesar de o art. 2º do Provimento nº 56 do CNJ, prever que é obrigatório para o processamento dos inventários e partilhas judiciais, bem como para lavrar escrituras públicas de inventário extrajudicial, a juntada de certidão acerca da inexistência de testamento deixado pelo autor da herança, expedida pela CENSEC Central Notarial de Serviços Compartilhados, tal providência não pode ser imputada à parte, pois o art. 1º do referido Provimento prevê que incumbe ao Juiz de Direito, para o processamento dos inventários e partilhas judiciais, acessar o Registro Central de Testamentos On-Line (RCTO), módulo de informação da CENSEC Central Notarial de Serviços Compartilhados, para buscar a existência de testamentos públicos e instrumentos de aprovação de testamentos cerrados. Recurso provido (TJRS, AI 70078062882/RS, 7ª C. Civ., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 27/02/2019, p. 01/03/2019).

10. Neste sentido: Christiano Cassettari, Separação, divórcio e inventário..., 95.

Vários Estados têm autorizado os juízes a admitirem a via extrajudicial, através de provimentos. Assim, as Corregedorias dos Tribunais de Justiça da Paraíba,¹¹ São Paulo,¹² Rio de Janeiro,¹³ Distrito Federal¹⁴ e Paraná.¹⁵ E há juízes de outros Estados que, ao procederem o registro do testamento, em face aos seus claros termos, têm autorizado o uso da via extrajudicial. Como o uso da via extrajudicial em nada afeta a validade do inventário e nem autoriza sua desconstituição, está mais do que na hora de o CNJ uniformizar a matéria em âmbito nacional, na esteira destes entendimentos.

De qualquer modo, havendo expressa **autorização judicial**, o tabelião não pode se negar a proceder a escritura de inventário.¹⁶ Nem o registro imobiliário pode deixar de promover à transferência patrimonial em face da natureza do procedimento da partilha.

Já se posicionaram pelo afastamento dessa limitação e emitiram enunciados: a VII Jornada do Conselho da Justiça Federal,¹⁷ a I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal¹⁸ e o IBDFAM.¹⁹

11. CGJ da PB – Provimento 12/2014.
12. CGJ de SP – Provimento 37/2016.
13. CGJ do RJ – Provimento 21/2017.
14. CGJ do DF – Provimento 29/2018.
15. CGJ do PR – Ofício Circular 155/2018.
16. Lavratura de inventário notarial havendo testamento válido. Ordem judicial expressa proveniente da Vara de Família e Sucessões. Trata-se de procedimento de dúvida formulado pelo Tabelião de Notas da Comarca de São Paulo acerca da possibilidade de realização de inventário extrajudicial havendo testamento e herdeiros maiores e capazes com autorização judicial expressa. [...] Existindo ordem judicial expressa de Magistrado competente, que atua no exercício da atividade jurisdicional, bem como a devida comprovação do trânsito em julgado, o cumprimento da determinação torna-se obrigatório cabendo ao Sr. Tabelião executar o deliberado na respeitável sentença. [...] (TJSP, Proc. 0032934-17.2014.8.26.0100, p. 17/09/2014).
17. JCJF – Enunciado 600: Após registrado judicialmente o testamento e sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial.
18. JCJF – Enunciado 51: Havendo registro judicial ou autorização expressa do juízo sucessório competente, nos autos do procedimento de abertura, registro e cumprimento de testamento, sendo todos os interessados capazes e concordes, poderão ser feitos o inventário e a partilha por escritura pública.
19. IBDFAM – Enunciado 16: Mesmo quando houver testamento, sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial.

E neste sentido começaram decidir alguns tribunais.²⁰

Na hipótese de o testamento ser anulado, não há impedimento ao uso de inventário extrajudicial.²¹ Da mesma forma, inexistente restrição ao uso da via administrativa se o testamento foi revogado.

A existência de **codicilo** (CC 1.881), **no entanto**, não veda o uso da modalidade extrajudicial.²² Codicilo não é testamento. Como a norma é restritiva, não cabe interpretação extensiva.

Caso os herdeiros sejam capazes e a divisão do patrimônio consensual, o fato de existir testamento impõe o arrolamento sumário (CPC 659).

59.2.2. Capacidade

Para o uso do inventário extrajudicial é necessário que todos os herdeiros sejam capazes. Argumenta Priscila Agapito que bastaria a participação do **Ministério Público** no procedimento perante o tabelionato. Sua intervenção é obrigatória nos processos que envolvam interesse de incapaz (CPC 178). Lembra da experiência similar na instituição de fundação, em que o agente ministerial participa como interveniente fiscalizador.²³

A lei nada diz, mas a capacidade há que ser aferida por ocasião da **escritura** e não quando da abertura da sucessão. A Resolução do CNJ traz esse entendimento na sobrepilha. A solução não pode ser outra na partilha.

O pressuposto é a **capacidade**, e não a **maioridade** dos herdeiros. Não se justifica a exigência da maioridade do herdeiro feita pelo CNJ. Não está na lei. Assim, a **emancipação** ou a ocorrência de qualquer outra causa

20. Requerimento de abertura, registro e cumprimento de testamento. Sentença que rejeitou solicitação de inventário extrajudicial dos bens deixados pelo falecido. Decisão que merece reforma. Entendimento pela conjugação do artigo 610, *caput*, com seu parágrafo 1º, ambos do CPC/15. Existência de testamento que não afasta a possibilidade de realização de inventário extrajudicial, na hipótese em que as partes forem maiores e capazes e houver concordância entre elas. Inteligência do Provimento CGJ n.º 24/2017; Enunciado n.º 16, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito da Família -IBDFAM; Enunciado n.º 600, aprovado na VIII Jornada de Direito Civil; Resolução 35/2007 do CNJ e Lei 11.441/2007. Precedentes desta Corte. Recurso provido. (TJRJ, AC 00989683320188190001, 10ª C. Cív., Rel. Des. José Carlos Varanda dos Santos, j. 30/01/2019)

21. Francisco Cahali e Karin Regina Rosa, Escrituras públicas, 77.

22. Juliana da Fonseca Bonates, Há hipóteses em que pode ser feita partilha extrajudicial..., 318.

23. Priscila Agapito, É possível Inventário com Testamento e Incapazes?

que leve à cessação da incapacidade (CC 5.º parágrafo único) autoriza o uso da via extrajudicial.

Como o **nascituro** dispõe de capacidade sucessória (CC 1.798), sendo ele herdeiro incapaz, não há como realizar o inventário extrajudicial. Do mesmo modo, se a viúva se apresentar grávida perante o tabelião, ele não deve fazer o inventário.

59.2.3. Consenso entre os herdeiros

O uso da via extrajudicial está condicionado ao consenso dos herdeiros quanto à partilha. Havendo discordância, ainda que em parte, o jeito é trilhar a via judicial, pois é descabido inventário parcial.²⁴

No entanto, não haveria qualquer impedimento para a utilização da via extrajudicial com relação à partilha dos bens em que há concordância dos herdeiros, relegando-se ao juízo a divisão dos bens disputados entre eles. Esta não é a posição da doutrina. Sob a justificativa de que a aceitação e a recusa da herança não podem ser parciais (CC 1.808), não é possível o inventário extrajudicial de parte dos bens.

Somente em casos excepcionais o legislador admite que alguns bens sejam reservados para sobrepartilha (CC 2.021). E normas excepcionais não admitem interpretação extensiva.²⁵ Alerta Christiano Cassettari, haveria um risco enorme em permitir que os herdeiros partilhassem somente os bens que desejassem. Poderiam deixar para posterior inventário judicial, por exemplo, os bens desinteressantes por haver dívidas tributárias, sob a alegação de ausência de consenso na partilha.²⁶

De qualquer forma, é difícil para o tabelião exercer algum controle, pois não há como saber se os bens trazidos ao inventário correspondem ou não à totalidade do acervo sucessório.

Quando único é o herdeiro, não há partilha, somente a **adjudicação** da herança, o que pode ocorrer por escritura pública.

Na hipótese de estar tramitando **ação investigatória de paternidade**, não há como se proceder ao inventário extrajudicial, mesmo que haja a concordância de todos sobre a reserva do quinhão do investigado. Como

24. Christiano Cassettari, Separação, divórcio e inventário..., 96.

25. Juliana da Fonseca Bonates, Há hipóteses..., 319.

26. Christiano Cassettari, Separação, divórcio e inventário..., 96.

ele ainda não é herdeiro, não tem como participar do procedimento, que exige a presença de todos os sucessores.

59.3. QUESTÕES PROCEDIMENTAIS

Iniciado o processo de inventário ou arrolamento judicial, nada impede que haja **desistência** para ser usada a forma extrajudicial (CPC 485 VIII). Neste caso são devidas custas somente pelos atos praticados.²⁷ O inverso também é possível: desistir do procedimento cartorário – enquanto ainda não firmada a escritura por todos –, para ingressar com o inventário judicial.

Também é possível que, realizado o inventário extrajudicial, a sobrepartilha seja levada a efeito judicialmente.²⁸

59.3.1. Prazo

Estabelece a lei o prazo de **dois meses** para a abertura do processo de inventário e partilha a contar da abertura da sucessão, devendo ser ultimado nos **12 meses** subsequentes (CPC 611). Mas prazo sem sanção nem prazo é. Trata-se de norma oca. De qualquer modo, como o prazo é estabelecido para a abertura do inventário, há quem entenda não ser aplicável ao inventário extrajudicial.²⁹ Mas a tendência é considerar que o prazo deve ser entendido para a realização judicial ou extrajudicial do inventário.³⁰

27. Inventário. Desistência. Condenação a pagamento de custas. Proporcionalidade das despesas processuais. A lei processual estabelece que incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento. No caso, havendo desistência quanto ao inventário judicial, por terem as partes optado pela via extrajudicial, não se justifica a condenação a pagar as custas processuais tendo o feito tramitado por menos de quatro meses entre a distribuição e o pedido de desistência do procedimento judicial, sendo devidas custas processuais correspondentes aos atos praticados no processo. [...] Deram provimento em parte. Unânime. (TJRS, AC 70074861873, 8ª C. Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 19/10/2017).

28. [...] Prova nos autos de inventário extrajudicial. Inexistência de óbice de sobrepartilha judicial após inventário extrajudicial. Possibilidade de conversão do alvará para sobrepartilha em apreço aos princípios da economia processual e da celeridade. Parcial provimento do recurso (TJRJ, AC 00698403320168190002/RJ, 26ª C. Cív., Rel. Natácha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira, j. 03/05/2018, p. 04/05/2018)

29. Clayton Eduardo Prado, Reflexos da Lei 11.441/2007 no ITCMD, 58.

30. Christiano Cassettari, Separação, divórcio e inventário..., 115.

59.3.2. Competência

A sucessão de quem tinha domicílio no país rege-se pela lei brasileira (LINDB 10). Assim, nada impede que o inventário de um estrangeiro seja feito extrajudicialmente. Ainda nesta seara a orientação é ditada pelo CNJ.³¹

O **foro de domicílio** do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário e a partilha, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro (CPC 48).

Em se tratando de partilha extrajudicial, é **livre** a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens. Não há como limitar a liberdade dos herdeiros de escolherem o tabelionato que desejarem.³²

É ressalvada ao tabelião a prerrogativa de **não lavrar** a escritura sempre que tiver dúvida sobre a declaração de vontade de algum herdeiro ou existir fundado indício de fraude. Podem ser responsabilizados civilmente em caso de culpa ou dolo (L 8.935/94 22).

Independentemente do lugar da escritura, o imposto de transmissão sobre os **bens imóveis** deve ser recolhido no local em que se situam os bens. O imposto sobre **bens móveis** é pago na sede do tabelionato eleito para realizar o inventário (CR 155 § 1.º I e II). Cabe ao notário fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que deve praticar (L 8.935/94 30 XI).

59.3.3. Advogado

A presença do advogado atende ao dispositivo constitucional que o reconhece como **indispensável** à administração da justiça (CR 133). Daí a exigência de representar os herdeiros no inventário extrajudicial.³³ O herdeiro que é advogado pode atuar em **causa própria**.

As partes podem ser representadas por um único advogado ou cada uma delas pode ser acompanhada por procurador distinto. Não há a exigência do **instrumento de procuração**, mas todos devem firmar a escritura.

Por ausência de vedação legal, há a possibilidade de os herdeiros serem representados por **procurador** no ato da escritura. De forma exagerada-

31. CNJ – Resolução 35/2007.

32. Lei 8.935/1994, 8º.

33. Daniel Roberto Hertel, Inventário, separação e..., 102.

mente cautelosa, o CNJ impede a acumulação das funções de mandatário e assistente das partes.³⁴ Como todos são capazes, não cabe presumir conflito de interesses. Além disso, essa restrição não existe nem mesmo no inventário solene.

A procuração para o herdeiro ser representado no inventário precisa ser por **escritura pública** com poderes especiais (CC 657). A ausência de tal requisito contamina de nulidade o ato. No entanto, essa nulidade só pode ser suscitada na via judicial por algum interessado que comprove prejuízo pela ausência do instrumento público de mandato.

O tabelião não pode fazer indicação de advogado a quem comparece ao cartório. Muito menos ter advogados de plantão nas dependências do tabelionato. Alegando as partes que não têm condições de constituírem procurador, cabe ao tabelião recomendar-lhes a **Defensoria Pública** ou a seccional da Ordem dos Advogados.

59.3.4. Inventariante

Não há exigência de inventariante no inventário extrajudicial, mas é recomendável sua nomeação. Reconhecido como pessoa essencial ao procedimento, não está dispensado na via administrativa.³⁵ O CNJ tornou obrigatória a nomeação de um dos herdeiros para representar o espólio. A indicação não necessita obedecer à ordem legal (CPC 617). Admite Christiano Cassettari que, mesmo antes do inventário, os herdeiros nomeiem um deles inventariante para representar o espólio.³⁶ Porém, nada impede que seja eleita pessoa estranha à sucessão, bastando haver consenso na escolha.³⁷

59.4. QUESTÕES INCIDENTAIS

59.4.1. Inventário conjunto

A lei nada diz. Nem prevê, nem proíbe que o inventário de duas pessoas possa ser levado a efeito em única escritura. Como existe a possibilidade de duas heranças serem inventariadas cumulativamente (CPC 672), nada impede que tal ocorra também na via administrativa.

34. Resolução 35/2007 do CNJ 12.

35. Ana Cecília Parodi e Clarice Ribeiro dos Santos, *Inventário e rompimento...*, 190.

36. Christiano Cassettari, *Separação, divórcio e inventário...*, 129.

37. Ana Cecília Parodi e Clarice Ribeiro dos Santos, *Inventário e rompimento...*, 190.

59.4.2. Dívidas do espólio

Não há qualquer referência às dívidas do espólio ou do *de cujus* que impeça a via extrajudicial. A existência de **credores** do espólio não interfere na lavratura da escritura.

No entanto, nada impede que os credores busquem a **reserva de bens** em sede cautelar (CPC 300).

59.4.3. Tributos

A regra processual que regulamenta a partilha amigável (CPC 659) faz referência à norma da lei civil que admite a partilha por escritura pública (CC 2.015). Assim, não há como dispensar a prova da quitação dos tributos relativos aos **bens do espólio e às suas rendas**, também no inventário extrajudicial. Cabe ao tabelião exigir certidões negativas de débito tributário (L 8.935/94 30 XI).

59.4.4. Imposto de transmissão

Recomenda o CNJ que o recolhimento do imposto de transmissão anteceda a lavratura da escritura. Não há como afastar esta exigência pelo fato de a escritura substituir a sentença (CPC 654 e CTN 192). Cabe ao notário fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que deve praticar (L 8.935/94 30 XI).

As partes podem escolher o tabelionato ao seu bel prazer, em qualquer cidade ou estado, mas o imposto de transmissão sobre **bens imóveis** há que ser recolhido no local onde eles se situam. Somente o imposto sobre **bens móveis** cabe ser pago na sede do tabelionato que fez o inventário (CR 155 § 1.º I e II).

A ausência de condições econômicas para o pagamento do imposto, não impede que seja realizado o inventário extrajudicialmente. No entanto, a **venda** de algum bem para quitar a obrigação tributária depende de autorização judicial (CC 1.793 § 3.º).³⁸ Concedido **alvará judicial**, o saldo do valor deve ser depositado judicialmente.³⁹

38. Christiano Cassettari, Separação, divórcio e inventário..., 98.

39. Inventário. Alienação de bem imóvel. Indeferimento de expedição de alvará judicial para venda. Não dispondo os herdeiros de recursos para satisfazer o pagamento do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doações de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD), necessário o deferimento do alvará para conclusão do inventário. Concor-

59.4.5. Custas e emolumentos

A escritura é ato notarial que se sujeita ao pagamento de emolumentos. O valor é fixado em lei estadual, mas não pode ser calculado em percentual do acervo sucessório.⁴⁰

59.4.6. Assistência judiciária

Diz o CNJ: a gratuidade compreende as escrituras de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais. O CPC nada diz, o que não implica em reconhecer que inexistente possibilidade de isenção.

Como o benefício da assistência judiciária tem assento constitucional (CR 5.º LXXIV), se estende a todas as serventias registrais e notariais (CPC 98 IX). Deste modo, o inventário e a partilha extrajudiciais podem ser isentos do pagamento de emolumentos. A isenção é somente com relação às custas para a confecção da escritura, e não se estende ao **imposto de transmissão**.

Para a concessão da gratuidade, presume, tanto a lei (CPC 99 § 3.º) como o CNJ,⁴¹ ser verdadeira a **alegação de hipossuficiência**, para arcar com o pagamento, ainda que esteja assistido por advogado particular (CPC 99 § 4.º). A declaração de hipossuficiência econômica precisa constar de cláusula específica da **procuração em geral**, dispensando que a parte firme pessoalmente atestado de pobreza (CPC 105). As partes podem ser representadas por Defensor Público.

59.4.7. Renúncia

Como a renúncia do quinhão hereditário pode ser formalizada por **escritura pública** (CC 1.806), é possível que seja manifestada na própria escritura do inventário. Nesse caso, a partilha já deve ser apresentada atentando a esta circunstância. Havendo credores do herdeiro renunciante, podem habilitar-se em seu lugar, no próprio ato notarial, para o recebimento da quota de seu crédito.⁴²

dância dos demais herdeiros. Ademais, a homologação da partilha condiciona-se a prévia demonstração do recolhimento do imposto, nos termos do art. 654, do Código de Processo Civil/2015. Decisão reformada. Agravo provido, com observação (TJSP, AI 20228230720188260000/SP, 10ª C. Dir. Priv., Rel. Elcio Trujillo, j. 18/12/2018, p. 19/12/2018).

40. L 10.169/2000 3.º II.

41. CNJ – Resolução 35/2007.

42. Euclides de Oliveira, Inventário e partilha, 448.

59.4.8. Cessão

Ainda antes da partilha, os direitos hereditários podem ser cedidos, por escritura pública (CC 1.793). Nada obsta que ocorra na escritura do inventário levado a efeito extrajudicialmente. Em se tratando de **cessão onerosa**, é necessário respeitar o direito de preferência dos coerdeiros. No entanto, simples presença dos herdeiros ao ato do inventário em que é feita a cessão configura **renúncia ao direito de preferência**.

59.4.9. Colação

A possibilidade de o inventário ser feito extrajudicialmente não subtrai a obrigação dos herdeiros necessários de trazerem à colação os bens que receberam a título de adiantamento **de legítima**. Como há consenso entre os herdeiros, não cabe ao tabelião interferir na divisão amigável feita pelas partes.

De qualquer forma, o fato de existirem bens a serem trazidos à colação não impede o uso da via extrajudicial, apesar de não excluir o direito dos herdeiros à igualdade sobre a herança legítima.

A falta de colação não livra o herdeiro da possibilidade de ser reconhecido como **sonegador**, o que pode levar à perda do excesso recebido por doação (CC 1.992). Basta ter omitido o recebimento dos bens na escritura do inventário.

A ação de **sonegados** se sujeita ao juízo do inventário, ou seja, o último domicílio do falecido, não importando onde foi levada a efeito a escritura de partilha.

59.4.10 Sobrepartilha

Como a sobrepartilha é, ao fim e ao cabo, uma **partilha**, às claras que pode ser levada a efeito pela via extrajudicial. Basta o atendimento dos requisitos legais, ainda que o inventário tenha sido judicial. É possível mesmo que os herdeiros fossem menores quando da abertura da sucessão ou do processo judicial.

59.4.11 Retificação da partilha

Tendo ocorrido erro na partilha, sua retificação pode ser feita por escritura pública, obedecidas as mesmas formalidades do ato original e mediante a presença de todos os interessados.

59.4.12 Inventário negativo

O chamado inventário negativo tem por objetivo provar que alguém nada herdou. Esta desarrazoada possibilidade pode ser levada a efeito extrajudicialmente, como admite o CNJ.

59.4.13 Nulidade

Limitadas são as hipóteses que autorizam o uso da via extrajudicial. Os requisitos são cumulativos (CPC 610 § 1.º): os herdeiros precisam ser capazes; não pode existir testamento; e todos precisam estar concordes com a partilha.

Quando há requerimento dos herdeiros, por ocasião do registro do testamento, alguns juízes vêm autorizando o uso da via judicial. Neste caso é hígido o inventário realizado perante o tabelionato.

O descumprimento dos demais requisitos (incapacidade de herdeiro ou concordância sobre a partilha) contamina o ato de nulidade.

Trata-se de **nulidade absoluta**, que pode ser arguida a qualquer tempo e por qualquer interessado. Até o Ministério Público tem legitimidade para a ação anulatória quando havia herdeiros incapazes no momento da assinatura da escritura pelos demais herdeiros. A ação é **declaratória da nulidade**. Nada desconstitui. Declara nula a escritura.

O **foro de domicílio** do autor da herança é o competente para a anulação da partilha extrajudicial (CPC 48).

Nulo o inventário é **imprescritível** o prazo para a sua desconstituição. Mas os **efeitos patrimoniais** sujeitam-se a prazo prescricional. Na ausência de previsão legal expressa, o prazo é de 10 anos (CC 205).

Também é possível a desconstituição da escritura pelos **vícios dos atos jurídicos** em geral (CC 171 II), cujo prazo decadencial é de quatro anos (CC 178).

Fora tal, a procedência da ação de **petição de herança** conduz à nulidade da escritura quando a partilha foi elaborada excluindo herdeiro necessário.

LEITURA COMPLEMENTAR

CAHALI, Francisco José; ROSA, Karin Regina Rick et al. *Escrituras públicas: separação, divórcio, inventário e partilhas consensuais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

- CASSETTARI, Christiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública: teoria e prática*. 7. ed. São Paulo: Método, 2015.
- COSER, José Reinaldo. *Direito das Sucessões: Do inventário e da partilha*. Anotado. 5. ed. São Paulo: CL Edijur, 2016.
- FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. A presença do advogado é obrigatória para a prática de todos os atos previstos na Lei 11.441/2007? Quais as consequências da não intervenção do advogado? In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coords.). *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais: questionamentos sobre a Lei 11.441/2007*. São Paulo: Método, 2007. p. 229-238.
- GABURRI, Fernando. A separação extrajudicial exclui o direito sucessório do cônjuge, a teor do disposto no art. 1.830 do novo CC. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coords.). *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais: questionamentos sobre a Lei 11.441/2007*. São Paulo: Método, 2007. p. 141-156.
- LOPES, Rénan Kfuri. Lei 11.441 de 04.01.2007 – Inventário, partilha, separação e divórcio consensuais através de escritura pública. *Revista Juris Plenun*, Caxias do Sul, a. III, n. 16, jul. 2007, p. 105-116.
- TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil*. Impactos, diálogo e interações. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Inventário e partilha por via administrativa – Reforma da Lei n. 11.441, de 04.01.2007. *Revista do Advogado*, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, a. XXVII, n. 91, maio 2007, p. 72-78.
- VELOSO, Zeno. *Lei n. 11.441, de 04.01.2007 – Aspectos práticos da separação, divórcio, inventário e partilha consensuais*. Pará: ANOREG, 2008.

60

PAGAMENTO DAS DÍVIDAS

Sumário: **60.1.** Pressupostos: **60.1.1.** Momento da cobrança; **60.1.2.** Credores do espólio e credores dos herdeiros; **60.1.3.** Dívidas do espólio; **60.1.4.** Reserva de bens; **60.1.5.** Dívidas depois da partilha; **60.1.6.** Legatários; **60.1.7.** Devedor herdeiro – **60.2.** Habilitação de crédito: **60.2.1.** Remessa às vias ordinárias; **60.2.2.** Penhora no rosto dos autos – Leitura complementar.

Referências legais: CC 965, 1.997 a 2.001; CPC 642 a 646.

60.1. PRESSUPOSTOS

O pagamento das dívidas do falecido é tema eminentemente **processual**, mas é tratado tanto no Código Civil (arts. 1.997 a 2.001) como no Código de Processo Civil (arts. 642 a 646). Claro que o resultado é sempre complicado: superposição de normas que geram repetições desnecessárias e só acumulam dificuldades.

Equivocadamente diz a lei que a “herança” responde pelo pagamento das dívidas do falecido (CC 1.997). Como observa Sílvia Venosa, a referência é à personificação transitória que recebe o nome de **espólio**: conjunto de direitos e deveres pertinentes à pessoa falecida, massa patrimonial que permanece coesa até a atribuição dos quinhões hereditários.⁴³

O conceito genérico de herança não se restringe exclusivamente ao **patrimônio ativo**. As **dívidas ativas e passivas** deixadas pelo falecido precisam ser descritas no inventário (CPC 620 IV f). Não se extinguem com sua morte. A responsabilidade pelo adimplemento passa aos seus herdeiros.

43. Sílvia Venosa, Direito Civil, v. 7, 414.

Desaparecem somente **direitos personalíssimos** e **obrigações intransmissíveis**. Encargos transmissíveis são suportados pelo espólio até o limite das forças da herança. Tanto as dívidas vencidas antes da abertura da sucessão como as que se venceram depois, e as contraídas em razão da morte do seu titular são de responsabilidade da herança.

A finalidade mesma do inventário é dividir a herança. Só depois de atendidos os encargos do morto é que se partilha o saldo, se houver. Essa ordem de prioridades é dada pela lei (CC 1.997). Os herdeiros fazem jus ao que sobrar do patrimônio depois de atendidos os encargos do falecido.

O **limite** da responsabilidade dos herdeiros é a dimensão do acervo sucessório recebido. É o que se chama de **benefício de inventário** (CC 1.792). *Os herdeiros não são* pessoalmente responsáveis pelos débitos do falecido. Nem eles, nem seus bens particulares. Esgotadas as forças do acervo sucessório, os credores não podem se voltar contra os herdeiros para que respondam pessoalmente pelas obrigações exclusivas do autor da herança.⁴⁴

Caso as dívidas absorvam todo o ativo, os herdeiros nada terão a receber. Encerra-se o processo com o pagamento dos encargos, restando prejudicada a partilha. Sujeitam-se os herdeiros à perda, total ou parcial, do direito hereditário sobre os bens empenhados à satisfação das dívidas.⁴⁵ Esgotado o acervo sucessório e sobrando dívidas, cabe ao inventariante requerer a **declaração de insolvência** (CPC 618 VIII). A ação se sujeita ao juízo do inventário e sua instauração pode ser requerida por qualquer credor.

As cláusulas de **inalienabilidade** e **impenhorabilidade** são restrições aos quinhões dos herdeiros. Não incidem sobre a herança. Não inibem a constrição do patrimônio para pagamento dos encargos do espólio. Atinjam os bens recebidos pelos herdeiros. Livram as dívidas dos herdeiros, mas não as do falecido.

60.1.1. Momento da cobrança

Os credores do espólio não têm obrigação de se habilitar no inventário. Podem simplesmente promover a cobrança de seus créditos fazendo uso dos meios executórios de que dispõem.⁴⁶ No entanto, admite a lei a

44. Euclides de Oliveira, Inventário e partilha, 414.

45. Idem, 413.

46. [...]. 1. A responsabilidade pelo pagamento de dívidas do de cujus somente recai sobre os herdeiros se a partilha tiver sido aperfeiçoada, porquanto, caso contrário, responde a herança pelas obrigações deixadas pelo falecido (art. 1.997 do Código Civil).

possibilidade de eles exigirem o pagamento diretamente nos autos do inventário, contanto que haja concordância dos herdeiros. Se algum discordar, o credor precisa fazer uso das vias ordinárias.⁴⁷ Podem buscar a cobrança antes da partilha (CPC 642). Aliás, essa possibilidade existe mesmo **antes da abertura do inventário**.⁴⁸

A diferença diz com a **competência** do juízo. **Antes** de aberto o inventário, as dívidas do *de cujus* podem ser cobradas da sucessão. Até a nomeação do inventariante, a ação é proposta contra os **herdeiros**. Depois de aberto o inventário, torna-se prevento o juízo para todas as ações em que o espólio for réu (CPC 48). A representação do espólio passa a ser feita pelo **inventariante** (CPC 75 VII). Tratando-se de **dívidas líquidas e certas**, cabe a habilitação nos próprios autos do inventário. Não havendo o reconhecimento da dívida pelos herdeiros, é necessária a propositura da ação de cobrança e a reserva de quota determinada dos bens da herança.

A tramitação do inventário não leva à suspensão da demanda de cobrança, nem a cobrança suspende o inventário. É possível a **reserva de bens** para garantir o direito do credor. Sempre que se controverter a respeito de parte da herança, enquanto não terminada a controvérsia, os bens não devem ser partilhados.⁴⁹

60.1.2. Credores do espólio e credores dos herdeiros

Tanto o credor do espólio como o credor de qualquer dos herdeiros pode requerer a **abertura do inventário** e, inclusive, ser nomeado **inven-**

2. Enquanto não realizada a partilha, a herança, na figura do espólio, é a legitimada a figurar nas ações cujo falecido poderia ser parte. 3. A inexistência de abertura de inventário não impede que o credor ajuíze ação de cobrança em face do espólio, porquanto este, enquanto não aberto o inventário, é representado pelo administrador provisório. 4. Apelação Cível conhecida e provida (TJDF 20130110624214/DF, 8ª T., Rel. Nídia Corrêa Lima, j. 07/02/2019).

47. Habilitação de crédito em inventário. Discordância dos herdeiros. Aplicação do artigo 643 do CPC/15. A habilitação de crédito no inventário é não contenciosa, razão pela qual a anuência dos sucessores acerca do pedido deve ser expressa, sem a qual será o credor remetido para os meios ordinários (art. 643 do CPC/15). O pedido de habilitação de crédito em inventário enseja a condenação em honorários desde que haja resistência do promovido. Recurso conhecido, mas não provido (TJMG, AC 10439160027850001/MG, 3ª C. Cív., Rel. Albergaria Costa, j. 07/04/2017, p. 03/05/2017).

48. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 695.

49. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 416.

tariante (CPC 616 VI). Também dispõem de legitimidade para se habilitar no inventário para cobrar seus créditos junto à sucessão. Ainda assim, não dá para confundir **dívida da herança** e **dívida dos herdeiros**.

Pelas dívidas do **falecido** responde **toda a herança**. Pelas dívidas pessoais do **herdeiro**, é a sua **fração da herança** que serve como garantia a seus credores. Por isso, o credor do herdeiro pode pedir que seja identificado o quinhão do seu devedor, tendo preferência no pagamento de seu crédito.

É possível estabelecer **concurso** entre os credores do espólio e os credores do herdeiro (CC 2.000). Têm preferência os credores do falecido. A garantia preferencial dos credores da herança relativamente aos credores do herdeiro é tão óbvia que nem precisaria ser prevista. Evidencia-se pelos princípios que norteiam a transmissão hereditária: só há herança sobre o que sobrar do patrimônio do falecido. Exclusivamente, o saldo da herança líquida é que se destina à partilha entre os herdeiros.⁵⁰

O herdeiro que tem dívidas até pode **renunciar** à herança, mas seus credores podem aceitá-la em seu nome, se houver autorização judicial (CC 1.813). Ainda que de aceitação não se trate, mas de cobrança do crédito junto ao espólio, o fato é que eles podem buscar o pagamento da dívida no quinhão do herdeiro renunciante, retornando ao acervo sucessório o que sobrar.

Os **donatários** serão chamados a se pronunciar sobre a aprovação das dívidas do espólio, sempre que houver a possibilidade de ocorrer a redução da doação (CPC 642 § 5º).

60.1.3. Dívidas do espólio

O acervo sucessório responde pelas dívidas contraídas pelo *de cujus*. Estas são propriamente débitos da **herança**. Quando existe direito de **meação** ou **direito concorrente**, quer do cônjuge, quer do companheiro, algumas distinções se impõem.

O sobrevivente recebe, a título de **meação**, a metade dos **bens** comuns e a metade das **dívidas** que incidem sobre eles.

Em sede de **direito concorrente**, a base de cálculo é distinta. Antes de calcular a fração a que fazem jus cônjuge e companheiro, é preciso abater as dívidas do *de cujus* e do espólio. Ou seja, afastada a meação do sobrevivente, à meação do falecido somam-se os bens particulares. Depois

50. Euclides de Oliveira, Inventário e partilha, 420.

de descontados os encargos e dívidas do espólio é que se pode quantificar o direito concorrente.

As dívidas que decorrem do próprio **processo do inventário** também são de responsabilidade do espólio, pois surgiram após a morte do autor da herança. São chamadas **dívidas póstumas**.⁵¹ Nestas se incluem as **despesas do funeral** (CC 1.998). Há uma exceção, aliás, bastante mesquinha. Como sempre, a linguagem do Código é para lá de antiquada. Fala em “sufrágios por alma do falecido”. Quer dizer que o patrimônio do *de cujus* responde pelo seu sepultamento, mas não pelas cerimônias de natureza religiosa. Talvez porque o Brasil seja um país laico! Só existe a responsabilidade do pagamento pelo espólio quando as solenidades foram ordenadas em **codicilo**.

Mas há outras dívidas referentes à morte do falecido que são mesmo do espólio, contanto que obedeçam ao critério da **razoabilidade**, eis que devem atender “às condições do morto e ao costume do lugar” e ser “moderadas”. Estas despesas têm prioridade na ordem de atendimento, gozam do que se chama de **privilegio geral** (CC 965).

Há despesas outras que também são encargos da herança: o pagamento da **taxa judiciária** e das **custas** do processo do inventário.

Igualmente são suportados pelo acervo sucessório os **honorários advocatícios** do procurador contratado pelo inventariante para representar o espólio, contanto que ele, de fato, atenda aos interesses gerais do processo. Mesmo que algum herdeiro nomeie procurador para acompanhá-lo, o espólio responde ao pagamento dos honorários do advogado do inventário.⁵²

Quanto ao **imposto de transmissão**, cada herdeiro é responsável pelo imposto incidente sobre o seu quinhão. A Fazenda Pública não necessita habilitar-se no inventário, pois a partilha – judicial ou extrajudicial – não acontece sem a prova da quitação dos encargos tributários (CTN 192).

51. Itabaiana de Oliveira, Tratado de direito das sucessões, v. 3, 815.

52. Inventário. Arrolamento. Honorários advocatícios. Encargo do espólio. 1. As despesas relativas aos honorários dos advogados da inventariante constituem encargo do espólio, pois o inventário é um processo necessário, cabendo tal encargo a cada herdeiro, de forma proporcional ao seu quinhão, sendo irrelevante o fato de cada herdeiro ter constituído também o seu próprio advogado. 2. Somente diante de grave conflito de interesses e quando fica evidenciado que os patronos da inventariante advogam o interesse dela, em detrimento dos demais herdeiros, é que se justifica o afastamento de tal encargo do espólio. Recurso provido. (TJRS, AI 70072710023, 7ª C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 27/09/2017).

60.1.4. Reserva de bens

Distingue a doutrina: reserva de bens e separação de bens.

A reserva dispõe de **natureza cautelar** e serve para garantir o pagamento do crédito cuja exigibilidade não foi reconhecida em sede do inventário, e houve remessa das partes às vias ordinárias. Trata-se de procedimento de **tutela cautelar de caráter antecedente**, em que é necessário comprovar o perigo de dano e o risco ao resultado útil do processo (CPC 305).⁵³ Não proposta a ação no prazo de 30 dias, a reserva perde a eficácia (CPC 308).

Já a **separação de bens** tem por finalidade cobrir os créditos reconhecidos e tem **natureza satisfativa**. Ocorrendo a separação de bens, cabe proceder à sua venda ou adjudicação. Na reserva, aguarda-se o trânsito em julgado da ação.⁵⁴

Tanto o pedido de reserva como o de separação de bens devem ser formulados nos **autos do inventário**.⁵⁵

53. Ação cautelar. Pedido de reserva de bens. Tal pleito é meramente instrumental e preventivo, com o objetivo de garantir o eventual quinhão hereditário, em caso de reconhecimento da paternidade. Presentes os requisitos do art. 300 do novo Código de Processo Civil – periculum in mora e fumus boni iuris – para concessão da liminar. Recurso conhecido e provido. Decisão unânime. (TJAL, AI 0801516-06.2014.8.02.0000, 2ª C. Cív., Rel. Pedro Augusto Mendonça de Araújo, j. 20/06/2016).

54. Arnaldo Rizzardo, Direito das sucessões, 702.

55. Inventário. Incidente de habilitação de crédito. Remessa às vias ordinárias. Reserva de valores. Possibilidade. 1. A decisão que acolhe ou não o pedido de habilitação de crédito desafia agravo de instrumento, mas não constitui erro inescusável a interposição do recurso de apelação, eis que se trata de uma decisão interlocutória mista. 2. As irregularidades relativas à ausência de representação processual e de falta de indicação dos nomes e das qualificações das partes no recurso devem ser superadas, considerando que se trata de mero incidente e que os autos estavam apensados ao inventário, onde constavam os dados e a procuração outorgada ao advogado. 3. A habilitação de crédito é a forma pela qual a obrigação do espólio pode ser satisfeita de maneira menos onerosa, mas é imprescindível que todos os herdeiros concordem com o pagamento. 4. Mesmo que o inventário seja um juízo universal, basta que não se verifique a concordância de todas as partes, quanto ao crédito a ser habilitado, para que haja a remessa da questão às vias ordinárias. 5. A impugnação não necessita de maior fundamentação, pois a discussão acerca do crédito deve ter lugar nas vias ordinárias, constituindo questão de alta indagação a ser solvida. Inteligência dos artigos 1.997, § 1º, do CC, e art. 643 do NCP. 6. Correta a determinação de reserva de bens correspondente à dívida cobrada, nos autos do inventário. Recurso desprovido. (TJRS, AC 70071955447, 7ª C. Cív., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 22/02/2017).

O credor pode requerer a **adjudicação** dos bens reservados, mas precisa aguardar a ultimação do inventário.⁵⁶ É exigida a **concordância** dos herdeiros, pois qualquer deles pode adjudicar os bens. Caso não haja aceitação, os bens reservados serão alienados em **hasta pública**. Humberto Theodoro Júnior sustenta que o credor tem opção entre aguardar a partilha para que ocorra o praxeamento do bem que tocar ao herdeiro que é seu devedor, ou levar o direito hereditário à arrematação. Nesta hipótese, como não foi identificado qualquer bem do monte, a arrematação versará sobre o direito do herdeiro-devedor de participar da partilha.⁵⁷

Ainda que **não vencida** a dívida, é possível a habilitação do crédito e a reserva de bens para oportuno pagamento (CPC 644).

60.1.5. Dívidas depois da partilha

A responsabilidade pelos encargos do falecido vai além da partilha, pois os herdeiros respondem pelas dívidas do espólio na proporção dos bens que receberam (CC 2.023). Consolidada a dívida **antes de ultimado o processo** de inventário e partilha, o ônus pelo pagamento é do espólio.

Quando a dívida aparece **depois da partilha**, nem por isso ela desaparece. Deve ser paga pelos herdeiros, na proporção da herança que cada um recebeu. Assim, o credor precisa acionar todos, formando um **litisconsórcio passivo facultativo** (CPC 113). Cada herdeiro paga o valor correspondente ao quinhão que recebeu e não toda a dívida.⁵⁸

56. Adjudicação compulsória. Bens integrantes de inventário não finalizado. Impossibilidade. Ausência de inexigibilidade da obrigação. Antes do término do inventário, a alienante não é proprietária dos bens, motivo pelo qual não possui condições de cumprir a obrigação assumida de transferi-los ao comprador. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP, AC 1008684-72.2016.8.26.0506, 2ª C. Dir. Priv., Rel. Rosângela Telles, j. 18/12/2017).

57. Humberto Theodoro Júnior, Comentários ao CPC, v. 4, 439.

58. Recurso especial. Omissão, contradição ou obscuridade. Inexistência. Cobrança de dívida do autor da herança. Execução manejada após a partilha. Ultimada a partilha, cada herdeiro responde pelas dívidas do falecido na proporção da parte que lhe coube na herança, limitada a seu quinhão hereditário. Impenhorabilidade do imóvel herdado respeitada. Adoção de conduta contraditória pela parte. Inadmissibilidade. Recurso especial desprovido. 1. A herança é constituída pelo acervo patrimonial ativo e passivo (obrigações) deixado por seu autor, respondendo o patrimônio deixado pelas dívidas até a realização da partilha. 2. Ultimada a partilha, as dívidas remanescentes do de cujus são transmitidas aos herdeiros, que passam a responder pessoalmente, na proporção da herança recebida e limitadas às forças de seu quinhão. 3. A impenhorabilidade do imóvel herdado, ainda que mantida, não afasta a sucessão

Somente quando se tratar de **obrigação indivisível** é que surge a solidariedade entre os herdeiros (CC 276). Acionado um dos herdeiros, ele pode **chamar ao processo** os demais (CPC 130 III).

No caso de o herdeiro perder o bem herdado por **evicção**, dispõe de direito regressivo frente aos demais (CC 2.024), via **denúnciação da lide** (CPC 125 I).

Se um dos herdeiros for **insolvente**, sua quota é rateada proporcionalmente entre os demais (CC 1.999). Com isso, dilui-se o prejuízo entre os herdeiros de forma equitativa.⁵⁹

60.1.6. Legatários

É escancarada a posição privilegiada de que gozam os legatários. O legado conserva-se incólume às dívidas da herança, devendo ser cumprido na sua integralidade. O legatário pode exigir que se aparte o seu legado, tendo preferência no pagamento (CC 2.000).

Nem mesmo pelas **dívidas do espólio** responde o bem que recebeu. Sua responsabilidade só aparece em duas hipóteses: (a) se toda a herança foi dividida em legados ou quando (b) o valor da dívida superar o acervo sucessório destinado aos herdeiros legítimos. Somente quando há risco de redução do legado, tem o legatário legitimidade para se manifestar sobre as dívidas do espólio (CPC 645).

A **redução** do legado ocorre exclusivamente para resguardar a legítima dos herdeiros necessários (CC 1.967 § 1º). Assim, se o testador deixa ao legatário um bem, mas há dívidas, depois de abatidos os débitos é que cabe verificar se o legado não excede à metade disponível. Caso tenha ultrapassado o limite do possível, o legado pode ser reduzido. Com isso, a herança responde pelo pagamento das dívidas, adequando-se o valor do legado.

60.1.7. Devedor herdeiro

Quando algum herdeiro é devedor do espólio, a regra é distribuir a dívida entre os demais (CC 2.001). Ou seja, o crédito do espólio junto a um herdeiro é dividido entre os outros herdeiros. Esta foi a solução encontrada

obrigacional, decorrente, em última análise, da livre aceitação da herança. 4. Recurso especial desprovido (STJ, REsp 1591288 RS 2015/0311366-4, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21/11/2017).

59. Euclides de Oliveira, Inventário e partilha, 418.

pelo legislador para tentar prevenir fraudes e impedir que o herdeiro prejudique seus credores simulando dever ao *de cujus*. Assim, o herdeiro que devia ao falecido passa a dever a todos os coerdeiros. Ele é tratado como se fosse um devedor estranho à sucessão. A lei usa a expressão “igualmente entre todos”, mas não se trata de igualdade numérica, e sim **proporcional** ao quinhão de cada um.

Uma exceção. É assegurada aos herdeiros a faculdade de decidir pela **compensação** do quinhão do herdeiro com sua dívida para com o espólio. Esta prerrogativa não é do herdeiro-devedor, mas dos demais herdeiros, que decidem **por maioria**. Ele não tem direito à compensação, que depende do consentimento dos demais. A vontade do devedor não importa, pois a forma de partilhar o seu débito está nas mãos dos outros herdeiros. Cabe a eles requerer que a dívida seja imputada ao quinhão do herdeiro, procedendo-se à compensação. Democraticamente, exige-se a manifestação de vontade da maioria. Não basta requerimento isolado de qualquer dos herdeiros nem do próprio devedor.⁶⁰

60.2. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO

O falecimento do devedor não leva ao vencimento antecipado de suas dívidas. O credor deve habilitar-se no inventário. A habilitação dos credores – quer do espólio, quer dos herdeiros – é feita por meio de **procedimento incidente** (CPC 642). É distribuída por dependência e autuada em apenso aos autos do inventário. Havendo a concordância de todos, o crédito é habilitado.

A discordância precisa ser fundamentada. A mera recusa não serve como argumento. Requerida a produção de provas, é impróprio estabelecer a discussão na sede do inventário.⁶¹ A decisão não diz que o crédito não existe, mas simplesmente exclui a possibilidade de ele ser reclamado no âmbito da demanda sucessória. Nesta hipótese, há incidência de verba honorária.⁶²

60. Idem, 422.

61. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, 698.

62. Inventário. Habilitação de crédito. Discordância dos herdeiros. Remessa às vias ordinárias. Fixação de honorários. Possibilidade. Apelo conhecido e desprovido. 1. O pedido de habilitação de créditos em inventário é procedimento de jurisdição voluntária. Desse modo, a atuação do magistrado restringe-se a autorizar ou homologar a vontade das partes tendo em vista a inexistência do caráter substitutivo dessa modalidade jurisdicional (art. 642 a 646, do CPC). 2. A simples resistência ao pedido

Reconhecida falta de **certeza e liquidez** do crédito e comprovada a necessidade de dilação probatória, deve o juiz rejeitar a habilitação, ressaltando o direito das partes de levar a discussão para outra sede. Isso é o que se chama de remeter as partes às **vias ordinárias**.

60.2.1. Remessa às vias ordinárias

Quando um credor busca habilitar-se no inventário, o fato de o juiz rejeitar a habilitação do crédito não significa que não há débito, nem que o credor não possa buscar sua cobrança. A decisão não aprecia a existência ou inexistência do crédito. Simplesmente é rejeitada sua habilitação nos autos do inventário. Nada mais.

Negada a habilitação, caso a impugnação não diga respeito com a **quitação** da dívida, pode o juiz determinar a **separação de bens** suficientes para eventual pagamento (CPC 643 parágrafo único).

Cabe ao credor socorrer-se das ações que seu crédito faculta: quando a dívida reclamada é do espólio e tem pertinência com a herança, a demanda é atraída para o juízo do inventário; caso o débito seja do *de cujus* ou de herdeiro, cabe ao credor propor a ação de cobrança no foro competente, não estando prevento o juízo sucessório.

Tanto a habilitação do crédito no inventário, como a remessa do credor às vias ordinárias, são impugnáveis via agravo de instrumento. No entanto, possível a aplicação da fungibilidade recursal na hipótese de ter sido interposta apelação.⁶³ Menos mal, uma vez que o pedido de habilitação é feito em incidente autônomo (CPC 642) e a decisão põe fim ao procedimento.

é suficiente para que a discussão sobre o crédito vindicado seja relegada ao procedimento comum autônomo (art. 643, do CPC). 3. É cediço que são devidos honorários nos processos de jurisdição voluntária nos casos em que há resistência ao pedido (REsp 1431036/SP, 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 17/04/2018, p.24/04/2018). 4. Apelo conhecido e desprovido (TJDF 20150710257950/DF, 4ª T., Rel. Luís Gustavo B. de Oliveira, j. 13/02/2019, p. 20/02/2019).

63. Habilitação de crédito. Inventário. Recurso cabível. Da decisão que acolhe ou não o pedido de habilitação de crédito cabe agravo de instrumento, todavia, aplicável, na espécie, o princípio da fungibilidade recursal. Habilitação de crédito. Remessa às vias ordinárias. O pedido de habilitação de crédito, em inventário, será indeferido quando houver discordância dos herdeiros, remetendo a discussão às vias ordinárias. Apelação provida (TJRS, AC 70078016417 RS, 7ª C. Cív., Rel. Jorge Luís Dall'Agno, j. 29/08/2018, p. 03/09/2018).

60.2.2. Penhora no rosto dos autos

Já que o **credor do espólio** tem como garantia todo o patrimônio hereditário, pode pedir a penhora sobre qualquer bem da herança, tal qual faria com relação ao patrimônio do falecido, se ele vivo fosse. O credor que move a ação contra o espólio pode requerer que a penhora seja averbada nos autos do inventário, para ser paga quando da partilha.⁶⁴ É o que se chama de penhora no rosto dos autos (CPC 860). O credor, inclusive, pode participar do inventário.⁶⁵

Havendo direito à **meação**, a penhora não pode recair sobre a totalidade dos bens, hipótese em que dispõe o meeiro de legitimidade para opor **embargos de terceiro**.⁶⁶

64. Agravo de instrumento. Direito processual civil. Sucessão. Inventário. Penhora no rosto dos autos. Dívida do *de cujus*. Finalização do inventário que se impõe. Plano de partilha que deverá observar o crédito de terceiro perfectilizado na penhora no rosto dos autos. Recurso parcialmente provido. (TJRS, AI 70080211980/RS, 7ª C. Cív., Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 17/12/2018, p. 18/12/2018)
65. Ação de execução de alimentos. Penhora dos direitos hereditários do devedor no rosto dos autos do inventário. Adjudicação pelos alimentandos. Possibilidade. Competência. Juízo da Família. [...] Discute-se a possibilidade de adjudicação, pelos credores de alimentos, dos direitos hereditários do devedor, penhorados no rosto dos autos de inventário, bem como qual o Juízo competente para fazê-lo. 3. Considerando-se que “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei” (art. 591 do CPC [de 1973]); que, desde a abertura da sucessão, a herança incorpora-se ao patrimônio do herdeiro, como bem imóvel indivisível; e que a adjudicação de bem imóvel é técnica legítima de pagamento, produzindo o mesmo resultado esperado com a entrega de certa quantia; exsurge, como corolário, a conclusão de que os direitos hereditários do recorrido podem ser adjudicados para a satisfação do crédito dos recorrentes. 4. Ante a natureza universal da herança, a adjudicação dos direitos hereditários não pode ser de um ou alguns bens determinados do acervo, senão da fração ideal que toca ao herdeiro devedor. 5. Na espécie, a adjudicação do quinhão hereditário do recorrido, até o quanto baste para o pagamento do débito, autoriza a participação dos recorrentes no processo de inventário, sub-rogando-se nos direitos do herdeiro, e se dá *pro soluto* até o valor do bem adjudicado. 6. Assim como o Juízo de Família determinou, por carta precatória, a penhora dos direitos hereditários no rosto dos autos do inventário, que tramita perante o Juízo de Órfãos e Sucessões, incumbe-lhe o prosseguimento da execução, com a prática dos demais atos necessários à satisfação do crédito, adjudicando aos credores, se o caso, a cota-parte do devedor de alimentos, limitado ao valor do débito. 7. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 1.330.165, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13/05/2014).
66. Embargos de terceiro. Imóvel. Penhora. Bem de família. Legitimidade da viúva meeira. 1. Tem a viúva meeira, detentora da posse do imóvel, legitimidade para defender a impenhorabilidade do imóvel em que reside, por se tratar de bem de

Em se tratando de **débito do herdeiro**, a penhora só pode incidir sobre o quinhão que o herdeiro tem a receber.

Na ação movida contra o espólio, os herdeiros podem autorizar o inventariante a nomear bens para serem reservados à penhora. Com a concordância de todos, o credor tem o direito de **adjudicar** o bem. Também é possível que o juiz autorize a venda de bens mediante **alvará** para o pagamento do credor. A solução menos vantajosa é a alienação em hasta pública.

LEITURA COMPLEMENTAR

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. Parte especial. Do direito das Sucessões. Artigos 1.857 a 2.027. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21, p. 401-404.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 7, p. 413-422.

família. Impossibilidade de se reconhecer a impenhorabilidade apenas de parte do imóvel, relativo à meação, face à sua indivisibilidade. 2. Em comprovado nos autos que se trata de único imóvel de propriedade da embargante e do executado e que é utilizado pela viúva do devedor para fins de residência, mostra-se impositivo o reconhecimento da impenhorabilidade por se tratar de bem de família. APELO DES-PROVIDO. VOTOS VENCIDOS. (Apelação Cível Nº 70075638288, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 31/08/2018) (TJRS, AC 70075638288/RS, 1ª C. Cív., Rel. Carlos Roberto Lofego Canibal, j. 31/08/2018, p. 12/09/2018).

61

PARTILHA

Sumário: **61.1.** Características: **61.1.1.** Procedimento – **61.2.** Partilha em vida – **61.3.** Partilha amigável – **61.4.** Partilha judicial – **61.5.** Bens indivisíveis – **61.6.** Anulação da partilha – **61.7.** Sobrepartilha – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.320 § 2.º, 1.489 IV, 2.013 a 2.022, 2.027; CPC 515 IV, 611, 647 a 658, 796; Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos – LRP) 167 I 24 e 25; Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional – CTN) 192.

61.1. CARACTERÍSTICAS

Com o falecimento do autor da herança, cabe aos herdeiros uma parte **ideal** e **indeterminada** do acervo sucessório. Daí a necessidade de se proceder sua divisão por meio da partilha. Primeiro é preciso definir o **quinhão** de cada herdeiro, para depois lhe transferir a posse. A partilha é o ponto culminante da liquidação da herança, na medida em que põe termo ao estado transitório do espólio, através da entrega do acervo individualizado a cada herdeiro, na proporção do respectivo quinhão. Esta é a fase final do processo de inventário, na qual se promove a divisão oficial do patrimônio líquido identificado durante o inventário, encerrando-se a comunhão sobre a universalidade dos bens da herança.¹

Partilha não se confunde com **divisão**. Os bens partilháveis podem ser divisíveis ou indivisíveis. Os bens divisíveis podem ser partilhados e, consequentemente, divididos em tantas partes quantos forem os herdeiros; podem ser partilhados de modo desigual; podem ficar integralmente na quota de um herdeiro. Em qualquer dessas situações, operou-se a partilha.²

1. Francisco Cahali, in Francisco Cahali e Giselda Hironaka, *Direito das Sucessões*, 404.
2. Paulo Lôbo, *Direito Civil: Sucessões*, 223.

Por meio da partilha, se identifica a parcela de bens destinada a cada herdeiro. As quotas **ideais** se tornam **reais**. Passa-se do estado de comunhão *pro indiviso* ao estado de quotas completamente separadas *pro diviso*.³ A partilha é simplesmente **declarativa**, e não atributiva de direitos. O herdeiro adquire a propriedade não em virtude da partilha, mas por força da abertura da sucessão.⁴

Descabe a divisão somente se o herdeiro que estiver com a posse dos bens alegar a ocorrência de **usucapião**. Há muito se encontra pacificado o entendimento de que entre herdeiros é possível tal modalidade de aquisição do domínio. Mas é necessário comprovar a presença do *animus domini*, ou seja, do ânimo de dono, bem como o exercício exclusivo da posse por todo o período aquisitivo. Descabido é somar o período da posse do *de cujus*, o que é chamado de **sucessio possessionis**. O prazo é de 15 anos, para que o possuidor impeça a partilha invocando prescrição aquisitiva (CC 1.238).

61.1.1. Procedimento

Traz a lei processual, de forma didática, os princípios a serem obedecidos (CPC 648). O **valor** do bem não é o único critério a nortear a partilha. Liquidez, perspectiva de valorização, localização, utilidade ao sucessor etc., são características que devem ser consideradas em uma partilha isonômica.⁵

Podem os herdeiros partilhar os bens das seguintes formas:

- a) celebrar **contrato de partilha**, por instrumento público (independentemente de homologação judicial);
- b) transigir **fora do processo** (por instrumento particular), pondo fim à eventual desavença surgida no inventário;
- c) transigir **nos autos do inventário**, por escrito particular ou por termo nos autos.

Os atos firmados particularmente, que dependem de homologação judicial, são somente os que precisam ser levados ao registro imobiliário (LRP 167 I 24 e 25).⁶

3. Eduardo de Oliveira Leite, *Direito Civil aplicado*, v. 6, 356.

4. Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, *Inventários e partilhas*, 431.

5. Rodrigo Ramina de Lucca, *Breves Comentários ao novo CPC*, 1.551.

6. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil comentado*, 1.196.

Qualquer herdeiro – quer legítimo, quer testamentário, bem como o cessionário e o credor do herdeiro – pode requerer a partilha dos bens que, desde a morte do autor da herança, pertencem em condomínio indiviso a todos eles.

Mesmo que o testador tenha **proibido a divisão**, esta determinação não prevalece (CC 2.013). Não pode ele impor a permanência do estado condominial. A cláusula é **ineficaz** e tida como não escrita.

Deferida **reserva** de quinhões e créditos a favor de possíveis herdeiros ou credores do espólio, a título de **tutela provisória**, a medida perde a **eficácia** se o herdeiro não admitido ou o titular do crédito contestado não promover, no prazo de 30 dias, a **ação principal**. Nessa hipótese, os bens reservados retornam ao inventário para serem objeto de partilha entre os herdeiros (CPC 668 I).

As tutelas de urgência do processo de inventário e partilha não configuram **medidas satisfativas**; são **protetivas e assecuratórias** de eventuais direitos.⁷ São deferidas quando há a remessa das partes às vias ordinárias. O prazo flui da data em que houve a intimação da decisão que excluiu o herdeiro, inadmitiu o credor, ou quando ocorreu a extinção do processo de inventário.

A contar da data da abertura da sucessão, é fixado o **prazo de dois meses**, para o processo de partilha ser instaurado, devendo ser ultimado nos 12 meses subsequentes. Como o prazo pode ser dilatado, sem quaisquer consequências, os processos se eternizam.

Depois de pagos os **credores**, ou separado crédito para atender a estes encargos, tem início o procedimento da partilha. No prazo de 15 dias devem os herdeiros formular o **pedido de quinhão**, indicando os bens que preferem.

Pode o juiz deferir a qualquer herdeiro **a posse de determinado bem**, que integrará a sua cota quando do término do inventário (CPC 647 parágrafo único).

Por sentença, o juiz **delibera sobre a partilha**.

Cabe ao **partidor** – onde ainda existir serventuário da justiça incumbido deste dever – organizar o **esboço de partilha**. Há uma ordem para os pagamentos (CPC 651).

Feito o esboço, colhida a manifestação das partes, no prazo comum de 15 dias, **a partilha** é lançada nos autos (CPC 652). Pago o **imposto de**

7. Rodrigo Ramina de Lucca, Breves Comentários ao novo CPC, 1.566.

transmissão ou garantido o pagamento à Fazenda Pública, o juiz julga a partilha por **sentença** (CPC 654). Não só o imposto de transmissão deve estar pago, também devem estar quitados os **tributos** relativos aos bens do espólio ou às suas rendas (CTN 192).

A existência de **dívida** para com o Fisco não impede o julgamento da partilha, mas seu pagamento deve estar garantido (CPC 654 parágrafo único).

Apesar de falta de unanimidade em sede jurisprudencial, tanto a decisão que delibera sobre a partilha como a que a homologa desafiam recurso de **apelação** (CPC 1.009).

Depois do trânsito em julgado da sentença, expede-se a favor de cada um dos herdeiros um **formal de partilha**, nada mais do que uma cópia dos principais documentos do processo (CPC 655).

Quando o quinhão dos herdeiros não for superior a cinco salários mínimos, não há a necessidade de ser expedido formal de partilha. Basta simples certidão (CPC 655 parágrafo único).

O formal de partilha é **título executivo judicial** contra o inventariante e os sucessores legítimos e testamentários (CPC 515 IV).

Os bens pertencem aos herdeiros desde a abertura da sucessão e o direito de propriedade não se extingue pela ausência do inventário, ainda que de forma indivisa.

61.2. PARTILHA EM VIDA

É chamada de partilha em vida a possibilidade de o autor da herança proceder à divisão da **parte disponível** de seus bens, por ato *inter vivos* ou por meio de testamento (CC 2.018), a favor dos herdeiros necessários ou de estranhos à sucessão.

Quando a partilha é levada a efeito por **testamento**, trata-se de singela instituição de herdeiros testamentários, não podendo atingir a parte **indisponível** do acervo patrimonial.

Quando decorre de ato *inter vivos*, configura **doação**, e pode ser feita por **escritura pública**, **escrito particular** ou **verbalmente**, a depender do que é transmitido. Em se tratando de **bem imóvel**, é indispensável **forma pública** e a **outorga uxória** do cônjuge ou companheiro do doador.

Ditos atos de liberalidade têm um limite: o doador precisa **reservar bens** suficientes à sua subsistência (CC 548), bem como respeitar a **legítima**

dos herdeiros necessários (CC 1.846). Se a doação ultrapassa a parte disponível, é chamada de **doação inoficiosa**. E, no que excedeu, é nula (CC 549).

Feita a partilha em vida a favor dos **herdeiros necessários**, recebe o nome de **sucessão antecipada**, pois configura **adiantamento de legítima** (CC 544). Para que isso não ocorra, é preciso que tal fique explícito. O doador deve dispensar o beneficiário de trazer o bem doado à **colação** (CC 2.005).

Os bens transferidos por meio de partilha em vida não entram no inventário do doador. Mas, ainda que correspondam à parte disponível, precisam ser trazidos à **conferência** para verificar se não houve excesso além do limite legal. Tanto na **doação** (CPC 639 parágrafo único) como no **testamento**, considera-se o valor dos bens no momento da abertura da sucessão.

Se os contemplados em excesso foram os **herdeiros**, trazidos os bens à **colação**, cabe ser feita a devida compensação (CC 2.002). Se os beneficiados foram **terceiros** estranhos à sucessão, é necessário **reduzir** o ato de liberalidade (CC 1.967).

Quando a partilha é entre os herdeiros e corresponde à parte disponível dos bens, podem ser contemplados todos ou alguns herdeiros, não sendo necessário respeitar a **igualdade dos quinhões**.

61.3. PARTILHA AMIGÁVEL

Admite a lei a possibilidade de a partilha ser levada a efeito de modo amigável. Basta os herdeiros serem maiores e capazes. A partilha é **negócio jurídico transacional** e exige, para sua validade, os requisitos do negócio jurídico.⁸ Pode ocorrer por escritura pública, nos autos do arrolamento ou por documento particular levado à homologação judicial (CC 2.015). A existência de **testamento** não inibe a partilha amigável, mas torna indispensável o processo judicial do arrolamento (CPC 659). Também impede a partilha extrajudicial (CPC 610 § 1º).

Homologada a partilha e expedido o respectivo **formal**, o Fisco é intimado para lançar administrativamente o imposto de transmissão e outros tributos (CPC 659 § 2º). A existência de dívida para com a Fazenda Pública não impede a partilha, desde que seja garantido o pagamento (CPC 654 parágrafo único). A **partilha extrajudicial** dispensa homologação (CPC 610).

8. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código Civil comentado, 1.196.

Ainda que, por divergências entre os herdeiros, o processo de inventário tenha iniciado pelo rito solene, a qualquer tempo, superadas as razões do conflito, eles podem proceder à partilha amigável. Basta apresentarem a partilha para ser tomada a termo nos autos do inventário ou mediante petição dirigida ao juiz. Em ambas as hipóteses, é indispensável **homologação**.

Optando por proceder à partilha por **escritura pública**, o juiz não intervém. Neste caso, basta pleitearem a extinção do inventário, juntando cópia do ato notarial.

Não se pode chamar de partilha amigável a **partilha em vida** levada a efeito pelo *de cujus* (CC 2.018). Ainda que o **adiantamento de legítima** (CC 544) não deixe de ser uma forma de divisão de bens, são possibilidades de partilhamento que não se confundem. Doações a herdeiros necessários configuram antecipação de herança, e os beneficiados precisam trazer os bens recebidos à colação quando da abertura da sucessão. Dispensados os herdeiros da colação, trata-se de partilha em vida da parte disponível do patrimônio do doador. Os bens não vêm a inventário.

A partilha amigável, por se tratar de ato negocial entre partes capazes, não fica adstrita ao princípio igualitário absoluto. Pode ser feita com relação aos atributos da propriedade.

Usufruto e nua-propriedade são destacáveis, constituindo direitos autônomos. Assim, possível ser atribuída a **nua-propriedade** a um herdeiro, restando o outro o **usufruto**.⁹ A forma de operacionalizar esta partilha é por meio da **cessão**, retendo o herdeiro para si o usufruto vitalício. Quando o meeiro quer deixar a favor dos herdeiros o usufruto dos bens recebidos, também é necessário que o faça através de cessão, pois meação não é herança.

61.4. PARTILHA JUDICIAL

Como o nome diz, partilha judicial é a levada a efeito em juízo e pode ocorrer por meio de **inventário solene** (CPC 610) ou **arrolamento comum** (CPC 664). As partes podem eleger a forma da partilha. É indispensável a partilha judicial quando:

- a) existir testamento;
- b) não houver acordo entre os herdeiros;

9. Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, Inventários e partilhas, 432.

- c) ou algum dos herdeiros for incapaz ou estiver ausente (CPC 610 § 1º).

A distinção entre partilha judicial e amigável diz com a **capacidade** das partes. Conforme Euclides de Oliveira, a forma amigável somente cabe para interessados maiores e capazes, enquanto as situações remanescentes, de divergências ou de incapacidade, sujeitam-se ao crivo do juízo do inventário.

Outra distinção: escolhida a via judicial, a partilha amigável só depende de decisão homologatória, enquanto a partilha judicial reclama julgamento efetivo, com sentença de mérito.¹⁰

Quando as partes não chegam a um acordo, cabe ao juiz deliberar sobre a partilha. Antes de decidir, intima as partes para formularem o **pedido de quinhão** (CPC 647). Deve atentar-se à preferência das partes, observando a maior igualdade possível quanto aos bens, sua natureza e qualidade (CC 2.017 e CPC 648 I).

Ainda que não se trate de quinhão hereditário, o juiz delibera sobre a **meação** do cônjuge ou companheiro sobrevivente. É que os bens a que eles têm direito vão integrar a partilha (CPC 651 II).

A partilha pode estabelecer frações ideais sobre o mesmo bem ou atribuir bens distintos aos herdeiros. Mas é melhor evitar que fiquem em condomínio para prevenir futuros litígios e posterior demanda de extinção da copropriedade. O estado de indivisão somente deve permanecer se for desejado pelos interessados ou houver impossibilidade de partilhamento.

61.5. BENS INDIVISÍVEIS

Os bens insuscetíveis de divisão cômoda, que não couberem na parte do **cônjuge** ou **companheiro**, ou no quinhão de um só herdeiro (CC 2.019 § 1º), serão **licitados** entre os interessados ou vendidos judicialmente. O produto da venda é dividido entre os herdeiros (CPC 649). A possibilidade da venda do bem existe ainda que haja herdeiros menores ou incapazes. Tanto que, se houver interesse de **nascituro**, o seu quinhão fica em poder do inventariante até o seu nascimento (CPC 650).

Quando o bem indivisível não puder ficar contido na parte de um único herdeiro, pode ser partilhado para dois ou mais herdeiros, que se tornarão titulares de partes ideais. Houve partilha, mas não divisão.

10. Euclides de Oliveira, Inventário e partilha, 428.

As linhas de partilha nem sempre coincidem com a situação das coisas. Estabelecida pelo testador a indivisibilidade de bem naturalmente divisível, tal estado não pode exceder a **cinco anos**, findos os quais deve o bem ser dividido amigavelmente ou por decisão judicial (CC 1.320 § 2.º).¹¹

Podem os herdeiros acordar que o bem seja adjudicado a todos, tornando-se eles **coproprietários**. Institui-se um **condomínio**. Tal situação não se confunde com o estado de **comunhão** que se instala quando da abertura da sucessão. Como observa Euclides de Oliveira, morto o autor da herança, seus bens formam uma universalidade jurídica (comunhão geral de bens entre herdeiros); depois da partilha, caso haja bens que não possam ser partilhados, em decorrência de indivisibilidade real, pode-se criar um **condomínio** entre os herdeiros, até que sejam vendidos ou adjudicados.¹²

Inexistindo consenso para a constituição de condomínio e não cabendo o bem no quinhão de um só herdeiro, pode ser adjudicado por um ou mais coerdeiros. Adjudicado o bem por um dos herdeiros, para garantir o seu quinhão ou a “torna da partilha”, podem os demais exigir **hipoteca legal** (CC 1.489 IV).

Não havendo interesse na adjudicação por qualquer dos herdeiros, o jeito é vender o bem em **leilão** (CPC 730), dividindo o produto da venda entre os herdeiros. A alienação pode ser levada a efeito por iniciativa particular ou leilão judicial eletrônico ou presencial (CPC 879 a 903).

Quanto a bens outros que não admitem divisão cômoda, de modo a comprometer sua identidade ou seu valor, a solução é a mesma:

- a) adjudicar em favor de um ou alguns herdeiros, mediante o pagamento em dinheiro aos demais; ou
- b) vender e dividir o valor obtido entre os herdeiros.

A **venda judicial** só se justifica se existirem herdeiros incapazes ou ausentes.

Ainda que haja divergência entre os herdeiros, sendo eles capazes, dispensável a venda por **hasta pública** que, de regra, alcança preço abaixo do valor real.

11. Paulo Lôbo, *Direito Civil: Sucessões*, 223.

12. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil comentado*, 1.199.

61.6. ANULAÇÃO DA PARTILHA

Há duas ordens de “caducidade” que levam à desconstituição da partilha, quer judicial, quer extrajudicial. Se presentes os vícios ou defeitos que invalidam os **negócios jurídicos** (CC 138 a 165), a ação é a anulatória da partilha (CC 2.027). A lei civil confere o prazo de **um ano** para a partilha ser anulada (CC 2.027 parágrafo único).

Também é de **um ano** o **prazo** para buscar a anulação da **partilha amigável**, levada a efeito por escritura pública, termo nos autos ou documento particular homologado pelo juiz, sob a alegação de dolo, coação erro essencial ou intervenção de incapaz. O marco inicial depende da **natureza do vício**. Quando a alegação é ocorrência de **coação**, o prazo flui do dia em que a coação cessou; em caso de **erro ou dolo**, do dia em que foi realizado o ato. A **incapacidade** do herdeiro cabe ser alegada a partir da data em que ele se tornou capaz (CPC 657).

Quando se trata de vício que se localiza no **processo judicial** ou a partilha julgada por **sentença**, cabe o uso da **ação rescisória** (CPC 658). Não é o caso de ação anulatória, porque não se impugna ato das partes, mas decisão de mérito.¹³ A ação rescisória dispõe de rito próprio (CPC 966 a 975). É proposta perante o Tribunal e não no juízo de primeiro grau. O direito à rescisão extingue-se em **dois anos** do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo (CPC 975).

Afirma Rodrigo de Lucca que a previsão taxativa das hipóteses de anulação é indesejável e pode gerar dificuldade de interpretação, em face da remissão feita ao art. 966 § 4º do CPC, que autoriza a anulação de sentença homologatória sempre que a lei previr a invalidade do negócio celebrado entre as partes. Não bastasse isso, o art. 2.027 do CC dispõe que a partilha é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos. Daí afirma que, tendo o legislador optado por manter a distinção entre **ação anulatória** e **ação rescisória**; como o vício que macula a partilha amigável tem natureza material, e não processual, sustenta ser razoável concluir que as hipóteses previstas no art. 657 do CPC não são taxativas, prevalecendo a regra do Código Civil e do art. 966 § 4º do CPC.¹⁴

Quando houver **preterição de herdeiro**, a partilha é **nula** e não anulável. Também o é se houver exclusão de herdeiro testamentário ou inclusão de quem não é herdeiro. Desnecessário o uso da via rescisória que, inclusive,

13. Idem, 1.202.

14. Rodrigo Ramina de Lucca, Breves Comentários ao novo CPC, 1.557.

tem prazo limitado e foro privilegiado.¹⁵ Se o herdeiro é excluído, por não constar da declaração dos sucessores ou por não ter sido citado para o inventário, o julgado, por ser *res inter alios acta*, não pode prevalecer contra quem tinha interesse legítimo em ser citado no processo e não o foi.¹⁶

A ação de **petição de herança** serve exatamente para corrigir este erro. Leva à nulidade da partilha e o prazo prescricional é de **10 anos** (CC 205), que flui a partir do momento em que o herdeiro tomou conhecimento da partilha. Conforme Silvio Rodrigues, é incontestável o caráter reivindicatório da petição de herança.¹⁷

Os prazos para a propositura de demanda para a desconstituição da partilha são:

1 ano – para a **anulação** da decisão homologatória da partilha amigável (CPC 657 parágrafo único);

2 anos – para a ação **rescisória** da sentença de partilha judicial (CPC 655 e 975);

10 anos – para a ação de **petição de herança** de herdeiro preterido do inventário (CC 205).

Cabe atentar que a nulidade ou anulabilidade pode estar na partilha, e somente nela, como pode já estar vindo desde o inventário que a antecede e prepara. Se o vício é somente da partilha, e não de todo o inventário, anulada a partilha é de se fazer outra logo a seguir e nos mesmos autos, com observância das regras descumpridas ou com os préstimos esperados.¹⁸ Em igual sentido, Carlos Maximiliano: as nulidades tanto podem existir só em partilha, como encontrar-se no inventário a que esta pertence, e por isso inutilizar o processo divisório final. Daí sustentar a existência de duas espécies de nulidade: **absoluta** é a nulidade insanável que torna nulo

15. Ação anulatória de partilha. Herdeiro necessário preterido. Nulidade reconhecida. Atos jurídicos posteriores. Anulação. Necessidade. Adquirentes de boa-fé. Irrelevância – Reforma parcial da sentença. É nula a partilha sem a participação do herdeiro necessário cujo nome foi omitido no registro de óbito e, via de consequência, preterido. Sendo nula a partilha, devem ser anulados todos os atos jurídicos delas decorrentes, por tratar-se de ato praticado por quem não detinha legitimidade para a cessão dos direitos hereditários. (TJMG, AC 1.0271.13.005661-4/001, 3ª C. Cív., Rel. Des. Elias Camilo, j. 23/02/2017).

16. Euclides de Oliveira, Inventário e partilha, 440.

17. Silvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7. 304.

18. Hamilton de Moras e Barros, Comentários ao CPC, v. IX, 260.

o **inventário** e, em consequência, inoperante a partilha; e **relativa** quando infirma a **partilha** por erro, dolo ou coação.¹⁹

61.7. SOBREPARTILHA

Para dar celeridade à partilha, admite a lei que a divisão dos bens de difícil partição seja deixada para depois. Dividem-se os bens existentes e desembaraçados. Quando alguns estão situados em **lugar remoto**, são alvo de **litígio ou de demorada e difícil liquidação**, é possível realizar a partilha em momento posterior. Isso também ocorre quando surgem bens outros depois de ultimada a partilha. Em todos esses casos, impõe-se a sobrepartilha (CC 2.021 e 2.022). Nada mais do que um complemento da partilha anteriormente feita, por ter havido omissão de bens que deveriam ser atribuídos aos sucessores.²⁰

Tanto a lei civil (CC 2.021 e 2.022) como a lei de processo (CPC 669) identificam os bens que podem ser sobrepartilhados: os sonegados; os que forem descobertos depois da partilha; os litigiosos; os de liquidação difícil ou morosa; os situados em lugar remoto da sede do juízo onde se processa o inventário.

Não há limitação quanto ao número de sobrepartilhas, tampouco limite temporal para que ocorram.²¹

Quando é preterida a partilha dos bens litigiosos e dos situados em lugares remotos, persistem as atribuições do **inventariante** mesmo depois de ultimado o inventário.

A sobrepartilha ocorre nos **mesmos autos** do inventário, mediante recondução do inventariante ao cargo e renovação dos atos essenciais, relativos à declaração dos bens, intimação dos herdeiros e da Fazenda, recolhimentos fiscais e formulação da partilha. Pode ser levada a efeito por via amigável ou judicial (CPC 670).

Ainda que o inventário tenha sido judicial, é possível que a sobrepartilha ocorra por escritura pública. Basta que haja acordo entre os interessados e todos os herdeiros sejam maiores e capazes.

Caso o inventário tenha sido levado a efeito extrajudicialmente, a sobrepartilha reclama nova escritura.

19. Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, 451.

20. Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, *Inventários e partilhas*, 449.

21. Francisco Cahali e Karin Regina Rosa, *Escrituras públicas*, 86.

LEITURA COMPLEMENTAR

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Inventário e partilha. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 399-452.

____; AMORIM, Sebastião Luiz; *Inventário e partilha*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RODRIGUES, Tatiana Antunes Valente. Da partilha. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.). CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria (coords.). *Direito das Sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008. v. 8, p. 261-267.

TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil*. Impactos, diálogo e interações. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.

62

GARANTIA DOS QUINHÕES HEREDITÁRIOS

Sumário: **62.1.** Partilha e fim do estado de comunhão da herança – **62.2** Evicção: **62.2.1.** Herdeiro insolvente – **62.3.** Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CC 2.023 a 2.026.

62.1. PARTILHA E FIM DO ESTADO DE COMUNHÃO DA HERANÇA

A partir do momento da morte de alguém, os herdeiros – todos eles – tornam-se proprietários de todo o acervo hereditário. Forma-se uma **universalidade de direito** (CC 91). A herança se constitui em um **estado de comunhão total**, de forma **indivisa**, e assim permanece durante o processo de inventário.

É a **partilha** que acaba com o estado de comunhão. Este é seu efeito principal: extinguir a indivisão.¹ Perdem os herdeiros a qualidade de comunheiros.² Cada um se torna titular exclusivo do seu quinhão. Quando isso ocorre, o direito do herdeiro fica circunscrito aos bens recebidos (CC 2.023). Embora a partilha acabe com o estado de comunhão dos bens – indesejável fonte de atritos –, não encerra a necessidade de ser mantida a igualdade dos quinhões de cada herdeiro, de acordo com o título que possui.³

1. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 440.
2. Salomão de Araújo Cateb, Direito das Sucessões, 291.
3. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código Civil comentado, 1.201.

62.2. EVICÇÃO

Evicção é a perda de um bem em virtude de **sentença judicial** (CC 447 a 457). Quem transfere **onerosamente** bem garante o comprador dos riscos da evicção. Ou seja, se responsabiliza pela higidez da transação. É a garantia da boa compra. Caso venha o adquirente a **perder o bem**, por fato anterior à compra, tem o direito de ressarcir-se junto ao vendedor. O alienante responde pela evicção. A responsabilidade do alienante decorre da lei, sem necessidade de ser prevista no contrato. No entanto, as partes podem convencionar a dispensa de tal responsabilidade.

Em sede de direito sucessório, após a partilha, eventual perda do bem é de responsabilidade do seu titular. No entanto, caso venha o herdeiro a perder o quinhão que recebeu por fato **anterior** à partilha, injusto que seja ele o único prejudicado. A perda não pode ser sofrida apenas por aquele a quem coube o bem, até por ferir o princípio fundamental da igualdade da partilha (CC 2.017).⁴ Daí a exceção. Quando a perda decorre por vício de evicção, **a responsabilidade é de todos**. A perda de um é perda para todos. Cada um deve indenizar o herdeiro que ficou sem o bem.

Desse modo, se o herdeiro vem a perder o bem que recebeu na partilha, por fato que não pode ser imputado a ele, tal acarreta a diminuição do acervo sucessório. É como se o bem nunca tivesse existido. O herdeiro que perde o bem equivale a um adquirente de coisa alheia, *a non domino* – por isso é que, concorrendo na herança com outros herdeiros, não pode ser prejudicado pela má sorte de lhe ter sido atribuído exatamente um bem nessas condições.⁵

Para evitar que se refaça a divisão, é atribuída a cada herdeiro a responsabilidade de **repor** a parte perdida na proporção da herança que recebeu. Sofrendo cada herdeiro a redução proporcional de sua quota, se restabelece a igualdade, com a **retificação** da partilha pela exclusão do bem evicto, que – ao fim e ao cabo –, não fazia parte do patrimônio do falecido. E segue Arnaldo Rizzardo: no cômputo do valor, a divisão do *quantum* a ser reposto envolve todos os herdeiros. Inclusive o prejudicado pela evicção. Nessa ordem, sendo cinco herdeiros, e perdendo um deles sua quota, o atingido pela perda recebe somente quatro partes, eis que ele também participa do rateio.⁶

4. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 441.

5. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 406.

6. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 754.

A apuração do prejuízo resultante da evicção toma por base o **valor da coisa ao tempo da homologação da partilha**, devidamente corrigido. Como antes não era titular do bem, não há como adotar o critério legal (CC 450 parágrafo único): que o preço é o do valor da coisa na época em que se “evenceu”.

Como lembra Sílvio Venosa, não só a perda judicial, também a perda administrativa constitui evicção.⁷ Do mesmo modo, a perda por **usucapião** gera direito ressarcitório.

62.2.1. Herdeiro insolvente

Se entre os herdeiros houver um insolvente, a parte que caberia a ele pagar em face da evicção, é dividida entre os demais de forma proporcional. O herdeiro que faz jus à indenização participa do cálculo, mas não entra no rateio. É o que tenta explicar a lei, ainda que de forma confusa (CC 2.026). Se um ou mais herdeiros forem insolventes, a divisão se procede pelo número de herdeiros restantes, nele incluído o atingido pela evicção. A insolvência de um aumenta a responsabilidade dos demais na indenização a ser prestada ao evicto.⁸ Como regra geral, todos os herdeiros respondem pela indenização. Havendo um herdeiro insolvente, a obrigação de mútua indenização, na verdade, reequilibra a partilha.⁹

Não surge a obrigação pelo ressarcimento em três hipóteses:

- a) quando o herdeiro dispensa os demais;
- b) se a perda ocorreu por culpa do herdeiro; ou
- c) a causa da perda foi posterior à partilha (CC 2.025).

Assim, no caso de falência, desapropriação, força maior posterior à partilha, quem assumiu o bem assume sozinho os prejuízos, não tendo direito de regresso contra os demais.¹⁰

62.3. ASPECTOS PROCESSUAIS

Promovida a ação contra o herdeiro, que pode levá-lo a perder o bem herdado por fato anterior à partilha, cabe a ele **denunciar à lide** os demais herdeiros (CPC 125 I).

7. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 406.

8. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 754.

9. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 406.

10. Itabaiana de Oliveira, Tratado de Direito das Sucessões, v. 3, 481.

A denunciação não é obrigatória. A omissão em convocar ao processo os demais herdeiros, não leva à perda do direito indenizatório.

Perdido o bem, o herdeiro pode propor a ação contra os demais, para que seja redefinida a partilha.

É quase uma ação de sobrepartilha às avessas. Forma-se no polo passivo um **litisconsórcio necessário**. A sentença dispõe de carga de **eficácia condenatória**.

LEITURA COMPLEMENTAR

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6.

VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. Parte especial. Do direito das sucessões. Arts. 1.857 a 2.027. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21, p. 440-442.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 7.

63

COLAÇÃO

Sumário: **63.1.** Doação inoficiosa: **63.1.1.** Venda de ascendente a descendente – **63.2.** Obrigados à colação: **63.2.1.** Descendentes; **63.2.2.** Ascendentes; **63.2.3.** Cônjuge e companheiro sobrevivente; **63.2.4.** Casal; **63.2.5.** Direito de representação; **63.2.6.** Donatário; **63.2.7.** Herdeiros não necessários – **63.3.** Bens sujeitos à colação: **63.3.1.** Frutos e rendimentos; **63.3.2.** Doações indiretas; **63.3.3.** Venda; **63.3.4.** Perecimento – **63.4.** Apuração do valor – **63.5.** Cálculo da parte disponível – **63.6.** Cálculo da legítima – **63.7.** Cálculo dos quinhões – **63.8.** Redução do excesso – **63.9.** Herdeiros testamentários e legatários – **63.10.** Dispensa da colação: **63.10.1.** Doação a quem se torna herdeiro necessário; **63.10.2.** Gastos dos ascendentes com os descendentes; **63.10.3.** Doações remuneratórias – **63.11.** Concordância do cônjuge – **63.12.** Prescrição – **63.13.** Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CC 496, 544, 1.848, 1.992, 2.002 a 2.012; CPC 639 a 641.

A palavra soa esquisita: colação. Vem de *collatio*, que significa conferir, colacionar, isto é, **trazer à conferência**. Dá ideia de cotejo, confronto, comparação de bens sujeitos a partilha.¹ Enfim, nada mais do que o dever do herdeiro de trazer a juízo as **doações que recebeu para possibilitar a divisão igualitária da herança**. É o que se chama de “trazer à colação”.

Todo ato de liberalidade a favor de **um dos descendentes** precisa ser conferido quando da abertura da sucessão, para comprovar se a doação extrapolou ou não a parte disponível da herança. Isto porque, os bens a ele

1. Euclides de Oliveira, Colação e sonegados, 384.

doados em vida são reconhecidos como retirados da **legítima dos herdeiros necessários** e não da metade disponível. A colação não visa preservar a integralidade do acervo hereditário (como se todas as doações fossem reversíveis), mas tende a **igualar as legítimas** dos descendentes.²

Essa obrigação não é imposta a todos os beneficiados com doações, nem a todos os herdeiros, nem mesmo a todos os herdeiros necessários. É obrigação do **descendente**, quando existirem outros herdeiros da **mesma classe** contemplados na sucessão. Para tal efeito, são consideradas as pessoas que, na época da doação, dispunham da qualidade de **herdeiros necessários**. Os descendentes não são somente os filhos, mas também os netos. Assim, se a doação foi feita ao filho, sedo os netos herdeiros chamados à sucessão em representação do pai pré-morto, eles precisam trazer à colação o que o genitor recebeu. Mesmo que o bem não mais exista e eles nada tenham herdado (CC 2.009).

Na hipótese de o **cônjuge ou o companheiro** sobrevivente ter direito de **concorrência sucessória**, precisa trazer à colação os bens que recebeu em vida. São eles herdeiros necessários do direito concorrente, que é calculado de forma percentual sobre os bens hereditários.

Toda pessoa pode doar o que quiser a quem desejar. Só não pode dispor de todos os seus bens sem reservar parte para a própria subsistência (CC 548). Também não pode doar mais da metade do seu patrimônio se tiver herdeiros necessários. Este é um dos dogmas da sucessão legítima: assegurar aos herdeiros necessários a metade da herança (CC 1.846). O limite existe tanto para os atos praticados *inter vivos* – **doação** (CC 549) como *causa mortis* – **testamento** (CC 1.789). Excessos de generosidade, seja a favor de quem for, precisam ser contidos. Afinal, é obrigatório respeitar a legítima dos herdeiros necessários. Chama-se de **doação inoficiosa** o ato de liberalidade que vai além do limite legal.³

2. Cibele Pinheiro Marçal Tucci, Cálculo da metade disponível..., 37.

3. Ação anulatória. Doação de ascendente para descendentes. Validade. Proteção do quinhão legítimo da autora. Questão sucessória. Partilha. [...] 2. É válida a doação em relação àquela parte que não violou a legítima do autor, que é também herdeiro necessário. 3. Quando o art. 549 do Código Civil estabelece a nulidade da doação quanto à parte excedente à legítima, está a dizer que, relativamente ao excesso, a doação feita é inoficiosa e deve retornar ao herdeiro necessário a liberalidade feita na parte que invadiu o seu quinhão legítimo. Art. 1.846 do CCB. 4. A doação de ascendente para descendente implica antecipação da legítima, nos termos do art. 544 do Código Civil, salvo quando o doador determina que a doação seja retirada da sua parte disponível. 5. Para o exame da regularidade ou não das doações feitas, deve ser apurada a metade excedente ao que poderia o doador dispor no momento

Quando os herdeiros necessários são beneficiados de modo exagerado, há duas alternativas: ou atribuir aos demais herdeiros a diferença a maior (CC 2.003 parágrafo único) ou reduzir as doações ao tamanho do quinhão dos demais (CC 2.007).

Quem **não é herdeiro necessário** e recebe algum bem por doação nada precisa fazer quando do falecimento do doador. Cabe aos herdeiros a prova de que houve excesso, que a doação ultrapassou o limite disponível, invadindo a legítima. Destarte, das doações feitas a **terceiros**, cabe recortar o excesso, de modo a caber dentro da parte disponível.

No entanto, quando o donatário é **herdeiro necessário**, é dele o dever de trazer o que recebeu à colação, para conferir se o testador não feriu a legítima dos outros herdeiros. Caso o herdeiro beneficiado com a doação não atenda a esta determinação, é rotulado de **sonegador**. Isto é o que se chama de **sonegação**. A pena imposta ao herdeiro que se omite de trazer os bens à colação é perder o que recebeu (CC 1.992).

A diferença de tratamento decorre de **presunções legais**. Doações, a quem quer que seja, saem da metade disponível do patrimônio do doador, ou seja, do que ele pode dispor por testamento (CC 549). Já as doações feitas a herdeiro necessário são computadas da parte indisponível, tanto que importam em **adiantamento de legítima** (CC 544). Para a doação sair da parte disponível, é necessária expressa referência do doador neste sentido, dispensando o herdeiro de trazer o bem à colação (CC 2.006).

O fundamento da obrigação de trazer à colação as doações recebidas é o **princípio da igualdade e da intangibilidade das legítimas**.⁴ Beneficiado o único herdeiro, às claras que não há o que colacionar, pois inexistente a igualdade a preservar. Presume a lei que a vontade do *de cujus* é tratar igualmente seus herdeiros. É justo supor que ele dedicava a todos os seus

de cada doação. Incidência do art. 549 do CCB. 6. O valor do quinhão legítimo deve ser apurado quando são conferidos os bens deixados a partir da totalidade dos bens ficados e acrescidos daqueles que foram alvo de liberalidades em bens, que devem ser alvo de colação. 7. Para proteger o direito dos herdeiros necessários, o legislador criou regras de proteção do quinhão reservado, estabelecendo, entre elas, a inoficiosidade da doação relativamente à parte em que o doador extrapolar a parte disponível. 8. Se, computando-se a totalidade das liberalidades levadas a efeito, mesmo com dispensa de colação, o valor remanescente for suficiente para atender o valor do quinhão legítimo do herdeiro, não se anula as doações, que ficam acomodadas na parte disponível e nos quinhões hereditários dos demais herdeiros. [...] Recurso desprovido do réu, e não conhecido o da autora. (TJRS, AC 70072705643, 7ª C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 12/12/2017).

4. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 405.

descendentes igual afeto, não havendo razão para distinguir entre uns e outros, se não fez expressa menção.⁵ A maneira de impor obediência a este princípio equalizador é considerar as liberalidades feitas em vida como **adiantamento de legítima** (CC 544) e obrigar o donatário a informar as doações recebidas quando da morte do doador, sob pena de perder o que recebeu. Assim, quantificam-se todos os bens do falecido. O que foi doado em vida aos herdeiros necessários precisa ser computado, única forma de assegurar que os quinhões de todos sejam iguais. Caso tenha havido excesso, cabe ou compensação, ou devolução.

Todas as liberalidades feitas em vida pelo autor da herança aos seus descendentes, independentemente da data das doações, devem ir à conferência com os bens alvo de partição, para uma equitativa apuração das quotas hereditárias dos sucessores legítimos.⁶ Precisa ser arrolado tudo que foi recebido, mesmo que o donatário não mais possua o bem que lhe foi doado quando do falecimento do doador (CC 2.003). Afinal, recebeu o bem e o usufruiu. O fato de ter se desfeito do que recebeu não exclui o proveito que teve com a doação. Portanto, as doações a favor dos herdeiros necessários estão sujeitas a **condição resolutiva**. Podem ser desconstituídas se extrapolaram o limite do possível e não houver como igualar os quinhões dos demais herdeiros necessários.

Também devem ser colacionados os bens que haviam sido recebidos pelo herdeiro que, posteriormente, vem a **renunciar** à herança ou é **excluído** da sucessão. Os bens retornam ao acervo sucessório para serem atribuídos aos herdeiros legítimos.

A obrigação de colacionar existe na doação, mas não na **compra e venda**. Como a alienação de ascendente a descendente não está sujeita à conferência é que há a necessidade da concordância dos demais herdeiros (CC 496). A lei exige a autorização para que fiscalizem o ato, evitando simulação, ou seja, doação mascarada de compra e venda. Já na doação, é dispensada a autorização dos descendentes do doador porque, no futuro, haverá a colação.⁷

O dever de colação não se confunde com institutos outros que também procuram equilibrar os quinhões dos herdeiros. Impõe-se a **redução das disposições testamentárias** quando há excesso na atribuição de bens a herdeiros testamentários ou legatários além da parte disponível (CC 1.967).

5. Silvío Rodrigues, *Direito Civil*, v. 7, 308.

6. Alexandre Pasquali Parise, *Inventário. Superveniência de filhos...*, 7.

7. Flávio Augusto de Barros, *Manual de Direito Civil*, 293.

A **revogação do testamento** é levada a efeito pelo próprio testador (CC 1.969). O **rompimento** do testamento decorre do surgimento ou conhecimento de herdeiro necessário depois de sua confecção (CC 1.973 e 1.974).

Também não cabe falar em colação quando o testador **indica os bens** para compor o quinhão dos herdeiros (CC 2.014). Às claras, não se trata de doação.

A distribuição antecipada da herança, a chamada **partilha em vida**, nada mais é do que doações a herdeiros ou a terceiros (CC 2.018). Como só pode ser objeto de divisão a parte disponível, impõe-se a colação quando na distribuição foi atingida a parte indisponível que integra a legítima.

Quando os bens são doados aos herdeiros, passam a pertencer a eles. Assim, tais bens não respondem pelas **dívidas do espólio**. Por isso as doações, ao serem colacionadas, somam-se à parte indisponível da herança, depois de abatidos os encargos do espólio.

Sobre os bens trazidos à colação não há a incidência de **imposto de transmissão causa mortis**.⁸ A transferência ocorreu quando da doação, momento em que houve o pagamento do respectivo tributo por ato *inter vivos*. Somente na hipótese de haver **redução da doação**, atribuindo-se a diferença aos demais herdeiros, é que surge o fato gerador do imposto de transmissão *causa mortis*. Afinal, o bem retornou à sucessão e vai para outros herdeiros.

63.1. DOAÇÃO INOFICIOSA

Quem tem herdeiros necessários só pode doar a **metade** de seus bens. Não há qualquer distinção. Quer a doação seja feita a herdeiros necessários, quer a terceiros, precisa obedecer ao teto legal. Quando ultrapassado este limite, a doação é **nula** (CC 549).⁹ A doação feita a cônjuge que rece-

8. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 451.

9. Ação anulatória de doação inoficiosa c/c cautelar de indisponibilidade dos bens doados – vício ultra petita – doação inoficiosa parcialmente configurada. [...] A doação dos pais a um filho é válida, independentemente da concordância de todos os demais, motivo pelo qual não há falar em nulidade da primeira doação pelo fato de o Autor não ter participado do negócio jurídico, devendo-se apenas considerar que ela importa em adiantamento da legítima. Comprovado nos autos que a segunda doação ultrapassou o valor correspondente à legítima, resta configurada a doação inoficiosa. Para configuração da doação inoficiosa, basta que haja o excesso quanto ao que o doador poderia dispor no momento da liberalidade. Primeiro recurso desprovido. Preliminar arguida no segundo recurso acolhida e mérito recursal

ber bens a título de doação que ultrapassem o limite da parte disponível também se sujeita à redução por inoficiosidade quando concorrer com descendentes e ascendentes.¹⁰ O desrespeito à legítima chama-se **doação inoficiosa** e gera a **nulidade da doação**. Os herdeiros podem impugnar a doação desde a **data da transação**, mesmo enquanto o doador estiver vivo.¹¹ O **prazo** para a propositura da ação é de **10 anos**, por ausência de previsão expressa (CC 205).¹²

O **prazo decadencial** para a declaração de nulidade, passa a fluir do momento em que nasce o direito de buscar a redução do excesso. É o que se chama de **princípio da *actio nata***.¹³

desprovido. (TJ-MG – AC: 10000170090153003 MG, Rel. Manoel dos Reis Morais, j. 16/12/0018, p. 21/01/2019).

10. Mairan Gonçalves Maia Júnior, O regime da comunhão parcial de bens no casamento..., 264.
11. Anulação de doação. Imóvel. Cabimento. Doação inoficiosa. Prescrição. Inocorrência. Vício de vontade não demonstrado. Ônus da prova. Recursos desprovidos. 1. É cabível, sim, a ação de anulação de termo de doação em que se discute a validade de doação tida como inoficiosa, ou seja, que supostamente prejudicou herdeiro necessário, mesmo estando vivo o doador; 2. Na vigência do Código Civil de 2002, o prazo prescricional da ação de anulação de doação inoficiosa é decenal. [...] 5. Recursos desprovidos. (TJAC – APL: 07102851920148010001 AC 0710285-19.2014.8.01.0001, 2.ª Câmara Cív., Rel. Roberto Barros, j. 06/11/2018, p. 07/11/2018).
12. Ação declaratória de nulidade de doação e partilha. Bens doados pelo pai à irmã unilateral e à ex-cônjuge em partilha. Doação inoficiosa. Prescrição. Prazo decenal, contado da prática de cada ato. [...] 2. Demanda em que se discute o prazo aplicável a ação declaratória de nulidade de partilha e doação proposta por herdeira necessária sob o fundamento de que a presente ação teria natureza desconstitutiva porquanto fundada em defeito do negócio jurídico. 3. Para determinação do prazo prescricional ou decadencial aplicável deve-se analisar o objeto da ação proposta, deduzido a partir da interpretação sistemática do pedido e da causa de pedir, sendo irrelevante o nome ou o fundamento legal apontado na inicial. 4. A transferência da totalidade de bens do pai da recorrida para a ex-cônjuge em partilha e para a filha do casal, sem observância da reserva da legítima e em detrimento dos direitos da recorrida caracterizam doação inoficiosa. 5. Aplica-se às pretensões declaratórias de nulidade de doações inoficiosas o prazo prescricional decenal do CC/02, ante a inexistência de previsão legal específica. Precedentes. 6. Negado provimento ao recurso especial. (STJ, REsp 1.321.998/RS (2011/0199693-0), 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07/08/2014).
13. Ação de declaração de nulidade de doação inoficiosa. Prescrição. princípio da *actio nata*. Reconhecimento do vínculo de filiação. Termo inicial. Pelo princípio da *actio nata*, a prescrição só começa a correr a partir do momento em que nasce a pretensão, ou seja, a partir da data em que se torna possível o ajuizamento da ação -Para o filho ainda não reconhecido, o termo inicial do prazo prescricional para a declaração de nulidade de doação inoficiosa se inicia no momento em que for declarada a sua

A inoficiosidade se afere **no momento da doação**, com base no patrimônio existente naquela data, como se o doador falecesse nesse mesmo dia. Um acréscimo patrimonial posterior não afasta o caráter inoficioso da liberalidade, assim como a posterior ruína do doador não torna inoficiosas liberalidades pretéritas.¹⁴

Quando da morte do doador, o herdeiro necessário que recebeu bens do ascendente precisa trazê-los à conferência para verificar se não houve excesso. Só cabe falar em doação inoficiosa se o valor da liberalidade transbordou a legítima e invadiu a parte disponível, de modo a não permitir igualar o quinhão de todos. Caso não existam bens na herança para honrar essa diferença a favor dos outros herdeiros necessários, a solução é **reduzir** o que foi recebido a mais por um só. É o único meio de respeitar a igualdade. O herdeiro beneficiado ou devolve parte do que recebeu ou paga a diferença. Caso não tenha mais o bem, a devolução precisa ser feita em dinheiro (CC 2.007 § 2.º). A apuração do *quantum* a ser devolvido é feita pelo **valor à data da abertura da sucessão e não** à época da liberalidade.

63.1.1. Venda de ascendente a descendente

A doação de ascendente a descendente não é proibida e nem é necessária a concordância dos demais herdeiros. Isso porque o beneficiário terá que trazer à colação o que recebeu, quando do falecimento do doador. A venda de bens aos descendentes também não é proibida, mas os demais herdeiros precisam expressamente anuir com a transação (CC 496). Esta é a única forma de garantir o equilíbrio na divisão dos bens entre os herdeiros necessários.

Na tentativa de contornar o dever de respeitar a igualdade dos direitos dos descendentes, em vez de doar ou vender com a vênua de todos, o titular dos bens promove a venda simulada por interposta pessoa que, em momento posterior, transfere o bem ao herdeiro.

Às claras, trata-se de ato **simulado** que cabe ser desconstituído. É preciso ser coibido o uso dos chamados “laranjas”. Mas o Código Civil perdeu uma bela oportunidade para responder a alguns questionamentos: a venda de ascendentes a descendentes merece igual tratamento se feita de

condição de herdeiro, através do reconhecimento de sua paternidade. (TJ-MG – AC: 10261160159933001 MG, Rel. Tiago Pinto, j. 13/12/2018, p. 25/01/2019).

14. Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski, Uma contribuição crítica..., 453.

forma direta ou por interposta pessoa? O ato é nulo ou anulável? O prazo prescricional é de dois, quatro ou de 10 anos? Tem início quando ocorreu o negócio ou da abertura da sucessão?

A tendência da doutrina e da jurisprudência é distinguir a venda direta e a venda simulada, por interposta pessoa, e emprestar-lhes tratamento distinto.

A venda **direta** de ascendente a descendente sem a anuência dos demais herdeiros é **anulável** (CC 496). Quanto ao **prazo prescricional**, há entendimento consolidado pelo STJ, como sendo o de **dois anos** (CC 179).

Quando se trata de transação feita por interposta **pessoa**, ocorre **simulação**. A venda é **nula** (CC 167). Por essa razão, não é passível de confirmação e nem convalida pelo decurso do tempo, sendo descabida a aplicação das regras atinentes ao negócio jurídico nulo (CC 178 e 179).¹⁵

Apesar da logicidade dessas distinções entre nulidade e anulabilidade, elas se mostram absolutamente desarrazoadas. A solução legal foge à lógica do razoável. Assim, indispensável estabelecer, em qualquer hipótese, o prazo de 10 anos.

A simulação revela postura maliciosa entre transatores e não pode vir em prejuízo da vítima do ardiloso ato. Como refere Paulo Lôbo, a simulação é o instrumento de aparência, de inverdade, de falsidade, de fingimento, de disfarce. São requisitos da simulação: a) a divergência intencional entre a vontade real e a vontade exteriorizada; b) o acordo simulatório entre as partes; c) o objetivo de prejudicar terceiros.¹⁶

Também há forte dissenso quanto ao **termo inicial** do prazo prescricional. Se é contado da abertura da sucessão¹⁷ ou da prática do ato.

15. Promessa de compra e venda. Nulidade de compra e venda. Simulação. Incidência da regra contida no art. 169 do CCB. Inocorrência de prescrição. Tratando a presente demanda de pedido de nulidade de compra e venda de imóvel firmada entre os réus com fundamento na ocorrência de simulação, não há como reconhecer a ocorrência de decadência, uma vez o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalida pelo decurso do tempo, a ele não se aplicando o art. 179 do CC. Incidência da regra contida no art. 169 do CCB. Sentença desconstituída para que o feito possa ter seu normal seguimento. Apelação provida. sentença desconstituída. (TJRS, AC 70065565772, 18ª C. Cív., Rel. Heleno Tregnago Saraiva, j. 13/08/2015).

16. Paulo Lôbo, *Direito Civil: Sucessões*, 155.

17. Ação declaratória de nulidade. Compra e venda de cotas sociais entre ascendente e descendente. Ausência de autorização do cônjuge e demais descendentes. Decadência afastada. Sentença desconstituída. Necessidade de prova do prejuízo. Retorno dos autos à origem para instrução do feito. O prazo decadencial para anulação

Ainda que termo *a quo* para o início da contagem da prescrição seja a **abertura da sucessão**, não há como obrigar o filho preterido a ingressar com a ação a contar desta data. De todo descabido sujeitá-lo a perder um bem que lhe pertence, por ter sido preterido na venda levada a efeito entre o seu genitor e seus irmãos. Ao filho alijado da transação basta indicar a data e as circunstâncias em que teve conhecimento da venda. Cabe ao réu provar que o autor sabia do ato de disposição.

Finalmente, não é possível impedir que proponha a desconstituição da venda pelo fato de o doador ainda estar vivo. Há que respeitar o seu desejo. Se propuser a ação antes do falecimento do seu genitor, não pode sujeitar-se à extinção do processo. Não existe outra forma para impor respeito ao princípio da igualdade dos direitos dos herdeiros necessários.

63.2. OBRIGADOS À COLAÇÃO

O instituto da colação é peculiar à **sucessão legítima**. O dever de colação é o remédio para igualar legítimas. Assim, os destinatários são os herdeiros necessários. No entanto, a lei não impõe tal encargo a todos. Nem toda transferência gratuita de bens a uma pessoa precisa vir à colação. Os **herdeiros facultativos** contemplados com doações não se sujeitam a essa exigência, pois não fazem jus à legítima. Idêntico raciocínio é aplicado a pessoas estranhas à sucessão. **Os herdeiros testamentários e os legatários** não são obrigados a colacionar, ainda que tenham recebido outras liberdades em vida do testador.¹⁸

63.2.1. Descendentes

O dever de conferir o valor das doações é imposto exclusiva e injustificadamente aos descendentes na sucessão dos seus ascendentes (CC 2.002), talvez por serem os primeiros colocados na ordem de vocação hereditária (CC 1.829 I). Todos os descendentes precisam colacionar as doações re-

de compra e venda entre ascendente e descendente sem autorização do cônjuge e demais descendentes do alienante é de dois anos, contados da abertura da sucessão. Precedentes jurisprudenciais do STJ e desta Corte. Decadência afastada na hipótese. Impossibilidade de imediata apreciação do mérito propriamente dito por este Colegiado, à medida que inviável verificar pelos elementos carreados aos autos a existência ou não do alegado prejuízo decorrente da alienação, impondo-se o retorno do feito à origem para instrução. Sentença desconstituída. Apelo provido. Unânime. (TJRS, AC 70075707489, 12ª C. Cív., Rel. Pedro Luiz Pozza, j. 15/03/2018).

18. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 406.

cebidas, quer tenham sido chamados à sucessão por direito próprio, quer por direito de representação de herdeiro que recebeu a doação (CC 2.009).

Não cabe ser feita qualquer distinção ou restrição entre os herdeiros pelo fato de algum deles **nascer** após o ato de liberalidade. A todos os herdeiros da mesma classe é garantido quinhão igual, mesmo aos não nascidos nem concebidos quando feita a doação. O surgimento de novos herdeiros necessários transforma a doação em **adiantamento de legítima**. Havendo outros herdeiros, quer nascidos antes do ato de liberalidade, quer reconhecidos depois, não importa, existe o dever de colacionar.¹⁹ A hipótese é comum. Na separação, o pai doa a seus filhos o imóvel onde residem. Advindo prole de nova união, quando do falecimento do genitor, o bem doado precisa vir à colação, mesmo que os outros herdeiros necessários tenham nascido em momento posterior ao ato de liberalidade. Todos têm direito igual. Cabe atentar somente se o bem doado pertencia em sua integralidade ao doador, ou se metade dele era do ex-cônjuge, a título de meação. Nesta hipótese, só a metade precisa ir à conferência.

63.2.2. Ascendentes

Não só os descendentes são herdeiros necessários. Também o são os ascendentes (CC 1.845). Apesar de serem chamados à sucessão como herdeiros necessários, eles não têm o dever de conferir as doações recebidas. Pelo jeito, os ascendentes foram esquecidos, uma vez que nada justifica

19. Recurso especial. Direito das sucessões. Inventário. [...] 2. Doação em vida de todos os bens imóveis aos filhos e cônjuges feita pelo autor da herança e sua esposa. Herdeiro necessário que nasceu posteriormente ao ato de liberalidade. Direito à colação. 3. Percentual dos bens que deve ser trazido à conferência. 4. Recurso parcialmente provido. [...] 2. Para efeito de cumprimento do dever de colação, é irrelevante o fato de o herdeiro ter nascido antes ou após a doação, de todos os bens imóveis, feita pelo autor da herança e sua esposa aos filhos e respectivos cônjuges. O que deve prevalecer é a ideia de que a doação feita de ascendente para descendente, por si só, não é considerada inválida ou ineficaz pelo ordenamento jurídico, mas impõe ao donatário obrigação protraída no tempo de, à época do óbito do doador, trazer o patrimônio recebido à colação, a fim de igualar as legítimas, caso não seja aquele o único herdeiro necessário (arts. 2.002, parágrafo único, e 2.003 do CC/2002). 3. No caso, todavia, a colação deve ser admitida apenas sobre 25% dos referidos bens, por ter sido esse o percentual doado aos herdeiros necessários, já que a outra metade foi destinada, expressamente, aos seus respectivos cônjuges. Tampouco, há de se cogitar da possível existência de fraude, uma vez que na data da celebração do contrato de doação, o herdeiro preterido, ora recorrido, nem sequer havia sido concebido. 4. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 1.298.864/SP, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 19/05/2015).

a dispensa. No entanto, como a colação é um ônus imposto ao herdeiro, não há como gerar o encargo sem expressa determinação legal. Não cabe analogia para restringir direitos. Eis a explicação de Zeno Veloso para a dispensa: se a colação toma por base a presunção de que o doador quer apenas adiantar (antecipar) a herança do herdeiro, e não colocá-lo em situação mais vantajosa que a dos outros, não é razoável imaginar que o descendente que doa algo ao pai ou à mãe tenha em mente adiantar a herança dos genitores, pois o normal é que os pais morram antes do filho.²⁰

63.2.3. Cônjuge e companheiro sobrevivente

O dispositivo que proclama a obrigação de conferir bens para igualar as legítimas faz referência somente aos descendentes (CC 2.002). O artigo seguinte fala na finalidade da colação: igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente (CC 2.003). De qualquer modo, a doação dos ascendentes aos **descendentes** e de um **cônjuge** ao outro é reconhecida como adiantamento de legítima (CC 544).²¹

Não é proibida a doação de um cônjuge a outro se casados pelo inconstitucional regime da **separação obrigatória de bens** (CC 1.641). Em

20. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 409.

21. Recurso especial em que se discute se a renúncia/cessão da meação pelo cônjuge varão em benefício de sua ex-mulher, tendo por contrapartida o usufruto vitalício sobre a totalidade dos bens partilháveis, pode ser considerada uma doação inoficiosa. 3. Da interpretação conjugada dos arts. 1.176, 1.576 e 1.721 do CC/16 (arts. 549, 1.789 e 1.846 do CC/02), se o testador possuir herdeiros necessários, não poderá deliberar sobre a denominada porção ou quota disponível, correspondente a 50% da herança. Em se tratando de doação, autoriza-se a liberalidade no limite da quota disponível. À doação que exceder essa porção disponível considera-se inoficiosa, sendo absolutamente nula. 4. O ato de disposição patrimonial representado pela renúncia/cessão gratuita da meação em favor da sua ex-mulher equipara-se à doação, considerando-se inoficiosa a parte que exceder a quota disponível. 5. O fato de a renúncia/cessão ter por contrapartida o usufruto vitalício sobre a totalidade dos bens partilháveis não prejudica essa equiparação. Não se pode analisar o ato sob a ótica dos efeitos produzidos na esfera jurídica do renunciante/cedente, mas à luz dos resultados gerados na esfera jurídica dos herdeiros necessários, que são as pessoas efetivamente tuteladas pelos arts. 1.176, 1.576 e 1.721 do CC/16 (arts. 549, 1.789 e 1.846 do CC/02). Nesse aspecto, o fato de o renunciante/cedente permanecer com o usufruto vitalício sobre a totalidade dos bens partilhados em nada altera o prejuízo causado aos herdeiros necessários que, de qualquer forma, se verão privados dos bens que deveriam compor a parte indisponível da herança. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp 1.217.154/DF, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 22/05/2014).

face da divisão dos aquestos, reconhecida por Súmula do STJ,²² é necessário vir à colação a metade dos bens adquiridos pelo sobrevivente durante o período da vida em comum.²³ O cônjuge e o companheiro fazem jus ao direito concorrente, com a 377 colação mesma base de incidência (CC 1.829 I), conforme decisão o STF.²⁴ Como a doação recíproca não é vedada constitui-se em adiantamento de direito de concorrência sucessória. Assim, a imposição de conferência tem cabimento quando o cônjuge ou o companheiro comparecem à sucessão como **herdeiros concorrentes**. Deve trazer à colação as doações recebidas do outro, quando for chamado à herança concorrendo com os descendentes do finado. Esta é a única hipótese que justifica o dever de colação. A fração da herança recebida a título de **concorrência sucessória** é direito sucessório. Esta é a posição de Zeno Veloso, baseando-se não apenas na analogia, mas nos princípios gerais de direito, em razões de equidade, bem como na norma expressa e inequívoca (CC 544).²⁵

Doação entre cônjuges e companheiros não é **adiantamento de legítima**, mas sim **adiantamento do direito concorrente**, quando existe este direito, a depender do regime de bens. Havendo direito concorrente, quer com descendentes ou com ascendentes, os parceiros sobreviventes precisam trazer à colação o que receberam em doação. Desimporta se foram doados bens particulares ou comuns. Precisa haver a devida compensação.

22. STF – Súmula 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.
23. Agravo de instrumento. [...] Casamento sob o regime de separação legal de bens. Determinação para relacionar os bens havidos pela viúva durante o matrimônio com o extinto. Possível comunicação nos termos da súmula 377 do STF. [...] 4. Tratando-se de questão ainda pendente de deliberação nos autos de origem, não merece censura a determinação endereçada à viúva/inventariante, para que informe os bens havidos durante o matrimônio mantido com o autor da herança, já que manteve com ele casamento pelo regime de separação legal de bens, e está sedimentado pelo enunciado na súmula 377 do STF que, nesse regime matrimonial, comunicam-se os bens adquiridos na constância da união. 5. Agravo de instrumento e agravo interno parcialmente conhecidos e desprovidos. (TJ-DF 07018118920178070000 DF 0701811-89.2017.8.07.0000, 6.ª T. Cív., Rel. Alfeu Machado, j. 10/08/2017).
24. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.
25. Neste sentido: Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 417; e Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski, Uma contribuição crítica..., 451.

Na eventualidade de as doações terem invadido a legítima dos herdeiros necessários, ou seja, se houve **excesso** e o cônjuge ou o companheiro recebeu mais do que o naco da herança a que fazia jus, impõe-se a **redução**. Quem sabe o exemplo auxilie: o varão doa à mulher 80% de seu patrimônio. Quando de sua morte, como o casal tem três filhos, a viúva faz jus à quota mínima de 25% a título de concorrência sucessória. Apesar de não ser herdeira necessária, como herdeira concorrente precisa trazer à colação a doação que recebeu. O marido só podia dispor a seu favor da metade dos seus bens (50%). O excesso do que doou à mulher (30% além da parte disponível) é **adiantamento do direito concorrente**. Só que este limite também foi ultrapassado, pois faz ela jus a 25% dos bens particulares. Isto é, podia ela receber, no máximo, 75% (50% da parte disponível e mais 25% a título de direito concorrente). Como recebeu 80%, precisa devolver o excesso, os 5% que invadiram a legítima dos filhos.

Essa possibilidade de **compensação** permite que sejam eleitos os bens para compor o direito de concorrência. Basta serem feitas doações do que lhes aprouver. Assim, via colação, acaba o direito concorrente do beneficiário, incidindo sobre o patrimônio eleito pelo doador.

A doação feita por um cônjuge ao outro, depois de o casal estar **divorciado**, não se situa no âmbito do direito sucessório. Rompido o vínculo do casamento, a doação é ato de liberalidade que não precisa vir ao inventário. Assim, não há como impor a obrigação de ser o bem trazido à colação, pois não é possível identificar como adiantamento de direito de concorrência e ensejar a obrigação de trazer o bem recebido à colação.

O cônjuge é **herdeiro necessário**. No entanto, só é convocado à sucessão se não há outros herdeiros que o antecedam. É o último colocado na ordem sucessória necessária (CC 1.845). Como único herdeiro, recolhe toda a herança. Assim, não há qualquer justificativa para trazer à colação as doações que recebeu, pois não tem com quem compensar. Não existe quinhão de herdeiro necessário a ser preservado. A herança é toda sua, pela ausência de descendentes e ascendentes.

63.2.4. Casal

Quando a doação é feita em favor de um casal, com o falecimento de um, o bem subsiste integralmente em favor do outro, independentemente do **regime de bens** (CC 551 parágrafo único). Assim, por ocasião do falecimento de um dos beneficiários, a parte do falecido não integra o seu acervo sucessório, porquanto pertence com exclusividade ao sobrevivente.

A doação ao casal precisa ser expressa: (A) diz que doa ao filho (B) e à nora (C) determinado bem. Caso diga (A): doo tal bem ao meu filho (B), que é casado com (C), a nora não recebeu o bem, só o filho.

Quando o doador é **ascendente** de um dos cônjuges ou companheiros, com sua morte é preciso ser trazida à colação somente a metade do bem. Um exemplo. O genitor (A) doou um bem ao filho (B) e à nora (C). Com o falecimento do filho (B), a parte que ele recebeu em doação transmite-se à sua mulher (C). Quando do falecimento do sogro (A), a nora (C), havendo herdeiros necessários, precisa trazer à colação a metade do bem (CC 2.012). A fração recebida a título de adiantamento de legítima foi a parte que (B) ganhou de seu pai (A). Como a nora (C) não é descendente do sogro (A), o que havia recebido não precisa ser trazido à colação. A doação em favor dela não foi a título de herdeira necessária, única hipótese que impõe o dever de colacionar.

63.2.5. Direito de representação

Quando o herdeiro beneficiado com a doação morrer **antes** do doador, a obrigação de trazer os bens à colação transmite-se a seus descendentes, que comparecem à sucessão em nome do herdeiro pré-morto. É o que de forma pouco técnica diz a lei (CC 2.009). Ou seja, os netos que sucedem por representação do genitor, já morto quando do falecimento do avô, precisam trazer à colação o que o pai havia recebido. A referência é feita ao neto, quando o encargo é de todos os **descendentes**, tanto dos bisnetos como dos demais.

Ainda que não mais exista o bem doado pelo pai ao filho, quando da abertura da sucessão do avô, os netos, em representação do pai pré-morto, precisam trazê-lo à colação o bem. É duramente criticado pela doutrina tal rigor de responsabilizar os netos por reposição de bens a que, eventualmente, não tenham tido acesso efetivo.²⁶

No entanto, se a doação é feita pelo avô ao neto, não há dever de colação, ainda que, por ocasião da abertura da sucessão, forem os netos os únicos herdeiros. Do mesmo modo, o filho não tem de colacionar o bem doado pelo seu pai ao seu filho.²⁷ O exemplo: (A) doa um bem ao seu neto (C), que é filho de (B). Quando do falecimento de (A), o seu filho (B) não precisa trazer à colação o bem que foi doado ao seu filho (C).

26. Euclides de Oliveira, Colação e sonegados, 387.

27. Sílvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7, 310.

63.2.6. Donatário

Ao indicar quem deve trazer à colação, fala a lei no “donatário” que já não tenha mais o bem quando da morte do doador (CC 2.003). Claro que esta referência é ao herdeiro necessário e não a toda e qualquer pessoa que recebeu bens em doação do falecido. Como somente **herdeiros necessários** têm direito a parte da herança, quem é herdeiro, mas não herdeiro necessário, não precisa colacionar o que recebeu de seu parente falecido. Os colaterais até o quarto grau (irmãos, tios, sobrinhos, primos), como são parentes facultativos, nada precisam declarar se foram contemplados com alguma doação. Nem eles nem muito menos os terceiros que receberam doações.

63.2.7. Herdeiros não necessários

É o **momento da liberalidade** e não o da abertura da sucessão que identifica a **qualidade** do herdeiro e o dever de colacionar o bem recebido (CC 2.005 parágrafo único). Se o donatário não era herdeiro quando da doação, o que recebeu não precisa ser trazido à colação quando do falecimento do doador. Desimporta o fato de ter se tornado herdeiro necessário por ocasião da abertura da sucessão. Assim, a doação feita pelo avô, a favor de netos, não precisa ser trazido à colação. Eles não eram herdeiros à época da liberalidade.²⁸ No entanto, os netos precisam trazer à colação os bens recebidos pelo seu genitor, quando comparecem à sucessão do avô por direito de representação. Talvez o exemplo ajuda: (A) doou a seu neto (C) um bem enquanto seu único filho (B) ainda estava vivo. O filho (B) morre antes do pai (A). Quando do falecimento de (A), o seu neto (C) comparece à sucessão como herdeiro necessário, pois já falecido seu pai (B). No entanto, (C) não precisa trazer à colação o que recebeu do avô, pois quando da doação não era herdeiro necessário. Esta, condição só adquiriu em face do falecimento de seu genitor (B). Assim, (C) não precisa conferir o que recebeu do avô (A).

28. Agravo de instrumento. Inventário. Decisão que indeferiu a colação de bens e remeteu a discussão às vias ordinárias. Inconformismo. Descabimento. Colação de bens doados a netos. Dispensa. Liberalidade feita a descendente que, ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário. Art. 2.005, parágrafo único, do Código Civil. Matérias relacionadas às doações remuneratórias e às doações inoficiosas. Remessa às vias ordinárias. Questões de alta indagação e que depende da produção de outras provas. Art. 612, do CPC. Decisão mantida. Recurso não provido. (TJ-SP 21413270620178260000 SP 2141327-06.2017.8.26.0000, Rel. Lázaro Guimarães, j. 12/12/2017, p. 15/12/2017).

63.3. BENS SUJEITOS À COLAÇÃO

São sujeitos à colação os bens doados a herdeiros necessários. É o que se chama de **adiantamento de legítima**. Até o falecimento do doador, o bem pertence ao donatário com exclusividade.

No entanto, quando da morte do doador, integram a sucessão todos os bens, que passam a pertencer a todos os herdeiros de forma indivisa (CC 1.791 parágrafo único). Inclusive o que havia sido doado a um dos herdeiros. Por isso precisa ser trazido à **colação**. É a forma de assegurar a igualdade na partilha. Já as **benfeitorias** agregadas pelo donatário não. Como assessorios do principal, pertencem ao herdeiro.²⁹ Afinal, houve a transmitido o bem, e não os seus acréscimos, e nada justifica que se atribua aos demais herdeiros o que não pertencia ao doador. Assim também os ganhos e os lucros, os encargos e as perdas, tudo corre por conta do herdeiro que recebeu a herança antecipada (CC 2.004 § 2.º e CPC 639 parágrafo único).

Caso o herdeiro ocupe imóvel da sucessão a título de **comodato**, não se trata de adiantamento de legítima. O bem continua pertencendo à sucessão, não havendo que se falar em colação.³⁰

29. Sílvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7, 315.

30. Recurso especial. Sucessão. Inventário. Pedido de colação do valor corresponde à ocupação e ao uso de imóvel residencial por uma das herdeiras necessárias. Desdobramento. Art. 2.002 do CC. Utilização do bem a título de empréstimo gratuito (comodato). Inocorrência de adiantamento da legítima. 1. Pedido formulado pelos herdeiros recorrentes de colação pela herdeira recorrida dos valores correspondentes à ocupação e ao uso de unidade imóvel, com a respectiva garagem. [...] 3. Segundo o art. 2.002 do CC, a colação é o ato pelo qual o descendente, que concorre com outros descendentes à sucessão de ascendente comum ou com o cônjuge do falecido, confere o valor das doações que do autor da herança recebeu em vida. 4. No caso concreto, o acórdão recorrido esclareceu que a pretensão dos recorrentes está voltada a trazer à colação "a ocupação e o uso de um imóvel e a respectiva garagem" utilizados por uma das herdeiras necessárias a título gratuito. 5. Distinção entre o contrato de comodato, empréstimo gratuito de coisas não fungíveis, com a doação, mediante a qual uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra. 6. Somente na doação há transferência da propriedade, tendo o condão de provocar desequilíbrio entre as quotas-partes dos herdeiros necessários, importando, por isso, em regra, no adiantamento da legítima. 7. A ocupação e o uso do imóvel também não pode ser considerado "gasto não ordinário", nos termos do art. 2.010 do CC, pois a autora da herança nada despendeu em favor de uma das herdeiras a fim de justificar a necessidade de colação. [...] 9. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 1.722.691/SP (2016/0064087-4). Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12/03/2019).

63.3.1. Frutos e rendimentos

Quanto aos frutos e rendimentos, faz-se necessária a seguinte distinção: os acréscimos recebidos **antes** da morte do doador pertencem ao **donatário**, mas os percebidos a partir desta data precisam ser trazidos à colação. É o que diz a lei (CC 2.020): os herdeiros que estão na posse dos bens da herança são obrigados a trazer ao acervo os frutos que receberam desde a abertura da sucessão. A exigência justifica-se. Com a morte, ocorre a transmissão do patrimônio em favor de todos os herdeiros. Como uma universalidade de bens, um todo indivisível, pertence a todos em forma de condomínio (CC 1.791). E se rege pelas mesmas regras (CC 1.319): *Cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa e pelo dano que lhe causou*. Os frutos e rendimentos dos bens da herança são de propriedade dos herdeiros, até com base no princípio de que o acessório segue o principal.³¹ O proprietário do solo é dono dos acessórios (CC 95).

Quando há adiantamento de legítima, os acréscimos pertencem ao herdeiro desde a data da doação. No entanto, o que for percebido **a partir da abertura da sucessão** precisa ser colacionado, não para ser compensado, mas em face da eventualidade de ser necessária redução por ter ocorrido excesso (CC 2.007). Nesse caso, os bens precisam ser devolvidos juntamente com os seus ganhos e rendimentos percebidos desde a morte do doador. Os demais herdeiros fazem jus aos acréscimos de forma proporcional à parte do bem que vão receber.

O Código Civil determina que o **valor** de colação dos bens seja o do **ato de liberalidade** (CC 2.004). No entanto, o Código de Processo Civil determina calcular-se o valor **ao tempo da abertura da sucessão** (CPC 639 parágrafo único). Em se tratando de **lei posterior**, acaba prevalecendo o critério da lei nova. Também é necessário que sejam indicados o valor das **benfeitorias e acessões** agregadas pelo donatário. Como o herdeiro precisa dividir os ganhos, igualmente socializa as **despesas** feitas, tendo direito de ser reembolsado, por elementar regra que veda o enriquecimento sem causa.³²

31. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 439.

32. Recurso especial. Sucessão. Bens à colação. Valor dos bens doados. Aplicação da lei vigente à época da abertura da sucessão. Aplicação da regra do art. 2.004 do CC/2002. Valor atribuído no ato de liberalidade com correção monetária até a data da sucessão. Recurso especial improvido. 1. Tendo sido aberta a sucessão na vigência do Código Civil de 2002, deve-se observar o critério estabelecido no art. 2.004 do referido diploma, que modificou o art. 1.014, parágrafo único, do Código de

63.3.2. Doações indiretas

Não só as doações feitas diretamente ao herdeiro, mas também as indiretas devem ser trazidas à colação. A doação feita por **interposta pessoa** física ou jurídica configura **simulação**. Mas há outras artimanhas que configuram doações indiretas ou dissimuladas: o pagamento de dívida de herdeiro necessário; a renúncia a algum direito; a remissão de dívida; a compra de bem em nome dele; construção de prédio em terreno do descendente.³³

Quando por meio de **planejamento sucessório** é feita a transferência de bens somente a um ou a alguns herdeiros necessários em detrimento dos demais, cabe a aplicação dos princípios da **disregard**, que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica (CC 50): em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, podem os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações serem estendidos aos bens particulares dos sócios e administradores. Flagrada qualquer dessas ocorrências, há o dever de colação. O que viola a lei por meio de embustes e disfarces deve receber punição equivalente (ou maior).³⁴

Regula a lei processual o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, tanto direta quanto inversa (CPC 133 a 137).

63.3.3. Venda

Na hipótese de o herdeiro não mais dispor do bem, já o tendo alienado antes da abertura da sucessão, mesmo assim tem o dever de trazer o respectivo valor à conferência. A alienação feita de boa-fé é válida, e os herdeiros não têm direito ao bem, mas ao seu valor. A existência de excesso, que configura doação inoficiosa e impõe a colação, não afeta a higidez do

Processo Civil de 1973, pois a contradição presente nos diplomas legais, quanto ao valor dos bens doados a serem trazidos à colação, deve ser solucionada com observância do princípio de direito intertemporal *tempus regit actum*. 2. O valor de colação dos bens deverá ser aquele atribuído ao tempo da liberalidade, corrigido monetariamente até a data da abertura da sucessão. 3. Existindo divergência quanto ao valor atribuído aos bens no ato de liberalidade, poderá o julgador determinar a avaliação por perícia técnica para aferir o valor que efetivamente possuíam à época da doação. 4. Recurso especial não provido. (STJ, RESP 1.166.568 – SP, Rel. Lázaro Guimarães, j. 12/12/2017, p. 15/12/2017).

33. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 413.

34. Idem, *ibidem*.

ato de disposição. Os coerdeiros não têm qualquer pretensão real contra o terceiro adquirente.³⁵

63.3.4. Perecimento

Se o bem doado perece antes da abertura da sucessão, nem por isso o herdeiro que o havia recebido está dispensado de trazê-lo à herança. É necessário que informe ao juízo sobre a existência da liberalidade. Na hipótese de o bem ter perecido em decorrência de caso **fortuito ou força maior**, não cabe a compensação (CC 393). Mas, se foi culposa a perda, subsiste a obrigação de colacionar o seu valor em dinheiro.³⁶

63.4. APURAÇÃO DO VALOR

A colação tem a finalidade de verificar se as liberalidades feitas pelo autor da herança obedeceram ao limite legal de resguardar a legítima dos herdeiros necessários. Daí a necessidade de apurar o valor das doações.

Sempre gerou controvérsias identificar a **época** e os **critérios** a serem considerados para esta aferição: se o valor do bem à data da doação ou quando da abertura da sucessão. Isto porque o critério foi sucessivamente alterado.

O **Código de Processo Civil** de 1973 determinava a apuração ao tempo da abertura da sucessão (CPC/73 1.014 parágrafo único).

O **Código Civil** atual alterou o critério para o valor à data da liberalidade – **teoria da estimação** (CC/02 2.004).

Já o atual **Código de Processo Civil**, editado em 2015, repetiu o texto do código processual anterior, dizendo que se deve tomar por base a data de **abertura da sucessão – teoria da substância** (CPC 639/15 parágrafo único).

Independente o fato de uma previsão se encontrar na lei civil e outra na lei de processo, prevalece a lei mais recente. No entanto, há que se atentar que lei civil fala em trazer o **valor do bem** à colação, enquanto o estatuto processual diz que deve vir o **bem** à colação. Deste modo, talvez não exista uma contradição entre os dois comandos legais. Vindo o bem, é ele ava-

35. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 439.

36. Neste sentido: Orlando Gomes, Sucessões, 293; e Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 411.

liado.³⁷ Assim, tanto os bens como as acessões e as benfeitorias feitas pelo donatário são calculadas pelo valor que tiverem ao tempo da **abertura da sucessão**. Certamente este é o melhor critério. Atentando-se ao princípio da razoabilidade, é mais fácil avaliar todos os bens hereditários pelo valor à data da transmissão da herança. Nada justifica eleger critério diverso nas hipóteses de **doações**. Até porque, é quase uma missão impossível atribuir valor a um bem à época em que houve a transferência, principalmente se decorreram anos ou décadas entre a data da liberalidade e a abertura da sucessão. Cabe imaginar a doação de um carro novo, de valor significativo. Dez anos depois, quando do falecimento do doador, não há como considerar o valor atual do bem. Cabe atentar ao valor correspondente do veículo da mesma marca e ano, por ocasião da abertura da sucessão.

Quando é necessário **diminuir** o excesso recebido pelo herdeiro a título de doação, para respeitar a igualdade da divisão, tal enseja o aumento do quinhão dos outros herdeiros. Nesta hipótese também cabe tomar por base o valor do excedente à época da abertura da sucessão (CC 2.007 § 2.º).

Existe uma ordem de primazia na colação das doações: o primeiro critério é o da apuração do valor dos bens doados; mas, se faltarem bens no acervo para a igualação das legítimas, determina-se a entrega do bem em espécie; não havendo tais bens em poder do donatário, o critério é o da substância.³⁸

Dispõe o herdeiro da prerrogativa de escolher: trazer à colação o bem que lhe foi doado ou o seu valor em dinheiro.³⁹ Com isso evita o inconveniente da revogação da doação que, inclusive, pode envolver eventuais terceiros adquirentes.⁴⁰ Tendo ocorrido a **doação de dinheiro**, é indispensável promover a correção monetária do valor.

63.5. CÁLCULO DA PARTE DISPONÍVEL

Antes de falar em legítima e em parte disponível, é necessário identificar a dimensão da herança. Para isso, é preciso excluir do acervo sucessório as dívidas do falecido e os encargos do espólio. Isso porque é o patrimônio do *de cujus* que responde por tais ônus. Atribui-se aos herdeiros a herança líquida: **ativo menos passivo**. Quando o testador tem herdeiros necessá-

37. Gustavo Tepedino, A disciplina da colação no Código Civil:..., 344.

38. Euclides de Oliveira, Colação e sonegados, 384.

39. Flávio Augusto de Barros, Manual de Direito Civil, 296.

40. Rolf Madaleno, A desconsideração da personalidade jurídica..., 272.

rios, a herança é dividida por dois: metade é a legítima e metade é a parte disponível, que o titular pode livremente destinar a quem quiser.

Caso o testador tenha feito doações em vida a herdeiros necessários, ainda assim deve respeitar a legítima dos demais. Por isso é preciso conferir se houve excesso ou não: identificar a **parte disponível**; quantificar o que corresponde à **legítima**; compensar o que foi recebido adiantadamente por algum herdeiro, para só então apurar o valor a ser atribuído a cada um dos sucessores. Comprovado **excesso**, cabe calcular o quanto deve ser devolvido pelo herdeiro que recebeu doação inoficiosa. Tudo isso para assegurar a igualdade dos quinhões. Tais operações demandam alguns cálculos.

Quando a doação é feita a favor de herdeiro necessário, não basta simplesmente somar o valor das doações ao acervo sucessório. O que foi doado acresce à legítima. Daí chamar-se **adiantamento de legítima**. Desse modo, primeiro é preciso isolar a parte disponível, que corresponde à metade do patrimônio encontrado quando do falecimento do autor da herança, sem considerar as doações (CC 2.002 parágrafo único). Sobre a outra metade é que se soma o valor das doações para se chegar à legítima.

63.6. CÁLCULO DA LEGÍTIMA

Geralmente, para a identificação da legítima, basta descontar as dívidas e dividir ao meio os bens da herança existentes quando do falecimento do *de cujus*. Metade é a parte disponível e a outra, a legítima, que configura a parte a ser dividida entre os herdeiros. Porém, se houve adiantamento de legítima, não é assim. Sobre a legítima soma-se tudo o que foi doado em vida a favor dos herdeiros necessários. Para isso, os herdeiros precisam trazer o que receberam à colação. O valor apurado é que corresponde à legítima a ser dividida igualmente entre os herdeiros necessários. Como se vê, deixa de ser igual a parte disponível e a legítima, pois sobre esta cabe acrescer o que vem à colação.

Esta forma de apurar a legítima é indicada em dois dispositivos legais: calcula-se sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão; abatidas as dívidas, soma-se o valor dos bens sujeitos à colação; o acréscimo soma-se apenas à legítima, sem aumentar a parte disponível (CC 2.002 parágrafo único).

63.7. CÁLCULO DOS QUINHÕES

As doações feitas em vida a herdeiros necessários precisam ser trazidas à colação. O valor do que foi doado soma-se à metade da herança, que corresponde à legítima. O resultado encontrado é dividido pelo número de herdeiros necessários, quantificando-se assim a legítima de cada um. Esta operação permite identificar se a liberalidade extrapolou ou não o limite, isto é, se a doação foi **inoficiosa**.

Se o bem recebido pelo herdeiro a título de doação foi menor do que o valor da legítima, basta descontar o que recebeu. O cálculo é fácil. O genitor (A) doou em vida ao filho (B) R\$ 100 mil. Nada adiantou aos outros dois filhos (C e D). Quando da morte de (A), ele deixa bens no valor de R\$ 500 mil. A parte disponível é de R\$ 250 mil. Para apurar a legítima, há que se acrescentar à metade da herança a doação feita a (B): $(250 + 100)$. A legítima é de R\$ 350 mil. Cada filho tem direito à terça parte, ou seja, R\$ 116,66 mil. Como a doação a (B) não extrapolou a legítima, cada um dos dois filhos vai receber R\$ 116,66 mil e (B) somente R\$ 16,66 mil.

No entanto, feita **doação inoficiosa**, isto é, se o valor da doação foi além da legítima do herdeiro, duas são as situações. Se existir patrimônio suficiente para nivelar o quinhão de todos os herdeiros segundo o valor doado a um, **eleva-se a legítima**, beneficiando igualmente os demais herdeiros, o que implica a redução da parte disponível. Caso não existam bens para tal, o beneficiado com a doação precisa devolver o que excedeu para eliminar favorecimento que a lei não tolera. Ou devolve ou paga a diferença aos demais.⁴¹

41. Doação. Validade. Doação de pais a filhos. Inoficiosidade. Existência. [...] 2. A existência de sentença homologatória de acordo, em separação judicial, pela qual o antigo casal doa imóvel aos filhos, tem idêntica eficácia da escritura pública. Precedentes. 3. A caracterização de doação inoficiosa é vício que, se não invalida o negócio jurídico originário – doação –, impõe ao donatário-herdeiro, obrigação protraída no tempo: de, à época do óbito do doador, trazer o patrimônio à colação, para igualar as legítimas, caso não seja herdeiro necessário único, no grau em que figura. 4. A busca da invalidade da doação, ante o preterimento dos herdeiros nascidos do segundo relacionamento do *de cujus*, somente é cabível se, e na medida em que, seja constatado um indevido avanço da munificência sobre a legítima, fato aferido no momento do negócio jurídico. 5. O sobejo patrimonial do *de cujus* é o objeto da herança, apenas devendo a fração correspondente ao adiantamento da legítima, *in casu*, já embutido na doação aos dois primeiros descendentes, ser equalizado com o direito à legítima dos herdeiros não contemplados na doação, para assegurar a esses outros, a respectiva quota da legítima, e ainda, às respectivas participações em eventuais sobras patrimoniais. 6. Recurso não provido. (STJ, REsp 1.198.168/RJ, 3.^a T., Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 22/08/2013).

Só os exemplos socorrem. Primeiro, cabe figurar a hipótese de **não existir doação** aos herdeiros necessários: ao falecer, (A) tinha um acervo de R\$ 500 mil; tanto a legítima como a parte disponível são de R\$ 250 mil, cabendo a cada um dos três herdeiros R\$ 83,33 mil a título de legítima. A integralidade da parte disponível fica para os herdeiros testamentários.

Havendo doação a um dos herdeiros em **valor superior à legítima**, eleva-se o quinhão dos demais herdeiros necessários; isto, é claro, se houver bens para tal. Seguindo no exemplo: (A) doou ao filho (B) R\$ 200 mil e, ao falecer, seu acervo era de R\$ 500 mil. A parte disponível é de R\$ 250 mil. Para apurar a legítima, é necessário somar à metade da herança a doação recebida por (B): $(250 + 200)$, chegando-se ao valor de R\$ 450 mil. Esta é a legítima. Cada um dos herdeiros faz jus à terça parte: R\$ 150 mil. Ou seja, em face do ato de liberalidade em favor de um herdeiro, a legítima de todos eleva-se, favorecendo a todos igualmente. Como (B) já recebera R\$ 200 mil, cabe contemplar os irmãos com o valor da diferença, pois existem bens suficientes na parte disponível. Assim, (B) nada irá receber. Cada um dos irmãos recebe R\$ 200 mil (R\$ 150 mil da legítima e mais R\$ 50 mil que são retirados da parte disponível). Assim, equiparam-se todos os quinhões dos herdeiros necessários em R\$ 200 mil. Com isso, a parte disponível fica reduzida a R\$ 100 mil.

Esses exemplos evidenciam que, ocorrendo doações em valor superior à legítima, se há patrimônio suficiente, o quinhão dos demais herdeiros necessários aumenta. Todos estes tortuosos cálculos visam respeitar a vontade do falecido, assegurando ao herdeiro o bem doado sem ferir o **princípio da igualdade**. Simplesmente se concede aos demais, valor igual ao que um dos herdeiros já recebeu adiantadamente.

63.8. REDUÇÃO DO EXCESSO

O titular do patrimônio não pode ferir o direito dos herdeiros necessários sobre a metade de tudo (CC 549). Caso doe em vida a herdeiro necessário além do que ele faria jus, o excesso precisa ser eliminado quando da sua morte. Se o espólio pode suportar a diferença, é possível igualar os quinhões, atribuindo aos demais herdeiros valor equivalente à doação feita a somente um deles. A diferença é retirada da **parte disponível**.

No entanto, se forem **insuficientes** os bens para tal complementação, o único jeito de garantir a igualdade na partilha é fazer com que o herdeiro que recebeu a doação devolva ao acervo sucessório o que excedeu: o bem

ou o correspondente em dinheiro (CC 2.007). A redução só tem cabimento se o doador, ao morrer, não tiver bens suficientes que consigam garantir aos demais herdeiros necessários quinhão igual. Ainda que tenha contemplado herdeiros testamentários, estes só irão receber o que restar da parte disponível depois de igualados os quinhões.

De modo redundante a lei explicita que só cabe a redução sobre o que exceder não só à legítima, mas também à parte disponível (CC 2.007 § 3.º). A assertiva é até desnecessária. Nada justificaria obrigar o herdeiro a devolver parte do que recebeu por exceder o valor da legítima, se tem ele direito a bens da parte disponível. Somente sobre o excesso além do disponível é que se impõe a redução.

Voltando ao exemplo. (A) doou a (B), um de seus 3 filhos, um imóvel no valor de R\$ 350 mil. Quando do seu falecimento, o acervo sucessório é de R\$ 500 mil. A parte disponível é de R\$ 250 mil. Para apurar a legítima, (B) precisa trazer à colação o bem recebido. Soma-se à metade da herança o valor da doação à época da morte ($250 + 350$). A legítima alcança R\$ 600 mil, e o quinhão de cada um dos três herdeiros é de R\$ 200 mil ($600 : 3 = 200$). Como o valor disponível é de R\$ 250 mil, dividindo este valor entre os dois herdeiros e somando a legítima ($250 : 2 + 200$), cada um receberia somente R\$ 325 mil. Ou seja, a legítima dos irmãos não alcançaria os R\$ 350 mil percebidos por (B). Portanto, não é possível igualar os quinhões de todos. Não há numerário suficiente para contemplar os demais com igual valor. Nessa hipótese, (B) pode trazer à colação ou o **próprio bem** ou o seu **valor** em dinheiro. Em qualquer caso há a necessidade de proceder à atualização segundo a data da abertura da sucessão (CC 2.007 § 2.º e CPC 639 parágrafo único). Caso (B) escolha permanecer com o imóvel, precisará arcar com a diferença que o beneficiou, pagando a cada irmão o equivalente a R\$33,33 mil.

Ordem de prioridade – Feitas várias doações em momentos distintos, estabelece a lei uma ordem cronológica de prioridade. A redução começa pela **doação mais recente**, depois a anterior, e assim sucessivamente até se eliminar a diferença. Não há outra forma, pois, quando feitas as primeiras doações, não existia excesso. Somente a partir do momento em que foi ultrapassado o limite é que cabe desconstituir os atos de liberalidade (CC 2.007 § 4.º). Caso as doações tenham sido várias, em um só ato, ou em atos distintos, mas em uma mesma data, a redução cabe ser realizada simultânea e proporcionalmente.⁴²

42. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 426.

Devolução – Se o herdeiro que recebeu a doação a título de adiantamento de legítima **renunciar** à herança ou for excluído, precisa devolver o que havia recebido (CC 2.008). Não se trata de colação, mas de simples devolução dos bens. Na complicada expressão da lei (CPC 640): *o herdeiro não se exime, pelo fato da renúncia ou da exclusão, de conferir, para o efeito de repor a parte inoficiosa, as liberalidades que houve do doador.*

A **exclusão** pode ocorrer por **indignidade** ou **deserdação**. Apesar da resistência da doutrina, o herdeiro, mesmo excluído da sucessão, só precisa devolver o que recebeu a título de **antecipação de legítima**. Perde exclusivamente a parte inoficiosa que invadiu a legítima dos outros herdeiros. É o que afirma Zeno Veloso: diante da lei, outra não pode ser a conclusão. O doador, todavia, está autorizado a promover a revogação por ingratidão (CC 557).⁴³

Cabe ao **inventariante** o dever de trazer à colação os bens recebidos pelo herdeiro ausente, renunciante ou excluído (CPC 618 VI).

A redução decorrente da colação não se confunde com a **redução das disposições testamentárias** (CC 1.967): quando o **herdeiro testamentário e o legatário** são obrigados a trazer à colação os bens recebidos que extrapolaram a **parte disponível** para não prejudicar os herdeiros necessários. Na colação, o **herdeiro necessário** compensa as doações recebidas com outros bens do inventário. Mas em ambos os casos, havendo excesso, impõe-se a redução. Ainda que o herdeiro resida no imóvel recebido, havendo necessidade de devolução, não cabe alegar que constitui **bem de família**.

63.9. HERDEIROS TESTAMENTÁRIOS E LEGATÁRIOS

Todas essas adequações que a lei determina para assegurar a igualdade da legítima acabam refletindo na parte disponível. Cada vez que o testador faz **doação inoficiosa** a favor de herdeiro legítimo, há redução da parte disponível. Para garantir a igualdade da legítima, pode ocorrer a redução ou até a eliminação da parte disponível.

Ainda que haja herdeiros instituídos por testamento, tal não inibe a equalização dos quinhões dos herdeiros necessários. Assim, quando há adiantamento de legítima, existe o risco de ocorrer a redução ou até a exclusão do direito do **herdeiro testamentário**. Somente cabe apurar o valor a que faz jus depois de se proceder à compensação dos quinhões dos herdeiros necessários. Não existe direito à fração do acervo sucessório, mas exclusi-

43. Idem, 427.

vamente direito à parte disponível, se houver. Absorvida esta para igualar o quinhão dos herdeiros necessários, nada recebe o herdeiro testamentário.

O mesmo ocorre com o **legatário**. Só tem direito ao legado que se comportar na parte disponível. Caso esta seja utilizada para completar o quinhão dos herdeiros necessários, em face do adiantamento de legítima levada a efeito em benefício de um, o legatário ficará sem o bem.

63.10. DISPENSA DA COLAÇÃO

O instituto da colação existe para assegurar aos herdeiros necessários igualdade de tratamento. Nenhum deles pode receber mais do que os outros, a não ser, é claro, que seja este o desejo do seu titular (CC 2.005). Não é absoluta a regra de que a doação feita como adiantamento de legítima é cogente e inafastável, pois o ascendente-doador pode dispensar da colação as doações feitas ao descendente, seu herdeiro necessário, determinando que saiam de sua metade disponível.⁴⁴

A lei confere ao doador a faculdade de escolher se quer simplesmente **adiantar** algum bem a um dos herdeiros necessários sem prejudicar os outros sucessores, ou se deseja de fato **favorecer** a um deles. Para que não ocorra a compensação, é preciso que o doador se manifeste expressamente. É necessário que sua intenção seja explícita, mandando embutir o que foi doado na sua parte disponível (CC 544).⁴⁵ Nada dizendo, a doação é considerada **adiantamento de legítima**. A dispensa da colação precisa ser declarada. Quedando-se em silêncio o doador, a doação será descontada da **legítima**. A dispensa nunca é presumida, ainda que não seja necessário o uso de palavras sacramentais como: dispenso a colação; doo bem da parte disponível do meu patrimônio etc. É possível interpretar as expressões utilizadas para apurar a inequívoca vontade do doador. Pontes de Miranda chama a atenção para a impropriedade da expressão: dispensa de colação. Na verdade, não se dispensa a colação, não se pré-exclui o dever de colacionar. O que se permite é explicitar que foi posto na metade disponível aquilo que foi doado em vida pelo *de cujus* ao herdeiro necessário.⁴⁶

Feita doação em vida, mesmo dispensada a colação, quando do **inventário** é necessário conferir se a doação não excedeu a parte disponível. Ou seja, mesmo declarando o doador o desejo de que os bens doados a um dos

44. Idem, 405.

45. Idem, ibidem.

46. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 55, 312.

herdeiros necessários não sejam compensados, sua vontade não prevalece integralmente. Existe um limite. Não pode dispensar da colação se, com isso, ferir a **legítima** dos demais herdeiros. A dispensa só vale dentro dos limites da quota disponível, pois, se a liberalidade exceder a metade do que o ascendente poderia dispor, deve ser reduzida, cabendo ao beneficiário conferir o restante.⁴⁷

Feita a doação por ato *inter vivos*, a dispensa do dever de colacionar não precisa ser levada a efeito no próprio instrumento de doação. Pode ser feita por meio de **testamento** (CC 2.006). Como o testamento é ato revogável por natureza, a dispensa da colação pode ser revogada. Basta que, em novo testamento, o testador revogue a cláusula testamentária anterior, que liberava o herdeiro de colacionar o bem. Dispensada a colação no próprio instrumento de doação, ela pode ser ou revogada ou imposta posteriormente via testamento.

63.10.1 Doação a quem se torna herdeiro necessário

A doação a herdeiro que integra a ordem de vocação hereditária, mas que ao tempo do ato não seria chamado à sucessão, configura doação da parte disponível (CC 2.005 parágrafo único). Não é preciso qualquer manifestação do testador dispensando a colação, pois quando doou não estava favorecendo herdeiro necessário. Não precisa o doador dispensar a colação nem o donatário conferir o bem recebido, mesmo que tenha se tornado herdeiro necessário quando da abertura da sucessão. O que recebeu por doação vai ser abatido da parte disponível. O exemplo clássico é o do avô que doa um bem ao neto. Quando da abertura da sucessão, se forem chamados à herança somente os netos, o que havia sido contemplado não precisa colacionar o bem recebido antes de se tornar herdeiro necessário.

63.10.2 Gastos dos ascendentes com os descendentes

Além da dispensa voluntária levada a efeito pelo doador, há outras hipóteses em que a própria lei dispensa a colação: não considera doação os gastos dos ascendentes com os descendentes. Por isso, estas despesas não precisam ser colacionadas (CC 2.010). São ônus decorrentes do poder familiar (CC 1.634). Mesmo depois de atingida a maioridade, persiste entre os parentes o dever de solidariedade familiar, a ponto de haver obrigação alimentar entre eles (CC

47. Sílvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7, 313.

1.694). Além de gastos ordinários, como educação, estudo, sustento, vestuário e tratamento nas enfermidades, lembra a lei algumas despesas no mínimo engraçadas: enxoval, casamento⁴⁸ e defesa em processo-crime. Claro que a enumeração não é exaustiva, até porque é usada a expressão “assim como”.

63.10.3 Doações remuneratórias

Doação remuneratória não é doação, é **contraprestação por serviços prestados** (CC 2.011). Por isso, valores recebidos a este título não precisam ser colacionados.⁴⁹ Pelo jeito, a lei quis se referir ao pagamento feito pelo pai ao filho por algum trabalho que este lhe prestou.

As doações “puramente” remuneratórias não podem ser revogadas por ingratidão (CC 564 I). **Doação pura** é aquela em que há equivalência entre o valor doado e o serviço prestado. Se o valor for exagerado, perde o excesso o caráter de contraprestação. Configura simples liberalidade. Há uma verdadeira doação nessa parte, inequívoca liberalidade no que ficar acima da justa remuneração. O excesso sujeita-se à colação.⁵⁰

63.11. CONCORDÂNCIA DO CÔNJUGE

48. [...] 3. O valor doado pelo pai a fim de custear as despesas do casamento de uma das filhas deve ser dispensado da colação por expressa disposição do art. 2.010 do CC. [...] Deram parcial provimento. Unânime (TJRS, AC 70045534963, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 26/01/2012).

49. Inventário. Alegação de doação remuneratória não sujeita à colação. Casados a agravante e o falecido pelo regime da separação de bens, ela foi contemplada com cessão de créditos de valores de precatórios, que eram a totalidade do patrimônio, em ato que o cedente consignou ser doação remuneratória por serviços e cuidados dedicados a ele. A decisão agravada considerou o ato como adiantamento de legítima, cabendo à filha herdeira 50% da quantia. Deve ser mantida a decisão porque não se configura na hipótese a doação remuneratória para os efeitos do art. 2.011 do CCB que prevê não estar sujeita à colação a doação remuneratória de serviços feitos ao ascendente. Trata-se no caso, de cessão entre marido e mulher e, independentemente de qual seja o regime de bens a vigorar no casamento, o art. 1.566 do CCB estabelece deveres de ambos os cônjuges, entre os quais a mútua assistência e consideração mútua. Assim, cuidados prestados ao cônjuge não são passíveis de reembolso, remuneração ou indenização, pois traduzem o cumprimento de um dever legal. De sorte que o ato do falecido não pode ser tomado como gratificação à prestação de um serviço, stricto sensu, de sorte a caracterizar doação remuneratória e afastar a colação. Negaram provimento. Unânime (TJRS, AI 70076068881, 8ª C. Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 12/04/2018).

50. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, v. 21, 431.

Como o adiantamento de legítima constitui verdadeira **doação**, é necessária a expressa concordância do cônjuge do doador. A não ser no caso do regime da separação absoluta de bens, a lei veda a doação de bens comuns e dos que podem atingir futura meação (CC 1.647 IV).

Com relação aos **bens imóveis**, a vênua conjugal é exigida para alienar ou gravar de ônus real (CC 1.647 I). A exceção fica por conta do regime da separação de bens, quando cada cônjuge pode livremente dispor de seu patrimônio (CC 1.687). No regime de participação final nos aquestos, é possível, via pacto antenupcial, convencionar a livre disposição dos bens imóveis particulares (CC 1.656).

Quando a doação é feita por **ambos os cônjuges**, consideram-se duas doações. Cada um doa a metade do bem. Presume-se que o bem é comum e cada doador efetuou o ato de liberalidade com relação à metade do bem.⁵¹ Feita a doação a favor de herdeiro necessário, no inventário de cada um dos doadores é preciso ser trazida à colação a metade do bem (CC 2.012). Isso porque aconteceram dois atos de transmissão. A crítica que recebe este dispositivo diz com sua imprecisão técnica, pois, a depender do regime de bens, pode haver doação em frações diferenciadas, mas a lei supõe que a doação foi de bem de propriedade de ambos, seja pela aquisição conjunta, seja pelo direito de comunhão decorrente do regime de bens.⁵² Mesmo nada referindo a lei, idênticas razões impõem que se aplique tal regra às doações feitas pelos companheiros da união estável.

A lei não diz, mas este dispositivo aplica-se exclusivamente às doações a **descendentes comuns** dos doadores, ou seja, quando são os pais que doam bens ao filho de ambos. A doação feita pelo casal ao **filho de somente um dos doadores** gera situação diversa. O beneficiário precisa trazer à colação a metade do bem na sucessão de quem é herdeiro necessário. Como a outra metade recebeu de quem não é seu ascendente, nada terá de declarar. Cabe o exemplo. O casal (A e B) doou a (C), filho de (A), um imóvel. Quando do falecimento de (A), o seu filho (C) precisa conferir a metade do bem recebido a título de adiantamento de legítima de seu pai. No entanto, quando do falecimento da madrasta (B), o enteado (C) não precisa trazer à colação a fração do bem que havia recebido. Afinal, não é herdeiro da doadora (B), viúva de seu pai.

51. Idem, 432.

52. Euclides de Oliveira, Colação e sonegados, 386.

63.12. PRESCRIÇÃO

Caso o herdeiro sonegue os bens que recebeu, não os trazendo à colação quando citado para falar sobre as primeiras declarações (CPC 627), dispõem os demais herdeiros e o inventariante de legitimidade para propor **ação de sonegados** (CC 1.992). A lei não prevê prazo prescricional para o uso da demanda, havendo, inclusive, quem afirme que a ação é imprescritível. No entanto, não há como eternizar a busca do reconhecimento de direito de natureza patrimonial. Pontes de Miranda sustenta que a ação contra o herdeiro pode ser proposta enquanto não prescrever a **ação de petição de herança**, cujo prazo é de 10 anos (CC 205).

Tema dos mais controvertidos é identificar o termo inicial para a contagem do prazo prescricional: a data em que foi feita a doação; o dia do falecimento do doador; o início da ação de inventário; ou a data da partilha. O termo inicial só pode ser a data em que o herdeiro teve **ciência da doação** que comprometeu o seu quinhão hereditário. A única dificuldade deste marco é provar. O ônus compete ao réu, de que o autor já tinha ciência da liberalidade.

63.13. ASPECTOS PROCESSUAIS

A lei civil impõe o dever de conferir as doações, e o Código de Processo traz o procedimento para a conferência, utilizando a expressão **inoficiosa** para identificar as doações que excederam o limite da parte disponível (CPC 639 a 641).

O herdeiro que recebeu bens por doação tem o dever de trazê-los à colação. No **inventário solene**, deve fazê-lo quando é citado para se manifestar, no prazo de 15 dias, sobre as primeiras declarações (CPC 627). Nas duas formas de **arrolamento**, a declaração precisa vir com o pedido inicial. Mesmo no **inventário extrajudicial**, o herdeiro não está dispensado de trazer à colação o que recebeu. Omitindo-se, fica sujeito a perder o bem recebido por ter sonegado a informação de já ter sido contemplado.

Somente os herdeiros necessários dispõem de legitimidade para exigir que os bens recebidos em vida sejam trazidos à colação.

A colação deve ser feita **por termo nos autos** ou por **petição** (CPC 639). Apesar da determinação da lei, é de todo dispensável o escrivão lavrar tal **ato**, arcaísmo que não mais se justifica nos dias de hoje. Dita possibilidade não dispensa a intervenção do advogado e permanece na lei por puro desleixo. A praxe persiste por vício.

A conferência de bens pode ser levada a efeito nos próprios autos do inventário. Caso não haja espontânea apresentação dos bens, o procedimento é breve. Chama-se de **oposição** a negativa do herdeiro de conferir os bens, sob o fundamento de não os ter recebido ou de estar dispensado da colação, que não se confunde com o procedimento de intervenção (CPC 682 a 686). Ocorrendo tal negativa, o juiz decide após a ouvida das partes (CPC 641). Desacolhida a oposição, tem o herdeiro o prazo de cinco dias para trazer o bem recebido à colação. É o que a lei chama de “**proceder à conferência**”. Omitindo-se, incorre na pena de **sonegação**, e perde o direito ao bem que havia recebido. Cabe o sequestro e, após, a partilha entre os demais herdeiros. Caso não mais disponha o herdeiro do bem, será atribuído aos demais o valor em dinheiro da parte inoficiosa da doação (CPC 641 § 1.º).

Somente se justifica remeter as partes às **vias ordinárias** quando a matéria exigir dilação probatória diversa da documental (CPC 641 § 2.º).⁵³ A busca dos bens não trazidos à colação é feita por meio da **ação de sonegados**. Dispõem de legitimidade para a demanda o inventariante e os herdeiros. Também o Ministério Público pode propor a ação quando houver interesse de herdeiro menor ou incapaz.

Na pendência da demanda, o herdeiro que está sendo processado por sonegação não pode receber seu quinhão hereditário, salvo se prestar **caução** correspondente ao valor do bem (CPC 641 § 2.º).

53. Inventário. Doação parcial de direito de meação feita pelo viúvo por meio de escritura pública. Pretensão de declaração de ineficácia do documento, por ofensa ao art. 1.793, § 3º, do CCB. Descabimento. Alegação de que a doação seria inoficiosa. Questão de alta indagação, que demanda dilação probatória. Remessa às vias ordinárias. 1. A disposição do art. 1.793, § 3º, do Código Civil, não se aplica à doação de bens que compõem a meação do cônjuge supérstite. O caput do mencionado dispositivo legal diz respeito unicamente à cessão de direito à sucessão aberta e de quinhão de que o co-herdeiro disponha, razão pela qual é inviável a sua incidência no que tange à meação a que o viúvo meeiro faça jus. Do mesmo modo, o § 3º do art. 1.793 estabelece que é ineficaz a disposição, sem prévia autorização judicial, feita por herdeiro relativamente a bem componente do acervo hereditário enquanto pendente a indivisibilidade. É cediço que o direito de meação decorre do regime de bens do casamento e não da sucessão; em outras palavras, a meação não é direito hereditário. 2. A alegação de que a doação feita pelo viúvo a parte dos herdeiros seria inoficiosa, violando o disposto nos arts. 544 e 549 do CCB, indubitavelmente constitui questão de alta indagação, exigindo ampla dilação probatória sob o crivo do contraditório e da ampla defesa – com a participação de todos os interessados, doador e donatários –, incompatível com o rito do inventário. Impõe-se, assim, a remessa da temática aos meios ordinários, de acordo com o art. 612 do CPC. Negaram provimento. unânime. (TJRS, AI 70074571274, 8ª C. Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 07/12/2017).

Depois de findo o inventário, os bens não colacionados e devolvidos ao acervo sucessório como sonogados sujeitam-se à **sobrepartilha** (CPC 669). Na hipótese de o herdeiro que está na posse dos bens hereditários não entregar os **frutos e rendimentos** percebidos após a abertura da sucessão, cabe pedido de **tutela de urgência** (CPC 300). A medida é cabível não só quando se tratar de bens imóveis, eis que bens móveis também rendem frutos. Apesar da referência legal, não há necessidade de haver sentença condenatória para o uso da medida cautelar, bastando a existência do risco de dissipação. Nenhum motivo há para que o sequestro de acessórios se faça só depois de condenado o réu por sentença. É claramente inadmissível a restrição.⁵⁴

LEITURA COMPLEMENTAR

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Uma contribuição crítica que se traz à colação. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Método, 2005. v. 3, p. 447-460.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Antecipação da legítima e colação no sistema brasileiro: estado da arte, depois de 2015. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e Sucessões: questões polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 297-312.

_____. Planejar é preciso: planejamento sucessório para as novas famílias. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, n. 10, abr. 2014.

OLIVEIRA, Alexandre Miranda. Da colação e sonogados. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 749-768.

OLIVEIRA, Euclides de. AMORIM, Sebastião. *Inventário e partilha*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PARISE, Alexandre Pasquali. Inventário. Superveniência de filhos. Colação de bens. A admissibilidade do sequestro dos frutos e dos rendimentos. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, a. XXXII, n. 99, set. 2005, p. 7-20.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da colação no Código Civil: proposta para um diálogo com o Código de Processo Civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e Sucessões: questões polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 327-346.

54. Galeno Lacerda e C. A Álvaro de Oliveira, Comentários ao CPC, v. 18, t. II, 74.

TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Cálculo da metade disponível para colação de bens e redução por inoficiosidade. *Revista do Advogado*, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, a. XXVII, n. 91, maio 2007, p. 34-41.

VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. Parte especial. Do direito das Sucessões. Arts. 1.857 a 2.027. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21. p. 404-432.

64

SONEGADOS

Sumário: **64.1.** Legitimidade ativa – **64.2.** Legitimidade passiva – **64.3.** Elemento subjetivo – **64.4.** Pena – **64.5.** Restituição dos bens – **64.6.** Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.992 a 1.996, 2.022; CPC 621 e 627 I.

O festival de palavras esquisitas prossegue: sonegado – vem de *sub-negare*. Quem sonega nega por baixo, disfarçadamente, dissimuladamente.¹ Aberta a sucessão, os bens transmitem-se aos herdeiros, mas há necessidade de se proceder à devida partilha. Todos os herdeiros têm o dever de declarar os bens que compõem o acervo sucessório para instruir o processo de inventário. A falta a esse dever básico constituiu sonegação. O herdeiro que descumpre essa ordem é considerado “sonegador” e se sujeita a perder o que ganhou. Como “sonegou” o que recebeu, chamam-se “**sonegados**” os bens não declarados (CC 1.992). É patente o sentido negativo da sonegação, que dá ideia de prática delitiva, pela omissão injustificável em declarar bens ou por seu desvio inadmissível.²

A finalidade do instituto é garantir a integralidade dos direitos sucessórios a todos os beneficiados pela morte do autor da herança, havendo também o interesse do fisco na cobrança do imposto de transmissão.³ Estão sujeitos à sonegação bens **móveis e imóveis**, assim como quaisquer outros bens, como **créditos** do falecido. A sua morte não faz desaparecer as dívidas dos terceiros para com ele. Como os créditos do *de cujus* pertencem ao espólio e não ao herdeiro, precisam ser trazidos ao inventário.

1. Pontes de Miranda, Tratado das ações, v. 3, 115.

2. Euclides de Oliveira, Colação e sonegados, 395.

3. Giselda Hironaka, in Francisco Cahali e Giselda Hironaka, Direito das Sucessões, 398.

A perda do direito é imposta por meio de demanda judicial, chamada **ação de sonegados**. Dois são os pedidos da demanda: (a) a condenação do réu a devolver o bem sonegado ao espólio; e (b) a aplicação da perda do bem, a ser subtraído do seu quinhão.

Diverge a doutrina sobre a **natureza da ação**. Em face do seu caráter punitivo, há quem sustente que a ação é **personalíssima**.⁴ Deste modo, ocorrendo a morte do réu durante a ação, o juiz não resolve o mérito (CPC 485 IX). De outro lado, admitida a transmissibilidade da ação, comprovada a postura dolosa do herdeiro, deve ser imposta a pena de perda do bem, que será devolvido ao espólio para sobrepartilha. Caso o falecimento se dê depois do trânsito em julgado da sentença, seus herdeiros deixam de receber a parte que ele perdeu em consequência da falta cometida.⁵

O **elemento objetivo** externo da sonegação é: a ocultação de bens; a falta de descrição no inventário; a omissão de colação das doações anteriormente recebidas; a recusa em restituir os bens à herança; ou a negativa da existência desses bens (CC 1.992).⁶ Configura sonegação a omissão tanto do herdeiro que está na posse de bens do falecido, como do herdeiro que recebeu bens em doação a título de adiantamento de legítima e não os trouxe à colação.

Perdendo o herdeiro o bem via ação de sonegados, não surge **direito de representação** dos seus descendentes. A hipótese não se iguala aos efeitos da indignidade, pois na sonegação não há exclusão do herdeiro. Ele somente perde o bem, que volta ao espólio e é sobrepartilhado entre os herdeiros legítimos.

Se houve **partilha em vida**, não há sonegação (CC 2.018). Os bens recebidos não precisam ser trazidos ao inventário, até porque integram a parte disponível. Porém, quando houve **adiantamento de legítima** (CC 544), como é indispensável que os bens doados sejam trazidos à **colação**, omitindo-se o herdeiro, configura-se a sonegação, sujeitando-se o herdeiro à perda da doação recebida.

O **prazo prescricional** para a propositura da ação de sonegados flui da data do **encerramento do inventário**.⁷

4. Nesse sentido: Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 60; e Salomão de Araújo Cateb, Direito das Sucessões, 247.

5. Carlos Maximiliano, Direito das Sucessões, 390.

6. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 268.

7. Ação de sonegados. prescrição. Não ocorrência. Sentença cassada. Teoria da causa madura. [...] 1 – Não havendo no Código Civil prazo específico para a prescrição de

Apesar da divisão tarifada do **ônus da prova** (CPC 373 I e II), pode o juiz, em decisão fundamentada, atribuir o encargo probatório de forma diversa (CPC 373 § 1.º). Afinal, não há como impor ao herdeiro o ônus da prova do momento em que teve conhecimento do ato de sonegação. A prova negativa é impossível, praticamente diabólica. A ele basta afirmar a data e as circunstâncias em que teve real ciência do evento danoso. Cabe ao réu fazer prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito sustentado pelo autor.

64.1. LEGITIMIDADE ATIVA

Dispõem de legitimidade para propor a ação de sonegados os **herdeiros** e os **credores da herança** (CC 1.994). Trata-se de **legitimidade concorrente**. Assim, só um dos herdeiros ou um único credor pode propor a ação. Comparecendo mais de um legitimado, forma-se um **litisconsórcio unitário facultativo**. Como a sentença devolve ao espólio o bem sonegado, seus efeitos beneficiam a todos (CC 1.994 parágrafo único).

Também o **inventariante** pode buscar junto aos herdeiros os bens sonegados. A legitimidade do inventariante para a ação de sonegação está consagrada na lei, ao lhe ser imposto o dever de arguir o herdeiro que declarou no inventário não possuir bens (CC 1.996). Também cabe ao inventariante trazer à colação os bens recebidos pelo herdeiro ausente, renunciante ou excluído por indignidade ou deserção (CPC 618 VI).

Não há como negar legitimidade para a ação, a quem pode ser beneficiado com o aporte de bens a serem divididos entre os herdeiros: o **viúvo e o companheiro sobrevivente**, mesmo que não sejam herdeiros. Dilatado o

reconhecimento de bem sonegado, há de ser aplicado o prazo decenal, conforme o disposto no artigo 205, do Código Civil, cujo termo inicial da contagem da prescrição dá-se a partir do encerramento do inventário, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. 2 – Cassada a sentença, aplica-se a teoria da causa madura, nos termos do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973 (art. 1.013, § 3º, I, do CPC/2015), haja vista a causa versar sobre a questão exclusivamente de direito, sendo desnecessária a produção de qualquer prova adicional. 3 – O bem doado pelo pai a um dos filhos importa adiantamento da legítima, devendo o donatário, para igualar as legítimas, conferir o valor da doação feita pelo ascendente, nos termos do artigo 2.002 do Código Civil. 4 – Os bens deixados pelo falecido devem ser transmitidos a seus herdeiros, sendo que, havendo ocultação, pode o sonegador ser condenado a restituir o bem ao montante, a perdas e danos e a perda do direito sobre o bem não declarado, de acordo com o que dispõe o artigo 1.992 do Código Civil. [...] Pedidos julgados parcialmente procedentes (TJDF 20140111328457/DF, 5ª T., Rel. Angelo Passarelli, j. 28/06/2017, p. 10/07/2017).

acervo sucessório, tanto a meação como o direito de concorrência adquirem proporções maiores.

Quanto aos **herdeiros**, somente dispõem de legitimidade para a ação de sonegados quando a procedência da ação puder beneficiá-los. Desse modo, se o único herdeiro de uma classe deixar de arrolar algum bem, os herdeiros da classe seguinte não podem pleitear a pena de sonegação. Caso o único filho do falecido deixe de arrolar bens, os parentes colaterais não poderão propor ação de sonegados, pois não se beneficiariam com a devolução dos bens.

O **credor do herdeiro** pode propor a ação. Como dispõe de legitimidade para requerer o inventário (CPC 616 VI), não há como lhe negar a possibilidade de ir a juízo para que o herdeiro, do qual é credor, receba bens que foram sonegados. Com isso, garante o pagamento do seu crédito. Mas a tendência é não reconhecer tal possibilidade.

A **Fazenda Pública** não tem legitimidade para propor ação de sonegados com o só fito de cobrar tributos.⁸ Descabe admitir, como faz boa parte da doutrina, que o fisco proponha a ação sem requerer a pena de sonegados.⁹ Como pode requerer o inventário (CPC 616 VIII), no máximo dá para admitir a possibilidade de buscar a cobrança dos tributos se comprovada a sonegação, mas essa não é ação de sonegados.

64.2. LEGITIMIDADE PASSIVA

Todo aquele que detiver bens hereditários sob ocultação, não sendo estes estranhos à sucessão, sujeita-se à sonegação.¹⁰ Assim, o **herdeiro necessário** que recebeu doações a título de adiantamento de legítima e deixa de trazer tais bens à colação sujeita-se à sonegação. Do mesmo modo, o **herdeiro** que não declara os bens da herança que estão em seu poder. Não só os herdeiros legítimos, também os herdeiros testamentários e os legatários têm igual dever. Também o indigno e o herdeiro renunciante, ainda que herdeiros não mais o sejam, retendo bens, podem ser agentes causadores de sonegação. Igualmente se expõe à ação de sonegação o **administrador provisório** que está com a posse dos bens e não os traz ao inventário.

8. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 60, 279.

9. Neste sentido: Orlando Gomes, Sucessões, 282; Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 303; e Giselda Hironaka, in Francisco Cahali e Giselda Hironaka, Direito das Sucessões, 400.

10. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 371.

Quando a omissão é do **testamenteiro**, além da pena de sonegação, perde o direito à vintena.

Ao **cônjuge** sobrevivente não se aplica pena de sonegação com referência à **meação**. No entanto, quanto aos bens particulares que estejam em sua posse, sim. As doações recebidas precisam ser trazidas à colação, caso faça jus ao direito de concorrência sucessória. A omissão enseja a aplicação da pena de sonegados. O mesmo se diga com relação ao **companheiro sobrevivente**. Cabe lembrar que todos os bens precisam ser declarados no inventário, até os que integram a **meação**, que só é identificada quando da partilha (CPC 651 II).

Já quanto aos **terceiros** estranhos à sucessão que se omitirem de declarar bens do falecido que estão em seu poder, não há como falar em sonegação. Sujeitam-se a ações possessórias e indenizatórias, que não derivam do direito hereditário.¹¹

O **herdeiro** tem várias oportunidades para comunicar que detém a posse de bens do espólio. A primeira é quando requerer a abertura do inventário (CPC 615). Inclusive, há a possibilidade de ser nomeado inventariante (CPC 617 II). Outro momento para denunciar que possui bens do falecido em seu poder é quando for citado para o inventário, momento em que já foram feitas as primeiras declarações, que trazem o rol dos bens. Fora isso, a qualquer momento pode comparecer ao inventário trazendo os bens recebidos à colação. Se ainda assim se queda em silêncio, é difícil não visualizar postura dolosa de quem assim age. Desse modo, não pode sequer vingar a alegação de que não tinha ciência de que o bem estava sendo inventariado.

O **inventariante** se sujeita à ação de sonegados se for herdeiro. Não há como acusá-lo de sonegação, se herdeiro não é. Caso se omita em descrever bens indicados pelos herdeiros, a hipótese não é de sonegação. Trata-se de **ato ilícito** e configura delito de **apropriação indébita** (CP 168). Pode ser alvo de ação indenizatória.

Distintos os momentos que permitem identificar o herdeiro e o inventariante como sujeitos à ação de sonegados. Flagra-se a postura omissiva do **herdeiro** quando, depois de citado para a ação de inventário, deixa de declarar a existência dos bens em seu poder que precisam vir à sucessão (CPC 627). Quando o **inventariante** é também herdeiro, só cabe ser qualificado como sonegador após ter declarado que se encontram encerradas as

11. Idem, 356.

descrições de bens e que não há outros a inventariar (CC 1.996 e CPC 621). Citados os herdeiros para se manifestarem sobre as **primeiras declarações**, cabe arguir a sonegação de bens (CPC 627 I).

Claro que, antes da propositura da ação de sonegados, cabem ser intimados, quer o herdeiro, quer o inventariante, para apresentarem os bens ao inventário. Caso atendam à intimação, não há falar em sonegados ou perda de direito ao bem.

64.3. ELEMENTO SUBJETIVO

A lei não exige a prova do dolo do sonegador. Pressupõe o dolo, que se configura *in re ipsa*, isto é, somente pelo fato do desvio de bens. É ato ilícito típico.¹² O simples fato de ocultar um objeto ou valor, ou subtraí-lo à partilha, ressalta a malícia – *dolus pro facto est* –, incumbindo ao faltoso provar a sua boa-fé.¹³ Não há necessidade de haver dolo ou intenção de omitir os bens. É suficiente a omissão como fato. Se o dolo ou a intencionalidade tivessem de ser provados, o ônus recairia sobre os demais herdeiros, que foram prejudicados com a omissão, o que seria inversão desarrazoada.¹⁴

O dolo não necessita ser provado – basta ficar comprovado que o herdeiro sabia da responsabilidade de colacionar o bem. Como o herdeiro se omitiu em declarar os bens recebidos e, ao ser interpelado pelo inventariante, negou a sua existência, se sujeita à ação de sonegados. Independentemente de a conduta tipificar um delito punível no **âmbito criminal**, a sonegação é instituto do direito sucessório, ainda que possa haver a presença de um crime, como apropriação indébita (CP 168) ou estelionato (CP 171). Tenha ou não havido crime, isso é irrelevante no campo civil.¹⁵

Antes da ação, tanto o herdeiro como o inventariante devem ser **intimados**, nos próprios autos do inventário, para apresentar os bens sonegados. Assim, não há como o réu alegar que não tinha ciência do dever de trazer os bens à colação. A iniciativa de pedir a intimação de quem está ocultando bens cabe a qualquer interessado. Quando a omissão for do **inventariante**, a sonegação pode ser arguida como fundamento do pedido de sua destituição da inventariança. Apenas quando o inventariante ou o herdeiro teimam em ocultar o bem é que se socorre à via ordinária, pois

12. Euclides de Oliveira, Colação e sonegados, 396.

13. Carlos Maximiliano, Direito das Sucessões, 377.

14. Paulo Lôbo, Direito Civil: Sucessões, 216.

15. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 368.

só então a questão ganha ares de controvérsia, impossibilitando a resolução nos autos do inventário, avessos à alta indagação.¹⁶

Ao autor basta provar que o bem não foi colacionado. É do demandado o **ônus da prova** de que o bem não pertence ao espólio ou de que deixara de comunicar sem má-fé, dolo ou culpa. Inverte-se o ônus da prova.¹⁷ Mesmo que a sentença reconheça que não houve **má-fé**, a restituição há que ser feita. Não comprovada a ocorrência de vício, ainda assim o herdeiro tem de devolver o bem que ocultou. Restituído o bem com seus frutos e rendimentos, o sonegador não fica livre do dever de indenizar, se comprovada a ocorrência de **perdas e danos**. Só na hipótese de não ter mais o bem é que pode pagar o seu valor em dinheiro e mais perdas e danos (CC 1.995). Não prevê a lei a possibilidade de o herdeiro ficar com o bem e pagar o seu valor em dinheiro.

A posição do STJ, no entanto, é benévola ao sonegador, exigindo a caracterização do dolo, não bastando a resistência do herdeiro mesmo após a interpelação.¹⁸

64.4. PENA

O herdeiro que sonegou bens é penalizado com a perda do bem não declarado. Como diz Euclides de Oliveira, a pena aplicável assemelha-se à moda do talião: perda do direito que o herdeiro detinha sobre o bem sonegado.¹⁹ Trata-se de uma verdadeira expropriação. Sujeitam-se à pena

16. Giselda Hironaka, in Francisco Cahali e Giselda Hironaka, *Direito das Sucessões*, 401.

17. Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, v. 7, 301.

18. Ação de sonegados. Dolo presumido. Inversão do ônus da prova. 1. A renitência do meeiro em apresentar os bens no inventário não configura dolo, sendo necessário, para tanto, demonstração inequívoca de que seu comportamento foi inspirado pela fraude. Não caracterizado o dolo de sonegar, afasta-se a pena da perda dos bens (CC, art. 1.992). 2. No regime da comunhão universal de bens, cada cônjuge tem a posse e propriedade em comum, indivisa de todos os bens, cabendo a cada um a metade ideal. Portanto, o ato de transferência de quotas de sociedades limitadas entre cônjuges é providência inócua diante do inventário, já que os bens devem ser apresentados em sua totalidade e, a partir daí, respeitada a meação, ser divididos entre os herdeiros. Portanto, a aplicação da pena de sonegados prevista no art. 1.992 do Código Civil é medida desproporcional ao ato de transferência de quotas sociais realizada entre cônjuges casados em comunhão universal, pois tais bens não podem ser escondidos. 3. Recurso especial conhecido e desprovido. (STJ, REsp 1.267.264/RJ, 3ª T., Rel. Min João Otávio de Noronha, j. 19/05/2015).

19. Euclides de Oliveira, *Colaço e sonegados*, 394.

de sonogados tanto os herdeiros legítimos, como os testamentários e o legatário. Também o **cônjuge** e o **companheiro sobreviventes**, se não declararem os bens do espólio que estão na sua posse. Não quanto ao direito de **meação**, mas em face do direito de **concorrência sucessória**. Caso tenham recebido bens em **doação**, precisam trazê-los à colação, para integrarem o direito concorrente.

Quando o herdeiro é também **inventariante**, a pena é mais rigorosa, pois, além da perda do bem sonogado, pode ser destituído da inventariança (CPC 622 VI). Afinal, descumpriu compromisso assumido em juízo. Tanto é assim que a destituição pode ocorrer por iniciativa judicial. Quando são os herdeiros que requerem a destituição, é necessário instalar procedimento próprio, em apenso aos autos do inventário (CPC 623 parágrafo único).

Nem sempre a omissão do inventariante configura sonegação. Tal só acontece se for herdeiro e deixar de trazer os bens recebidos à colação. Quando o pecado do inventariante é sua inércia em buscar a arrecadação dos bens ou em dar regular andamento ao inventário, não fica sujeito à perda dos seus bens. No entanto, por sua omissão, pode ser afastado da inventariança.

64.5. RESTITUIÇÃO DOS BENS

O acolhimento da ação de sonogados obriga o herdeiro a restituir os bens recebidos por doação, bem como a devolver os bens do espólio que estavam em sua posse. Com os bens, devem vir frutos e rendimentos. Como a sentença dispõe de eficácia retroativa à data da **abertura da sucessão**, este é o marco inicial sobre os acréscimos do bem a serem restituídos. Mesmo que o sonegador restitua o bem que ocultou e sofra a pena de perda do bem, se, com seu ato ilícito, causou danos, terá de indenizar os herdeiros segundo as regras gerais da responsabilidade civil (CC 186 e 927).²⁰ É o que diz a lei, ao falar em *mais as perdas e danos* (CC 1.995).

Quanto ao **período pretérito**, há que se atentar à natureza da posse do herdeiro. Se havia recebido os bens por doação, como adiantamento de legítima, só precisa devolver os frutos percebidos desde a morte do doador. Se a posse era de natureza outra, sujeita-se à **prestação de contas** durante todo o período em que estava na posse dos bens do falecido.

Caso o herdeiro tenha **alienado o bem**, a pena de sonegação não leva ao desfazimento do negócio jurídico. Os terceiros adquirentes de boa-fé

20. Zeno Veloso, Comentários ao Código Civil, 400.

são protegidos. Cabe a desconstituição somente se comprovada a **má-fé** ou se a transferência foi a título **gratuito**. Não possuindo mais o bem, cabe ao sonegador restituir ao espólio o **valor atualizado** do bem à data da abertura da sucessão. Depois de avaliado o bem, a atualização cabe ser feita pelos índices de **correção monetária** até a data do efetivo pagamento, acrescido de juros. No entanto, perecendo o objeto por caso fortuito ou força maior, exonera-se o sonegador do dever de pagar o valor do bem sonegado (CC 393).

64.6. ASPECTOS PROCESSUAIS

A ação de sonegados tramita de forma autônoma, perante o juízo universal do inventário (CPC 61). Ainda que a ação deva ser proposta nas vias ordinárias (CC 1.994), deve o herdeiro, nos autos do inventário, denunciar a existência de outros bens, desde que haja prova documental irrefutável ou a questão não exija longas discussões.²¹

Como a sucessão aberta é considerada **bem imóvel** (CC 80 II), a ação de sonegados tem natureza **real**. Assim, a não ser no regime da separação absoluta de bens, se alguma das partes for casada, é indispensável a formação de **litisconsorte necessário**, quer no polo ativo, quer no passivo da demanda (CPC 73 § 1.º I).

Pode ser proposta depois de **ultimado o inventário**, tão logo o interessado tome conhecimento da ocultação, desde que respeitado o prazo prescricional. Ainda assim, persiste a competência do juízo por prevenção.

Dispõem de **legitimidade** para a demanda o inventariante, os herdeiros necessários e os credores do espólio. Também o Ministério Público pode propor a ação quando houver interesse de herdeiro menor ou incapaz. Já os herdeiros testamentários, não.

A ação de sonegados tem dupla carga eficaz: **condenatória**, ao determinar a devolução do bem, e **constitutiva**, pois exclui o direito do herdeiro sobre o bem sonegado. Por isso, a ação proposta por um dos legitimados aproveita a todos (CC 1.994, parágrafo único). É que o acréscimo de bens ocorre em favor do espólio e se sujeita à **sobrepartilha**.

A ação contra o **herdeiro** somente pode ser proposta depois de superado o prazo para ele se manifestar sobre as primeiras declarações. Quando a demanda for contra o inventariante, precisa ter fluído o prazo das últimas

21. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 615.

declarações (CPC 636). Antes disso falta interesse processual, que conduz à extinção do processo sem resolução do mérito (CPC 485 VI).

A **remoção do inventariante** é um incidente processual e a ação de sonegação é um processo de conhecimento. Ainda que disponham de procedimentos distintos, busca a destituição do inventariante por sonegação, podem ser cumulados os dois pedidos. Movida a ação de sonogados contra o inventariante, a depender da gravidade da acusação que lhe é imputada, é de todo conveniente que seja ele afastado de suas funções, providência que pode ser tomada até de ofício pelo juiz.

Caso o bem tenha sido **alienado**, da ação precisa participar, como litisconsorte necessário, o adquirente. Como o resultado da demanda pode levar à restituição do bem, resguarda-se o comprador dos riscos da **evicção**, denunciando à lide quem lhe vendeu o bem. Ainda que já figure na ação o alienante na condição de réu, tal fato não inibe a denúncia.

Transitada em julgado a sentença, cabe ser buscado o seu cumprimento (CPC 513).

A ação de sonogados não suspende o inventário nem a partilha dos bens. Mas dispõe o autor da possibilidade de **requerer tutela provisória** para assegurar a conservação dos bens sonogados e garantir a eficácia da sentença em caso de procedência da ação.

Aplicada a pena de sonegação, o bem restituído à sucessão fica sujeito à **sobrepartilha** (CC 2.022 e CPC 669 I). A ação de sonogados pode ser cumulada com a de sobrepartilha.

O prazo de **prescrição** da demanda é de 10 anos (CC 205), a contar do encerramento do inventário.

LEITURA COMPLEMENTAR

CATEB, Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 243-248.

OLIVEIRA, Alexandre Miranda. Da colação e sonogados. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 749-768.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Colação e sonogados. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 381-398.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 7.

65

AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA

Sumário: **65.1.** Natureza da ação – **65.2.** Pressupostos – **65.2.1.** Habilitação – **65.2.2.** Competência – **65.3.** Legitimidade ativa – **65.4.** Legitimidade passiva – **65.5.** Herdeiro aparente: **65.5.1.** Quanto ao adquirente; **65.5.2.** Pagamento de legado; **65.5.3.** Ação reivindicatória – **65.6.** Prescrição – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.824 a 1.828; CPC 73, 628 e 668.

65.1. NATUREZA DA AÇÃO

Quando da abertura da sucessão, ocorre a imediata transferência de bens aos herdeiros (CC 1.784). É o princípio de *saisine*. No entanto, há a possibilidade de a herança cair em mãos de quem não detém a condição de herdeiro. Tal fato não exclui o direito sucessório dos verdadeiros herdeiros. Quem é herdeiro, ou assim se considera, pode buscar o reconhecimento do seu direito e a restituição dos bens. A saída é a via judicial: ação de petição de herança. Como alerta Paulo Lôbo, há uma imprecisão na norma legal (CC 1.824). Apesar de delimitar o alcance da petição de herança, se refere à restituição da herança, ou de parte dela. Não é restituição da herança, mas, rigorosamente, de **petição da posse de bens da herança**. A ação não **reivindica domínio**, pois este já foi transmitido aos herdeiros legítimos com o fato da morte do *de cujus*. Nem mesmo cuida de **imissão de posse** pelos herdeiros nos bens e valores, pois a posse indireta ou mediata também lhes foi transmitida em conjunto com o domínio. Seu objeto é a **posse direta ou imediata**, que se encontra em poder de terceiro

ou mesmo de um ou alguns herdeiros. Por isso não se confunde com a ação reivindicatória ou com a ação possessória.¹

65.2. PRESSUPOSTOS

A ação tem dupla **carga de eficácia: declaratória** da qualidade de herdeiro e **condenatória** à restituição da herança, com seus rendimentos e acessórios. A pretensão do autor é o recebimento do quinhão hereditário, em face de sua qualidade de herdeiro. A sentença declara sua condição de sucessor e condena quem está na posse da herança a entregá-la. Trata-se de verdadeira “devolução” a quem é titular desde a abertura da sucessão. Por isso, os efeitos da sentença são *ex tunc*, retroagem à data da abertura da sucessão.

É chamada de **ação universal**, eis que o autor não pretende a devolução de coisas destacadas, mas sim do patrimônio hereditário por inteiro, por se tratar de herdeiro de uma classe mais privilegiada; ou de quota-parte, por ser herdeiro da mesma classe dos que receberam a herança.² O direito reclamado nem sempre é da posse física, direta, mas do **direito à posse**. Como alerta Humberto Theodoro Júnior, não se pode pretender a posse exclusiva se a herança pertence a uma comunhão hereditária, na qual o autor da herança pretende ser incluído.³ Além de universal, a ação é **real**, pois impõe a devolução do acervo hereditário, que é considerado **bem imóvel** (CC 80 II).

A ação pode ser ajuizada antes, durante ou após o inventário. Mas a interdependência entre ambas é evidente. Se a ação for proposta antes ou durante o inventário, os bens ou valores se integrarão ao inventário.

Interposta a ação **antes** da abertura do inventário, devem figurar no polo passivo todos os **herdeiros**. Enquanto não ultimado o inventário, a ação deve ser proposta perante a **sucessão**, representada pelo inventariante (CPC 75 V). A participação dos herdeiros constitui litisconsórcio facultativo.

Antes da partilha e mesmo antes da abertura do inventário, o herdeiro pode pedir a **reserva de bens** enquanto tramita a ação de conhecimento em que busca reconhecer sua qualidade de sucessor.

1. Paulo Lôbo, *Direito Civil: Sucessões*, 215.

2. Giselda Hironaka, *Comentários ao CC*, v. 20, 200.

3. Humberto Theodoro Júnior, *Aspectos processuais da ação de petição de herança*, 119.

Depois de ultimado o inventário a ação deve ser proposta contra **todos os herdeiros** e também contra o titular do direito à **meação**. Neste caso, ter-se-á de promover a **sobrepartilha**.⁴ De modo frequente – e equivocado –, o herdeiro preterido propõe ação possessória, ou mesmo anulatória do inventário, trazendo como fundamento sua condição de herdeiro. Tal não deve leva à extinção do processo. O eventual erro na identificação da demanda impõe que o juiz determine a emenda a inicial.

A petição de herança não se confunde com a ação de **sonegados**. Esta tem por finalidade a inclusão de bens no inventário que foram propositamente omitidos por herdeiros, com intuito de subtraí-los da partilha. Por isso redunda em sanção aplicável ao herdeiro sonegador, que perde o direito a suceder no bem omitido. A petição de herança volta-se à assunção da posse de bem conhecido pelos herdeiros.⁵

De um modo geral, a ação de **investigatória de paternidade** é cumulada com a ação de petição de herança. Trata-se de **cúmulo de ações de natureza sucessiva**. Pode o autor, em sede cautelar, pleitear a indisponibilidade da fração correspondente ao seu quinhão do acervo hereditário, para assegurar o seu direito à herança. Reconhecida sua condição de herdeiro, a procedência da investigatória lhe assegura o direito à herança. Não há necessidade de ajuizar ação para anular a sentença que homologou a partilha. Os herdeiros devem devolver todos os bens para o monte, procedendo-se a nova partilha com o novo quadro de herdeiros.⁶

O reconhecimento da **posse de estado de filho** na construção do conceito de **filiação socioafetiva**, durante muito tempo, impediu que o filho buscasse investigar a paternidade biológica. Sob a justificativa da existência de vínculo de filiação, o máximo a que chegava a jurisprudência era acolher a ação como **declaratória de ascendência genética**, sem reflexos registrares e, via de consequência, sem direitos sucessórios.

No entanto, o reconhecimento da **multiparentalidade que enseja** a alteração registral com e inserção do nome de mais de dois pais, assegura ao filho todos os direitos com relação a todos os pais. Inclusive direitos

4. Paulo Lôbo, Direito Civil: Sucessões, 215.

5. Idem, 216.

6. Salomão de Araújo Cateb, Direito das Sucessões, 224.

sucessórios.⁷ O STF reconheceu repercussão geral, com a edição de tese.⁸ O tema é também objeto de enunciado do IBDFAM.⁹

O reconhecimento da **multiparentalidade** ocorre quando verificada a presença da **posse de estado de filho**, independente da existência de pai registral. Ambos passam a dispor da condição de pais, devendo cada um deles assumir os encargos decorrentes do poder familiar. Esta situação de vida deve ser retratada no registro de nascimento. É a forma de assegurar proteção integral a quem é filho por mais pessoas. Com relação a cada um deles o filho merece desfrutar de todos os direitos.

A busca do reconhecimento da parentalidade pode ocorrer após a morte do genitor. A **ação de reconhecimento de filiação socioafetiva post mortem** não pode ser confundida com **adoção póstuma**. Mas ainda reina enorme confusão em sede jurisprudencial, apesar de as situações serem bem distintas.

A **adoção póstuma** exige que a ação de adoção já tenha sido proposta antes de o adotante de morrer e que que reste provado, de forma inequívoca, a intenção de adotar (ECA 42 § 6º). A jurisprudência relativizou a

7. Recurso especial. Direito de família. Filiação. Igualdade entre filhos. Art. 227, § 6º, da CF/1988. Ação de investigação de paternidade. Paternidade socioafetiva. Vínculo biológico. Coexistência. Descoberta posterior. Exame de DNA. Ancestralidade. Direitos sucessórios. Garantia. Repercussão geral. STF. 1. No que se refere ao Direito de Família, a Carta Constitucional de 1988 inovou ao permitir a igualdade de filiação, afastando a odiosa distinção até então existente entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal). 2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. 3. A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis. 4. O reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros. 5. Diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, são inerentes à paternidade, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação. 6. Recurso especial provido (STJ, REsp 1618230 RS 2016/0204124-4, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 28/03/2017, p. 10/05/2017).
8. STF – Tema 622: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.
9. IBDFAM – Enunciado 9: A multiparentalidade gera efeitos jurídicos.

exigência da prévia propositura da ação, bastando a comprovação de o autor ter manifestado o desejo de adotar antes de morrer.¹⁰

Esta hipótese não cabe ser confundida com a busca do reconhecimento do vínculo de filiação *post mortem*. Nesta ação para constituição do vínculo parental basta a prova da **posse do estado** de filho. Mesmo que o autor tenha pai registral, não impede a declaração da filiação socioafetivo e a consequente multiparentalidade.

65.2.1. Habilitação

O herdeiro preterido pode pleitear a qualquer tempo sua habilitação no inventário (CPC 628). Depois de ultimado o inventário, só cabe a ação de petição de herança, independentemente de já ter ocorrido a partilha ou não. O pedido de habilitação pode ser feito nos próprios autos do inventário. Ouvidas as partes, o juiz decide. Caso reconheça a necessidade de dilação probatória, remete as partes às vias ordinárias e determina a **reserva de bens** em mãos do inventariante. O efeito da reserva cessa se a ação de petição de herança não for promovida no prazo de 30 dias (CPC 668 I).

Não tendo participado da ação de inventário, o herdeiro excluído não se sujeita aos efeitos da **coisa julgada**. É terceiro que não pode ser prejudicado (CPC 506). Como seu direito se contrapõe à partilha, a procedência da ação conduz à sua invalidação *pleno iure*, para que outra se faça em respeito ao direito sucessório do autor da ação de petição de herança.¹¹

65.2.2. Competência

Proposta a ação de petição de herança antes de ultimada a partilha, a demanda é atraída para o juízo universal do inventário e cabe o pedido de **reserva de bens**.

10. Recurso especial. [...] Adoção póstuma. Possibilidade. [...] 3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção. 4. Impõe-se especial atenção à condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, devendo o julgador nortear-se pela prevalência dos interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado. [...] (STJ, REsp 1.777.903, 4ª T., Rel Min. Luis Felipe Salomão, p. 07/03/2018).
11. Humberto Theodoro Júnior, Aspectos processuais da ação de petição de herança, 127.

Já a ação de **investigação de paternidade** cumulada com petição de herança não se sujeita ao juízo universal do inventário.

Acabado o inventário e feita a partilha, o herdeiro excluído nem por isso perde o direito à sucessão, ou a legitimidade para propor ação de petição de herança. Depois de ultimado o inventário, não existe prevenção do juízo. A competência é a territorial (CPC 46).

65.3. LEGITIMIDADE ATIVA

Quem dispõe de legitimidade para a ação são os herdeiros, qualquer deles – tanto legítimos quanto testamentários –, assim como cessionários e adquirentes de bens hereditários. O herdeiro substituto ou o fideicomissário também têm legitimidade para a demanda.¹² Os **legatários** não. Têm eles o direito de pedir a posse direta do bem legado, pretensão com distinta natureza. Terceiros também não. Mas o **credor** de algum dos herdeiros dispõe de legitimidade para a ação, pois, reconhecida a qualidade de herdeiro do seu devedor, pode habilitar-se para a cobrança de seu crédito.

Ocorrendo o falecimento do herdeiro preterido antes ou depois da abertura da sucessão, havendo **direito de representação**, os sucessores podem propor a ação.

O herdeiro resultante das técnicas de **reprodução assistida post mortem** pode fazer uso da ação petítória para o reconhecimento de seu direito à herança.¹³ Se não reconhecida a **união estável** pelos herdeiros em sede de inventário, o companheiro sobrevivente dispõe de legitimidade para a propositura da ação de reconhecimento da união, cumulada com ação de petição de herança.¹⁴

Ainda que o **ente público** não seja herdeiro, pode propor a ação de petição de herança a fim de afastar o herdeiro aparente, no caso de **herança jacente**. Procedente a ação, é feita a arrecadação dos bens.

A ação também pode ser proposta por um herdeiro contra um **coerdeiro** que recebeu mais do que tinha direito.¹⁵

A herança é um todo unitário de propriedade indivisível e regula-se pelas normas do **condomínio** (CC 1.791). Promovida a ação por somente

12. Débora Gozzo e Silvio Venosa, Comentários ao Código Civil brasileiro, v. 16, 169.

13. Idem, 42.

14. Cristiano Chaves de Farias, Incidentes à transmissão da herança, 63.

15. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 55, 149.

um dos coerdeiros, a todos aproveita (CC 1.825). Qualquer dos coerdeiros pode demandar a restituição de todos os bens, ainda que seja o único a acionar terceiro estranho à sucessão.¹⁶

É do autor o ônus de provar: (a) a morte do autor da herança ou a declaração de sua ausência; (b) a sua qualidade de herdeiro; e (c) o fato de a herança ou parte dela encontrar-se na posse do réu.¹⁷

Como a sucessão é considerada **bem imóvel** (CC 80 II), a ação de petição de herança tem natureza **real imobiliária**, o que torna indispensável que dela participem ambos os **cônjuges**, quer no polo ativo, quer no passivo (CPC 73). Tal exigência só não existe se os cônjuges forem casados pelo regime da separação absoluta de bens, assim considerado o regime da separação convencional e não o da separação legal.

65.4. LEGITIMIDADE PASSIVA

A ação de petição de herança cabe ser movida contra os detentores da herança, sejam ou não herdeiros. O autor pode demandar contra terceiro estranho à sucessão, bem como contra quem adquiriu o bem hereditário (CC 1.827). Não interessa se o possuidor tem título (CC 1.824). Também desimporta o fato de os réus saberem ou não se detêm a qualidade de herdeiros, ou seja, se são detentores da posse de boa ou de má-fé. Neste rol encontram-se os herdeiros aparentes: aqueles que se encontram na posse de bens hereditários como se titulares da herança fossem.

Em face dos efeitos da citação válida (CPC 240), depois de citado o possuidor, ele não mais pode alegar **posse de boa-fé**. Assim, aquele que estiver de posse dos bens hereditários, a partir da citação, tem a responsabilidade pela mora (CC 1.826 parágrafo único). Isso significa, em termos práticos, que responde, perante o herdeiro real, por todos os prejuízos a que seu atraso der causa, mais juros, bem como pela atualização dos valores monetários, segundo índices oficiais, e honorários de advogado (CC 395).¹⁸

Ainda que o inventário se encontre em andamento, a ação de petição de herança não pode ser movida contra o **inventariante**. Deve ser movida contra os **herdeiros**. Para a ação devem ser citados os **cônjuges** dos herdeiros.

16. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Direito Civil*, v. 7, 89.

17. Luciano Viana Araújo, *A petição de herança*, 469.

18. Débora Gozzo e Sílvia Venosa, *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. 16, 178.

ros casados, a não ser na hipótese de ter sido eleito o regime da separação de bens (CPC 73). A mesma exigência há que ser cumprida na **união estável**.

Caso não tenham devolvido os bens recebidos, o herdeiro declarado **indigno**, o que foi **deserdado** ou aquele que perdeu a qualidade de herdeiro em face da **anulação do testamento** fica sujeito à ação de petição de herança.

65.5. HERDEIRO APARENTE

Em respeito ao **princípio da aparência**, que visa resguardar a boa-fé de terceiros, traz a lei a figura do herdeiro aparente: quem sucedeu sem ter direito à herança. Logo, herdeiro não é, mas, ainda que esteja de má-fé, é considerado por todos como genuíno herdeiro, por força de erro comum.¹⁹ Daí ser chamado possuidor *pro hedere*. Possui como se fosse herdeiro, ainda que não o seja.

O resultado da ação de petição de herança movida contra o herdeiro aparente vai depender da natureza de sua posse, se de boa ou de má-fé. Comprovada a **boa-fé** do possuidor, tem ele direito a indenização por benfeitorias (CC 1.219) e aos frutos percebidos. Já os frutos pendentes devem ser restituídos (CC 1.214). Mas não responde pela perda ou deterioração dos bens a que não deu causa (CC 1.217).

Reconhecida a **má-fé** do possuidor, ele precisa restituir todos os frutos, só tendo direito ao reembolso das despesas (CC 1.216) e ao ressarcimento das benfeitorias necessárias (CC 1.220). Esses questionamentos referentes à natureza da posse do réu têm sentido antes de sua citação. O herdeiro aparente, depois de citado, fica constituído em mora e se transforma em possuidor de má-fé (CC 1.826 parágrafo único e CPC 240).

65.5.1. Quanto ao adquirente

Quando ocorre a venda de bem da herança por quem não é herdeiro, o requisito essencial é que o alienante se apresente como herdeiro aparente ao terceiro adquirente de boa-fé. Não interessa o ânimo de quem alienou. É irrelevante se o herdeiro alienante estava de boa-fé ou má-fé. Importa a aparência de herdeiro com legitimação para fazer a alienação.²⁰

19. Orlando Gomes, Sucessões, 322.

20. Paulo Lôbo, Direito Civil: Sucessões, 218.

A depender do título em que ocorreu a transferência dos bens – se gratuito ou oneroso –, há outros desdobramentos. Cabe perquirir se o adquirente estava de boa ou de má-fé.

Caso a venda tenha sido **onerosa**, se o adquirente estava de **má-fé**, a venda se desconstitui. No entanto, se o comprador agiu de **boa-fé**, não se sujeita a devolver o bem adquirido. Em nome da teoria da aparência, se tem por eficaz a alienação (CC 1.827 parágrafo único). Não sendo possível exigir a restituição do bem, no caso de má-fé do possuidor originário, que alienou bem que não era seu, resta aos herdeiros tão só o direito de demandar do alienante o valor do bem e perdas e danos (CC 1.817).

Caso a transferência tenha sido **gratuita** – ao fim e ao cabo, uma doação –, independe se o donatário estava de boa ou de má-fé: cabe sempre a restituição do bem. Ou seja, são eficazes as aquisições de boa-fé por título oneroso, e ineficazes as de má-fé e as feitas a título gratuito.²¹

65.5.2. Pagamento de legado

A natureza da posse do herdeiro aparente também cabe ser questionada, caso tenha cumprido determinação constante do testamento e “pago um legado”. Se o herdeiro aparente estava de **boa-fé**, não é obrigado a ressarcir o herdeiro verdadeiro. No entanto, este pode promover ação de petição de herança contra quem recebeu o bem (CC 1.828). Porém, se o herdeiro aparente agiu de **má-fé** ao cumprir o legado (sabendo, por exemplo, que o testamento era nulo, ou tinha sido revogado pelo *de cujus*), responde pelo seu ato.²² Só o exemplo permite compreender a hipótese legal: o herdeiro aparente (A), cumprindo determinação do testador, entrega um bem ao legatário (B). Vindo o testamento a ser anulado, o legado deixa de existir. O herdeiro aparente (A) não tem obrigação de indenizar o verdadeiro sucessor (C). No entanto, (C) pode propor ação de petição de herança contra o legatário (B), que não mais faz jus ao legado.

65.5.3. Ação reivindicatória

A ação de petição de herança não se confunde com a ação reivindicatória, apesar de ambas terem a mesma causa de pedir: o direito do autor sobre bens que estão na posse indevida do réu. Na essência, não há diferença

21. Orlando Gomes, Sucessões, 269.

22. Sílvio Rodrigues, Direito Civil, 89.

substancial entre as duas demandas. O que as distingue, praticamente, é que a petição de herança tem caráter “universal”, isto é, com ela o autor visa a uma “universalidade”: o patrimônio deixado pelo *de cujus*. Já a reivindicatória é uma ação singular ou particular que pretende bens específicos. Trata-se de demanda que tem por objeto coisas individualizadas.²³

A ação reivindicatória é movida contra **pessoa estranha** à sucessão, em tudo igual à ação que seria proposta pelo autor da herança se vivo fosse.²⁴ Na ação de petição de herança é buscado o reconhecimento da **qualidade de herdeiro** e, sucessivamente, a restituição da herança. Assim, quando está em jogo a qualidade de herdeiro do autor, a ação é sempre de petição de herança. De outro lado, quando não se discute a condição de herdeiro entre autor e réu, a ação é a reivindicatória.

65.6. PRESCRIÇÃO

Em face do **caráter dúplice** da ação de petição de herança, muito se discute em sede doutrinária sobre sua **prescritibilidade**. No entanto, de há muito o STF já sumulou a matéria.²⁵ Ao afirmar que a **ação de investigação de paternidade** é imprescritível, reconhece a prescritibilidade da ação de petição de herança. Ou seja, a condição de herdeiro é imprescritível, mas a pretensão patrimonial se sujeita à prescrição de 10 anos (CC 205).

Depois de muitas idas e vindas doutrinárias e jurisprudenciais, acabou o STJ por estabelecer que o prazo prescricional da ação de petição de herança passa a fluir a partir do **trânsito em julgado** da ação que reconheceu o vínculo de parentalidade.²⁶

23. Luciano Vianna Araújo, A petição de herança, 466.

24. Humberto Theodoro Júnior, Aspectos processuais da ação de petição de herança, 116.

25. STF – Súmula 149: É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

26. Recurso especial. Civil. Direito das sucessões. Ação de petição de herança. Filiação reconhecida e declarada após a morte do autor da herança. Termo inicial. Teoria da ‘actio nata’. Data do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade. 1. Controvérsia doutrinária acerca da prescritibilidade da pretensão de petição de herança que restou superada na jurisprudência com a edição pelo STF da Súmula n.º 149: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.”. 2. Ausência de previsão, tanto no Código Civil de 2002, como no Código Civil de 1916, de prazo prescricional específico para o ajuizamento da ação de petição de herança, sujeitando-se, portanto, ao prazo geral de prescrição previsto em cada codificação civil: vinte anos e dez anos, respectivamente, conforme

Proposta a ação investigatória de paternidade cumulada com petição de herança, tramitando o processo de inventário, cabe promover a reserva do quinhão do sedizente herdeiro.

A favor do **detentor de boa-fé** flui o prazo da **prescrição aquisitiva**. Assim, na ação de petição de herança, pode o réu opor exceção de **usucapião**. Sustenta Pontes de Miranda que, antes de decorrido o prazo prescricional da ação de petição de herança, não começa a fluir o prazo para aquisição do bem pela usucapião. O tempo não corre enquanto não prescreve a ação. Seria absurdo que se adquirisse se ainda há ação para reivindicar. Prescrita a ação, começa a correr o prazo para usucapião.²⁷

LEITURA COMPLEMENTAR

ARAÚJO, Luciano Vianna. A petição de herança. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2003. v. 1, p. 461-481.

ASSIS, Arnaldo Caminho de. Ação de petição de herança. In: TEIXEIRA, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Pereira (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 629-644.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. Parte especial. Do Direito das Sucessões. Arts. 1.784 a 1.856. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, p. 200-208.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos processuais da ação de petição de herança. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, a. XI, n. 30, mar. 1984, p. 113-140.

previsto no art. 177 do CC/16 e no art. 205 do CC/2002. 3. Nas hipóteses de reconhecimento 'post mortem' da paternidade, o prazo para o herdeiro preterido buscar a nulidade da partilha e reivindicar a sua parte na herança só se inicia a partir do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, quando resta confirmada a sua condição de herdeiro. Precedentes específicos desta Terceira do STJ. 4. Superação do entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado quando ainda detinha competência para o julgamento de matérias infraconstitucionais, no sentido de que o prazo prescricional da ação de petição de herança corria da abertura da sucessão do pretendido pai, seguindo a exegese do art. 1.572 do Código Civil de 1916. 5. Aplicação da teoria da 'actio nata'. Precedentes. 6. RECURSO ESPECIAL DES-PROVIDO (STJ, REsp 1368677/MG 2013/0044420-5, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 05/12/2017, p. 15/02/2018).

27. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 55, 156.

66

QUESTÕES TRIBUTÁRIAS

Sumário: **66.1.** Bases de incidência – **66.2.** Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD e Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – ITBI – **66.3.** Meação – **66.4.** Concorrência sucessória – **66.5.** Direito de representação – **66.6.** Doação – **66.7.** Adiantamento de legítima e partilha em vida – **66.8.** Colação – **66.9.** Renúncia, indignidade e deserdação – **66.10.** Cessão – **66.11.** Substituição – **66.12.** Fideicomisso – **66.13.** Testamenteiro – **66.14.** Inventário – **66.15.** Arrolamento – **66.16.** Partilha amigável – **66.17.** Inventário e partilha extrajudicial – **66.18.** Súmulas – Leitura complementar.

Referências legais: CR 155 I, III, 156 II; CPC 654, 659, 662, 664 § 5.º, 722; Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional – CTN) 35 a 42; Lei 9.532/1997 23; Resolução 9/1992 do Senado Federal; Lei 8.935/1994 30 XI; Lei 9.532/1997 23 § 1.º; Lei 11.441/2007.

66.1. BASES DE INCIDÊNCIA

O Estado tributa tudo, ou quase tudo. De um modo geral, a movimentação de bens e direitos – seja a que título for –, autoriza a cobrança de impostos. A depender da natureza da mudança de titularidade, existem diversas modalidades de transferência a título de impostos e tributos. .

As normas gerais relativas aos tributos e aos direitos a eles relativos se encontram na Constituição da República (145 a 156) e no Código Tributário Nacional. A Constituição divide entre os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a **competência** para a cobrança de impostos, a depender do **objeto** que é transferido e a **forma** da transmissão. É da competência

estadual, distrital ou municipal a regulamentação específica: definição de alíquota, formas e prazos de arrecadação, penalidades etc.

Claro que esta voracidade tributária existe até no direito sucessório. A identificação do imposto a pagar depende da natureza do bem, se imóvel ou móvel, corpóreo ou não, e do tipo da transmissão: se onerosa ou gratuita. Do mesmo modo, interessa se a transferência foi feita entre pessoas vivas ou ocorreu em razão da morte. O estado não perdoa os encargos tributários do *de cujus*. *Não desaparecem com sua morte*. Transmitem-se a seus herdeiros, a serem pagos segundo as forças da herança.

Em sede de direito sucessório, há que se atentar também para a incidência do **imposto de renda** (L 9.532/97 23 § 1.º). Na transferência de direito de propriedade por sucessão – herança, legado ou adiantamento da legítima –, os bens podem ser avaliados pelo valor de mercado ou pelo valor constante da declaração de bens do *de cujus*. Caso o herdeiro declare no inventário os bens pelo **valor que recebeu**, cabe ao inventariante recolher o imposto e, portanto, optar pela tributação ou pelo diferimento. Na declaração feita pelo valor recebido, não há incidência de imposto. Caso a transferência for efetuada pelo **valor de mercado**, e houver diferença a maior, a diferença se sujeitará à incidência de imposto de renda.

Havendo ulterior alienação do bem pelo herdeiro ou legatário, são tributados os **ganhos de capital** pelo acréscimo patrimonial (L 7.713/88), considerado como custo de aquisição o valor pelo qual foram transferidos (L 9.532/97 23 § 4.º).

66.2. IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS – ITCD E IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS – ITBI

Em face do princípio de *saisine*, no momento da morte ocorre a transmissão do domínio e da posse dos bens do *de cujus* aos seus sucessores (CC 1.784). Aproveita-se o fisco para tarifar este acontecimento. Assim, quando da abertura da sucessão, a transferência do acervo patrimonial do falecido aos herdeiros faz incidir o chamado Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD.

O ITCD é de competência dos **Estados** e do Distrito Federal (CR 155 I). Já o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – ITBI é de **competência municipal** e incide sobre a transferência onerosa de direitos reais sobre imóveis (CR 156 II). Tem como fato gerador a transmissão da propriedade

ou do domínio de bens imóveis (CTN 35 I), exceto os direitos reais de garantia (CTN 35 II). Não só a transmissão, também a **cessão** de tais direitos gera o mesmo imposto (CTN 35 III). A base de cálculo é o **valor venal** do imóvel, isto é, o valor de mercado quando da abertura da sucessão.

A **progressividade tributária do ITCD não se incompatibiliza** com o princípio da **capacidade contributiva**, consagrado constitucionalmente (CR 145 § 1.º). Assim já decidiu o STF, em recurso em que houve o reconhecimento de repercussão geral, com a edição de tema.¹

O **fato gerador** do imposto *causa mortis* não é a **morte**, mas a transferência do acervo sucessório em face da morte do titular dos bens.² Incide tanto sobre a **herança** transmitida aos herdeiros como sobre os bens deixados por **testamento**. Ocorrem tantos fatos geradores quantos forem os herdeiros ou legatários (CTN 35 parágrafo único). A responsabilidade pelo pagamento dos tributos devidos pelo espólio é do inventariante, respondendo pessoalmente se não recolher o imposto (CTN 134 IV). Mas o pagamento deve ser feito por **cada um dos herdeiros** sobre o quinhão recebido.

Incide sobre todo o acervo sucessório, a integralidade do **patrimônio** do *de cujus*. O conceito de patrimônio é ativo menos passivo. Assim, o imposto tem como base de incidência somente o saldo patrimonial **positivo**. Afinal, são os bens remanescentes que se transmitem aos herdeiros, e exclusivamente sobre estes é que deve incidir a tributação.

Apesar de as **dívidas** do falecido se transmitirem, essas não são tributadas, por não expressarem capacidade contributiva. Deste modo, o imposto deve incidir unicamente sobre a **herança líquida**, descontadas as dívidas do *de cujus* e do espólio, bem como as despesas do inventário, tais como custas processuais, taxa judiciária e honorários advocatícios do procurador do inventariante. O patrimônio deve conter ativos, pois ninguém herda só

1. STF – Tema 21: É constitucional a fixação de alíquota progressiva para o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação — ITCD.
2. Tributário. ITCD. Fato gerador. Princípio da *saísine*. Súmula 112/STF. 1. Cinge-se a controvérsia em saber o fato gerador do ITCD – Imposto de Transmissão *Causa Mortis*. 2. Pelo princípio da *saísine*, a lei considera que no momento da morte o autor da herança transmite seu patrimônio, de forma íntegra, a seus herdeiros. Esse princípio confere à sentença de partilha, no inventário, caráter meramente declaratório, haja vista que a transmissão dos bens aos herdeiros e legatários ocorre no momento do óbito do autor da herança. 3. Forçoso concluir que as regras a serem observadas no cálculo do ITCD serão aquelas em vigor ao tempo do óbito do *de cujus*. 4. Incidência da Súmula 112/STF. Recurso especial provido (STJ, REsp 1.142.872 (2009/0104234-6), 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, j. 20/10/2009).

passivos.³ Se as dívidas absorvem a totalidade do acervo patrimonial, não há herança.⁴ Apesar da obviedade desse raciocínio, em muitos Estados, o valor do ITCD é calculado sobre a **integralidade do acervo sucessório**, o que gera um enriquecimento sem causa do fisco, pois cobra imposto sobre patrimônio que não existe. A **inconstitucionalidade** de tal entendimento foi reconhecida pela justiça gaúcha,⁵ ensejando a alteração da lei.

Só cabe falar em incidência de imposto de transmissão quanto aos **bens** objeto da herança. Assim, sobre **frutos e rendimentos** não se justifica sujeitá-los à tributação. Verbas outras, ainda que recebidas quando da morte de alguém, nem sempre integram o acervo sucessório, como o **seguro de vida**.

No que diz respeito aos planos de **previdência privada**, o VGBL – Vida gerador de benefício livre, não está sujeito ao inventário. Conforme o PGBL – Plano gerador de benefício livre, há controvérsia jurisprudencial sobre sua inclusão no inventário.

Há diversas outras verbas que também não se sujeitam ao pagamento de imposto de transmissão, como resíduo salarial, saldos de FGTS, PIS ou PASEP. No entanto, estas são previsões que competem às legislações estaduais, que se revelam cada vez mais vorazes.

A **doação** em favor dos herdeiros com instituição de **usufruto** gera incidência de imposto. Descabe nova tributação quando da sua extinção, momento em que a titularidade do bem resta integralmente a favor do nu-proprietário.⁶

66.3. MEAÇÃO

A cotitularidade dos bens adquiridos durante o período da vida em comum chama-se **mancomunhão**. Estranha expressão que identifica a

3. Salomão de Araújo Cateb, *Direito das Sucessões*, 34.
4. Rui Ribeiro de Magalhães, *Direito das Sucessões no novo Código Civil brasileiro*, 108.
5. TJRS, ADI 70007457880, Rel. Des. Vasco Della Giustina, j. 31/05/2004.
6. Mandado de segurança. Direito tributário. ITCD. Doação de ações com reserva de usufruto. Critério temporal da hipótese de incidência tributária. Data da extinção do usufruto. Tratando-se de transmissão por doação com reserva de usufruto, somente restará configurada a hipótese de incidência tributária com a extinção do direito real limitado, o que se verifica com a ocorrência de alguma das hipóteses contidas nos arts. 1.410 e 1.411 do Código Civil, na forma do art. 4º, inciso II, b, da Lei Estadual nº 8.821/89. Não configuração do fato gerador de ITCD, que somente ocorrerá com a extinção do usufruto, sendo nulo o lançamento. Apelação provida (TJRS, AC: 70077284040 RS, 21ª C. Cív., Rel. Marcelo Bandeira Pereira, j. 09/05/2018, p. 14/05/2018).

comunicabilidade do patrimônio comum. Deste modo, se o falecido era casado ou vivia em união estável, a depender do **regime de bens**, o sobrevivente possui direito à meação. Fração que pertence ao sobrevivente, por direito próprio. Não será dividida entre os herdeiros. Ou seja, não integram o acervo sucessório. O viúvo ou o companheiro sobrevivente participam do inventário tão somente para que seja individualizada a sua meação.

Deste modo, não há **transferência patrimonial**. Mas **simples individualização** da quota parte do cônjuge ou companheiro sobrevivente. E, não havendo transmissão, não há **fato gerador**, não podendo ocorrer incidência de **tributo**.

Via de consequência, a meação também não pode integrar a base de cálculo das **custas e taxa judiciária**. Neste sentido é a reiterada orientação do STJ.⁷ Mas como a regulamentação sobre esta matéria é afeta aos Estados, há decisões para todos os gostos. No Distrito Federal⁸ e em Goiás,⁹ a meação é excluída do cálculo dos encargos processuais. Já em São Paulo a taxa judiciária incide sobre a totalidade do patrimônio.¹⁰ No Rio Grande do Sul há decisões nos dois sentidos. Tanto mantendo a meação no cálculo,¹¹ como a excluindo.¹²

A herança pode ser objeto de **renúncia**. Ou seja, somente o herdeiro que recebeu o bem pode abrir mão do quinhão hereditário. Como a meação não integra a sucessão, nem o cônjuge nem o companheiro podem renunciar à meação. No entanto, podem doá-la a favor do acervo sucessório, ou a favor de alguns dos herdeiros, o que gera o pagamento do imposto de transmissão.¹³ Euclides de Oliveira preconiza interpretação extensiva,

7. STJ, REsp 1600183 SP 2016/0114325-3, Rel. Ministro Raul Araújo, p. 01/02/2017.
8. TJDF, AI 07081061120188070000/DF (0708106-11.2018.8.07.0000), 3ª T. Cív., Rel. Maria de Lourdes Abreu, j. 09/08/2018).
9. TJGO, AI 41720320168090000, 3ª C. Cív., Rel. Beatriz Figueiredo Franco, j. 07/06/2016, p. 16/06/2016.
10. TJSP, AI 20337364820188260000/SP (2033736-48.2018.8.26.0000), 10ª C. Dir. Priv., Rel. Coelho Mendes, j. 10/07/2018, p. 10/07/2018.
11. TJRS, AC 70070527643, 1ª C. Cív., Rel. Irineu Mariani, j. 10/05/2017.
12. TJRS, AI 70070099338, 7ª C. Cív., Rel. Jorge Luís Dall'Agnol, j. 26/10/2016.
13. ITCMD. Transferência patrimonial decorrente de renúncia à meação. Transmissão a título gratuito sujeita à incidência do imposto. Decadência. Inocorrência. Ausência de decurso de prazo superior a cinco anos desde a ocorrência do fato gerador. Descumprimento das regras do dever de comunicação. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido (TJSP 10239642020158260506/SP (1023964-20.2015.8.26.0506), 4ª C. Dir. Púb., Rel. Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, j. 14/08/2017, p. 22/08/2017).

reconhecendo que se trata de **cessão**, nada mais do que um negócio jurídico *inter vivos*.¹⁴ No entanto, há que atentar a um detalhe: a cessão levada a efeito pelo **herdeiro** implica em aceitação e posterior transferência do quinhão hereditário. Duas transmissões que ensejam a incidência de dupla tributação. Já quando o cedente é o meeiro, há uma só transferência patrimonial, dele para o cessionário.

66.4. CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA

Assegura a lei ao cônjuge e ao companheiro sobrevivente fração da herança a título de concorrência sucessória. É direito que não se confunde com a meação. Trata-se de **direito sucessório**, desfrutando o beneficiário da condição de **herdeiro necessário**. Assim, sobre os bens recebidos a este título incide imposto de transmissão *causa mortis*.

66.5. DIREITO DE REPRESENTAÇÃO

Quando o herdeiro morre antes da abertura da sucessão, seus descendentes são chamados a representá-lo. Nesse caso não existe dupla transferência de bens. A herança não se transmite do titular para o herdeiro pré-morto e deste para os seus sucessores. O herdeiro recebe a herança em **nome próprio**, ainda que por direito de representação. Mesmo que ocorra uma sucessiva convocação de herdeiros, a transmissão é única: do *de cujus* diretamente aos representantes do herdeiro. Incide um único imposto.

66.6. DOAÇÃO

A incidência do imposto de transmissão por ato gratuito de bens móveis ou imóveis, e de direitos a eles relativos, ocorre quando da transferência dos bens. De um modo geral, de forma para lá de desarrazoada, o valor do imposto incidente sobre a doação é superior ao da transferência onerosa, e varia de Estado para Estado, de Município a Município.

Tal oneração diferenciada leva as pessoas a procurarem formas alternativas de contornar a incidência da tributação a maior. Por exemplo, simulam compra e venda, quando de fato se trata de doação, o que configura, ao fim e ao cabo, uma forma de evasão tributária. As consequências dessa manobra podem ser significativas, bastando atentar ao regime da

14. Euclides de Oliveira, Sucessão legítima à luz do novo Código Civil.

comunhão parcial de bens (CC 1.659), em que os bens recebidos por doação são incomunicáveis e os adquiridos onerosamente se comunicam. Assim, na hora de separar a meação, é necessário identificar a natureza da transmissão levada a efeito. A situação é recorrente nos tribunais, sendo difícil comprovar a simulação.

Outro exemplo: o genitor, querendo doar um bem ao filho, para evitar o imposto de maior valor, faz constar da escritura que se trata de compra e venda. Quando do falecimento do filho, sendo ele casado, por se tratar de bem adquirido onerosamente durante o casamento, integra o patrimônio comum do casal, cabendo ao cônjuge sobrevivente a sua metade. Caso tivesse constado do ato translativo que se tratava de doação a favor do filho, seria considerado bem particular, não integrando a meação do viúvo.

Havendo **diferença de quinhões** entre os herdeiros, recebendo um deles quinhão maior que os demais de forma não onerosa, a diferença a maior corresponde a doação, incidindo a alíquota diferenciada do ITCD.¹⁵

Em se tratando de **legado de dinheiro**, como dinheiro é bem fungível, incide o imposto de doação (ITCD).

66.7. ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA E PARTILHA EM VIDA

Dispõe o titular do patrimônio da possibilidade de dispor de seus bens enquanto vivo. Quando beneficia **herdeiros necessários**, presume a lei que se trata de adiantamento de legítima (CC 544). Caso pretenda doar-lhes bens da parte disponível, é necessário que expressamente se manifeste neste sentido. Tal é chamado de partilha em vida (CC 2.018). As duas hipóteses configuram doação, o que faz incidir o respectivo imposto (ITCD).

66.8. COLAÇÃO

Quando o titular do patrimônio doa bens aos herdeiros necessários, a título de **adiantamento de legítima** (CC 544), por ocasião da abertura da sucessão os donatários precisam trazer o que receberam à colação. Tal não gera a incidência de imposto de transmissão, eis que o ato de transferência ocorreu no momento da doação. Somente na hipótese de haver redução da doação, com atribuição da diferença aos demais herdeiros (CC 2.007), é que surge o fato gerador do imposto de transmissão *causa mortis*.

15. Sílvia Maria Benetti Teixeira, A tributação no inventário..., 303.

66.9. RENÚNCIA, INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

Por presunção legal, o patrimônio do falecido se transmite aos herdeiros, o que faz surgir obrigação tributária. Mas o herdeiro pode renunciar, mediante manifestação expressa. A renúncia devolve a herança aos demais herdeiros, como se não tivesse havido a transmissão ao renunciante. Como a renúncia tem eficácia retroativa à abertura da sucessão, ocorre também a extinção retroativa do fato gerador de encargo tributário.

A **renúncia** precisa ser formalizada por escritura pública ou termo nos autos, antes de o renunciante ter praticado qualquer ato que demonstre ter assumido a condição de herdeiro. Ainda que ocorram duas transmissões (do falecido ao herdeiro no momento da morte e do herdeiro devolvendo a herança), a obrigação tributária é fulminada pelo efeito da renúncia, não incidindo qualquer imposto. O herdeiro renunciante não tem qualquer encargo tributário.¹⁶ Mas o imposto naturalmente incide na transmissão em favor do herdeiro que se habilitar em lugar do renunciante.¹⁷

Nas modalidades em que o herdeiro resta excluído da sucessão, do mesmo modo não há fato gerador do imposto de transmissão. Na **indignidade**, ainda que tenha havido o recebimento da herança quando da abertura da sucessão, declarado o herdeiro como indigno, o quinhão por ele recebido retorna ao acervo sucessório. Este movimento, no entanto, não gera encargos em face da natureza declaratória da sentença, que tem efeito retroativo à data do falecimento do antecessor.

O mesmo ocorre na **deserdação**: ainda que o herdeiro receba o seu quinhão, precisa devolvê-lo quando ratificada em juízo a deserdação. Tal, no entanto, não dispõe de reflexos tributários.

66.10. CESSÃO

Já na cessão a situação é diferente: quando o herdeiro cede seu quinhão a favor de alguém, significa que recebeu a herança e a transferiu a outrem.

16. ITCMD. Transferência patrimonial decorrente de renúncia à meação. Transmissão a título gratuito sujeita à incidência do imposto. Decadência. Inocorrência. Ausência de decurso de prazo superior a cinco anos desde a ocorrência do fato gerador. Descumprimento das regras do dever de comunicação. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido. (TJSP 10239642020158260506/SP (1023964-20.2015.8.26.0506), 4ª C. Dir. Púb., Rel. Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, j. 14/08/2017, p. 22/08/2017).

17. Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira, Inventários e partilhas, 404.

Assim, há **dois fatos geradores** de obrigação tributária: a transmissão da herança ao herdeiro, quando da abertura da sucessão, e a transferência do herdeiro ao cessionário. Como existe dupla troca de titularidade, dupla é a tributação: primeiro ocorre a transmissão *causa mortis* (ITCD) em face do recebimento da herança; depois a transferência *inter vivos*, em decorrência da cessão ao beneficiário indicado pelo herdeiro.

Cabe distinguir se a cessão é gratuita ou onerosa e se é de bem móvel ou imóvel. O ITBI não incide sobre a transmissão de **bens móveis**. Se a cessão é **gratuita**, incide duas vezes o ITCD: uma pela transmissão *causa mortis*, em face da abertura da sucessão, e outra sobre a doação a favor de determinada pessoa. Quando a cessão é **onerosa**, a tributação também é dobrada, mas diversos são os encargos. Além do imposto *causa mortis* (ITCD) decorrente da abertura da sucessão, é necessário o pagamento do imposto *inter vivos* (ITBI).

66.11. SUBSTITUIÇÃO

Em qualquer das modalidades de substituição (CC 1.947 a 1.960), ainda que haja a escolha de mais de um herdeiro com referência ao mesmo bem, não incide dupla tributação. Na substituição chamada de **vulgar**, quando o herdeiro nomeado não quis receber a herança ou foi excluído, é como se nunca tivesse sido nomeado. Seu afastamento voluntário ou coacto tem efeito retroativo à data da abertura da sucessão. Não adquiriu ele a qualidade de herdeiro. A transferência da herança ocorre diretamente ao herdeiro nomeado em substituição. Como é única a transmissão, há um só fato gerador do imposto *causa mortis*.

66.12. FIDEICOMISSO

No fideicomisso existem dois herdeiros que recebem o mesmo bem sucessivamente. O imposto de transmissão *causa mortis* é recolhido quando da transferência do bem ao fiduciário, primeiro herdeiro instituído. Ao ser convocado o fideicomissário, o segundo herdeiro, não há a incidência de novo tributo, sob pena de ocorrência de bitributação.¹⁸

18. Recurso especial. Extinção de fideicomisso. Imposto sobre transmissão e doação *causa mortis* ITD. Descabimento. Inexistência de operação tributável. Impossibilidade de bitributação. Precedente. Recurso especial conhecido e não-provido. [...] o usufruto foi constituído no momento da transmissão do bem imóvel, tendo sido gravado na escritura pública de compra e venda, momento em que já foi recolhido

66.13. TESTAMENTEIRO

Sobre o valor da **vintena** a que faz jus o testamenteiro não incide imposto *causa mortis*. Como se trata de remuneração por serviços prestados, não se está em sede de direito sucessório.

66.14. INVENTÁRIO

Tanto o inventário como o arrolamento se processam no **domicílio do autor da herança** (CPC 48), e a competência tributária, em princípio, é definida neste local. O pagamento do imposto de transmissão *causa mortis* é feito no mesmo juízo. Nesta sede é recolhido o tributo sobre bens móveis, títulos e créditos. Quanto às tributações imobiliárias, a regra de competência é o local da **situação do imóvel**.

A **mora** no recolhimento de imposto de transmissão *causa mortis* não acarreta nem a **prescrição** nem a **decadência** do crédito tributário. Há a incidência de multa, correção monetária e juros de mora, a serem atendidos pelo espólio.¹⁹ Esses acréscimos são devidos a partir da **homologação**

o ITD referente aos direitos que recame sobre o referido imóvel. Neste viés, não é possível exigir novamente o mesmo tributo em momento posterior, eis que, com a extinção, não há transmissão de nenhum direito sobre o bem imóvel, mas tão somente a consolidação de um direito que já pertencia aos proprietários desde o momento da aquisição do bem. Assim, não há reparos a serem feitos na sentença que concedeu a ordem para afastar a exigência de pagamento do ITD sobre a renúncia de usufruto de bem imóvel. EX POSITIS, nego seguimento ao recurso interposto, nos termos do art. 557, caput, do CPC, mantendo-se in totum a douta sentença alvejada, pelos seus próprios fundamentos. Como se vê, as alegações do agravante não merecem prosperar. Destarte, ante a ausência de argumentos capazes de modificar a decisão recorrida, nega-se provimento ao recurso interposto. intransmissível e sua extinção não pode ser fato gerador de imposto de transmissão, sob pena de ocorrer bitributação, uma vez que, com a cessação do usufruto não há transferência de propriedade. (STJ, AREsp 382834/RJ (2013/0263574-1), Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 23/10/2017).

19. Tributário. Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD. Doação. Não configurada decadência do crédito tributário, uma vez que, não tendo a contribuinte antecipado o pagamento sem prévio exame do Fisco, quando da abertura da sucessão, o imposto foi lançado de ofício, de modo que a contagem do prazo decadencial iniciou no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ser efetuado. Inteligência do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional. Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD. Multa Punitiva. Confisco não caracterizado, visto que a penalidade não ultrapassa o valor do tributo. Precedentes. Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD. Consectários da Mora. Excesso inexistente, ante a incidência unicamente da taxa SELIC para o

judicial do cálculo (CPC 638 § 2.º). Ou melhor, do trânsito em julgado da decisão. O tema está sumulado pelo STF.²⁰

A **Fazenda Pública** não necessita habilitar-se no inventário, pois a partilha não acontece, nem judicial nem extrajudicialmente, sem a prova da quitação dos encargos tributários (CTN 192).

É necessário proceder-se à **avaliação** dos bens para efeito do recolhimento do imposto de transmissão. A avaliação é dispensada quando o fisco concorda com o valor atribuído aos bens pelos herdeiros (CPC 633).

Depois de lançada a **partilha** nos autos (CPC 652), mediante a comprovação do pagamento do imposto de transmissão é que o juiz julga a partilha (CPC 654 e 664 § 5.º). No entanto, a existência de dívida para com a Fazenda Pública não impede o julgamento da partilha, desde que o seu pagamento esteja devidamente garantido (CPC 654 parágrafo único). Eventual discordância do órgão fazendário quanto ao pagamento dos tributos deve ser solvida em sede administrativa.

Tem o tabelião e o escrivão o dever de exigir a comprovação dos pagamentos do ITCD e do ITBI. A omissão implica responsabilização tributária dos serventuários (CTN 134 VI).

Caso a **União** disponha de algum crédito frente ao espólio, pode habilitar-se no inventário, o que não desloca a competência do processo para a Justiça Federal.²¹

cômputo de juros e de correção monetária. Recurso da autora desprovido. Recurso da ré provido. (TJSP, APL 10459968320168260053/SP (1045996-83.2016.8.26.0053), 11ª C. Dir. Púb., Rel. Jarbas Gomes, j. 05/02/2019, p. 06/02/2019).

20. STF – Súmula 114: O imposto de transmissão *causa mortis* não é exigível antes da homologação do cálculo.
21. [...] Ação de inventário ajuizada pela união federal para haver créditos fiscais. Art. 131, III do CTN. Responsabilidade do espólio pelos tributos devidos pelo *de cujus* até a data da abertura da sucessão. [...] em ação de inventário ajuizada pela União Federal para haver crédito fiscal, cabe a Justiça Estadual o processamento do feito, bem como o julgamento de seus recursos. Nesse caso incide a Súmula nº 55 do STJ, que diz: “Tribunal Regional Federal não é competente para julgar recurso de decisão proferida por juiz estadual não investido de função federal”. Portanto, conclui-se que, a simples qualidade de credora do *de cujus*, embora autorize a União a habilitar seu crédito contra o espólio, não tem o condão de transferir a competência para o processamento do inventário para a Justiça Federal, não se aplicando, ao caso, o art. 109, I, da Constituição Federal. [...] (TJPE, ED 4017881/PE, 3ª C. Dir. Púb., Rel. Antenor Cardoso Soares Junior, j. 25/09/2018, p. 09/10/2018).

66.15. ARROLAMENTO

No inventário sob o rito do arrolamento, nada cabe ser apreciado ou decidido sobre questões relativas a lançamento, pagamento ou quitação de taxas e tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio (CPC 662).

A quitação dos tributos é comprovada pela apresentação da certidão negativa, que é expedida pela autoridade fazendária quando não existem débitos (CTN 205).

66.16 PARTILHA AMIGÁVEL

Sendo todos os herdeiros maiores e capazes e não havendo testamento, a partilha pode ser feita por termo nos autos ou por documento particular levado à homologação judicial (CC 2.015). Depois de transitada em julgado a sentença de homologação da partilha, é intimado o fisco para o lançamento administrativo do imposto de transmissão e outros tributos (CPC 659 § 2.º).

O mesmo ocorre quando da **adjudicação** da herança a um único herdeiro.

66.17. INVENTÁRIO E PARTILHA EXTRAJUDICIAL

É admitida a realização de inventários e partilhas por meio de escritura pública, desde que não haja testamento ou interesse de incapazes e a divisão dos bens seja consensual. O inventário e a partilha extrajudicial não obedecem à regra da **competência** do lugar do domicílio do *de cujus*. É livre a escolha do tabelionato pelos herdeiros. O recolhimento do imposto de transmissão ocorre em sede administrativa. Como não necessita ser levado a efeito no domicílio do autor da herança, acaba por ser alterada a competência tributária do imposto sobre a transmissão de **direitos** e de **bens móveis**. É recolhido no Estado em que for lavrada a escritura e não no local do domicílio do *de cujus*.

Independentemente do lugar da escritura, o imposto de transmissão sobre os **bens imóveis** há que ser recolhido no local em que se situam os bens. Já o imposto sobre **bens móveis** precisa ser pago na sede do tabelionato eleito para realizar o inventário (CR 155 § 1.º I e II). Cabe ao notário fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que deve praticar (L 8.935/1994 30 XI).

O CNJ²², ao regulamentar a aplicação da lei, determinou:

- art. 15: o recolhimento dos tributos antes da lavratura da escritura;
- art. 22: a apresentação da certidão negativa de tributos;
- art. 38: a comprovação do recolhimento do tributo devido quando houver desigualdade na partilha do patrimônio comum.

66.18. SÚMULAS

Como o imposto de transmissão é da competência dos Estados, frequentes são as demandas envolvendo o tema. Para impor interpretações mais harmônicas, o STF, quando em vez, edita súmula disciplinando a matéria:

Súmula 112: O imposto de transmissão *causa mortis* é devido pela alíquota vigente ao tempo da abertura da sucessão.

Súmula 113: O imposto de transmissão *causa mortis* é calculado sobre o valor dos bens na data da avaliação.

Súmula 114: O imposto de transmissão *causa mortis* não é exigível antes da homologação do cálculo.

Súmula 115: Sobre os honorários do advogado contratado pelo inventariante, com a homologação do juiz, não incide o imposto de transmissão *causa mortis*.

Súmula 116: Em desquite ou inventário, é legítima a cobrança do chamado imposto de reposição, quando houver desigualdade nos valores partilhados.

Súmula 331: É legítima a incidência do imposto de transmissão *causa mortis* no inventário por morte presumida.

Súmula 435: O imposto de transmissão *causa mortis* pela transferência de ações é devido ao Estado em que tem sede a companhia.

Súmula 590: Calcula-se o imposto de transmissão *causa mortis* sobre o saldo credor da promessa de compra e venda de imóvel, no momento da abertura da sucessão do promitente vendedor.

Súmula 656: É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão *inter vivos* de bens imóveis – ITBI com base no valor venal do imóvel.

22. CNJ – Resolução 35/2007.

LEITURA COMPLEMENTAR

COMMEL, Denise Damo. *Imposto de transmissão causa mortis no arrolamento*. Inaplicabilidade do art. 192 do CTN. Erro material no texto do art. 664, § 4º, do CPC/15. Disponível em: < <https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/11188715/IMPOSTO+TRANSMISS%C3%83O+CAUSA+MORTIS+ARROLAMENTO+-+Dra.+Denise+Damo+Comel/3a5d305a-ad3e-a13f-1728-0a9ba8458844>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

PRADO, Clayton Eduardo. Reflexos da Lei 11.441/2007 no ITCMD – Imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação. *Revista do Advogado*, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, a. XXVII, n. 91, maio 2007, p. 51-58.

TEIXEIRA, Silvia Maria Benedetti. A tributação no inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual com a vigência da Lei 11.441/2007. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, a. XXXIV, n. 108, dez. 2007, p. 299-308.

DIREITO INTERTEMPORAL

Sumário: 67.1. União estável – 67.2. Testemunhas – 67.3. Renúncia – 67.4. Excluídos da sucessão – 67.5. Conversão de bens da legítima – 67.6. Restrições à legítima – 67.7. Rompimento do testamento – 67.8. Fideicomisso – 67.9. Prescrição – Leitura complementar.

Referências legais: CC 2.041 e 2.042; CPC 1.048 I e II e § 3.º.

O surgimento de novos Códigos ou novas leis sempre traz questionamentos a respeito de qual norma aplicar diante de situações constituídas na vigência da legislação pretérita. Afinal, acabam por afetar uma série de relações jurídicas que nasceram sob a vigência de lei antiga e se implementam quando já vigora outro regramento. Podem ocorrer as mais diversas situações fáticas, desde as relações que, nascidas e vividas à luz da legislação anterior, podem continuar regidas pela lei antiga, que adquire ultra-atividade. Também pode acontecer que a relação apenas nasceu sob a vigência da lei antiga e se desenvolveu totalmente sob a égide da nova lei, ainda que não seja a aplicada no seu termo final.¹

O Código Civil entrou em vigor em 2003 e o Código de Processo a partir de 2016. Em princípio, a lei nova vem para disciplinar relações futuras, devendo ser preservados a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito (CR 5.º XXXVI). Porém, não há direito adquirido a uma legislação. E, quando se está diante de situação posta na lei, pouco espaço sobra para a noção de direito adquirido.² Prevalece o princípio *tempus*

1. Gustavo Ferraz de Campos Mônico, *Direito intertemporal em matéria sucessória causa mortis*, 454.
2. Sérgio Gischkow Pereira, *Estudos de Direito de Família*, 122.

regit actum: se a causa geradora do direito é anterior ao preceito, não se estendem à causa os efeitos previstos no direito.³

Nas disposições finais e transitórias do Código Civil, apenas dois artigos dizem com o direito das sucessões. Foi mantida a **ordem de vocação hereditária** à sucessão aberta antes de sua vigência (CC 2.041) e deferido o prazo de um ano para o testador aditar o testamento, justificando as **cláusulas restritivas** à legítima dos herdeiros necessários (CC 2.042). Ou seja, foi prorrogada a vigência da lei pretérita durante este período. Persiste, pois, uma competência residual para regular as relações jurídicas já constituídas.⁴

As alterações legais posteriores ao óbito em nada afetam o direito sucessório dos herdeiros. Já as mudanças havidas antes da morte do autor da herança devem ser aplicadas, ainda que tenham ocorrido depois da lavratura do testamento. Em sede de **direito sucessório**, a regra que disciplina o direito intertemporal é o momento da **abertura da sucessão**. Na sucessão legítima, vigora a lei vigente à data da morte do autor da herança. A razão é o princípio de *saisine*. Como o direito nasce quando da morte do seu titular, todas as regras relativas à herança e sua administração obedecem à lei vigente neste momento.⁵ São transmitidas aos sucessores não apenas relações jurídicas patrimoniais, mas também relações não patrimoniais.⁶

Na **sucessão testamentária** a regra é outra. O testamento precisa obedecer à lei do momento de sua elaboração. Aliás, esta é uma de suas características. Ainda que existente e válido, sua eficácia está condicionada a evento futuro que pode acontecer depois de muito tempo. Durante este período, é possível que ocorra uma série enorme de mudanças legais, o que, no entanto, não pode afetar a higidez do testamento.

3. Francisco Cahali, *Direito intertemporal no Livro de Família...*, 199.

4. Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil*, 180.

5. Inventário. União estável. Reconhecimento superveniente. Incidência do art. 462 do CPC. Possibilidade. Art. 2.º, III, da Lei 8.971/94. Ausência de ascendentes e descendentes do *de cujus*. Companheiro. Totalidade da herança. 1. O art. 462 do CPC permite, tanto ao juízo singular como ao Tribunal, a análise de circunstâncias outras que, devido a sua implementação tardia, não eram passíveis de resenha inicial. 2. Tal diretriz deve ser observada no âmbito do STJ, porquanto o art. 462 não possui aplicação restrita às instâncias ordinárias, conforme precedentes da Casa. 3. Havendo reconhecimento de união estável e inexistência de ascendentes ou descendentes do falecido, à sucessão aberta em 28.02.2000, antes do Código Civil de 2002, aplica-se o disposto no art. 2.º, III, da Lei 8.971/94, circunstância que garante ao companheiro a totalidade da herança e afasta a participação de colaterais do *de cujus* no inventário. 4. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp 704.637/RJ, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, p. 22/03/2011).

6. Gustavo Ferraz de Campos Mênaco, *Direito intertemporal...*, 453.

No âmbito do direito sucessório, estas distinções podem ter uma série de desdobramentos. É a lei vigente ao tempo da abertura da sucessão que fixa a **capacidade sucessória** do herdeiro. Cabe um exemplo. Na lei atual, o cônjuge foi contemplado com o **direito de concorrência** (CC 1.829 I, 1.832 e 1.837). Assim, se o marido tinha herdeiros necessários e faleceu antes da entrada em vigor do Código Civil, a viúva nada ganha. Porém, se ele faleceu um dia depois de sua vigência, ela concorre com os descendentes, podendo receber quinhão até maior do que eles.

67.1. UNIÃO ESTÁVEL

Decisão do Supremo Tribunal Federal corrigiu a diferenciação entre união estável e casamento. Declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, determinando a aplicação da mesma regra do **direito de concorrência** do casamento (CC 1.829).

No julgamento, foi estipulada a regra de transição: com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos **inventários judiciais** em que não tenha havido **trânsito em julgado** da sentença de partilha e às **partilhas extrajudiciais** em que ainda não haja **escritura pública**.⁷

67.2. TESTEMUNHAS

Nos testamentos houve a redução do número de testemunhas instrumentárias. Antes, o número era sempre cinco. Agora, no testamento público e no cerrado são exigidas somente duas testemunhas (CC 1.864 II e 1.868 I). No testamento particular, o número de testemunhas foi reduzido para três (CC 1.876 § 1.º).

Cabe questionar se, elaborado o testamento sob a égide do Código anterior, com a convocação de número menor de testemunhas, o testamento pode ser aceito. A doutrina majoritária entende descabido o aproveitamento do testamento, em face do princípio *tempus regit actum*, no que diz com a capacidade ativa e a forma do testamento (CC 2.035). Não é admitido sequer invocar a regra que autoriza o aproveitamento do negócio jurídico (CC 170), sob o fundamento de que não se pode converter o nulo em testamento igual, ainda que com requisitos limitados.⁸ Mas esta posição não é

7. STF, RE 878.694 (1431), T. Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10/05/2018.

8. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, v. 6, 271.

unânime. Zeno Veloso, baseado no **princípio da conservação dos negócios jurídicos**, se manifesta pelo aproveitamento, quando não há dúvida quanto à autenticidade do ato e à capacidade do testador na época que o fez, e que uma lei mais favorável, quanto ao requisito de forma, passou a vigorar no País.⁹ É esta a orientação que vem sendo acolhida pela jurisprudência.¹⁰

67.3. RENÚNCIA

A partir do atual Código, não mais cabe a retratação quer da renúncia, quer da aceitação da herança (CC 1.812). Ou seja, depois de ter o herdeiro renunciado à herança, não pode mais se arrepender. Assim, ainda que o herdeiro tenha renunciado antes da vigência da nova lei, a partir de sua vigência não pode voltar atrás. Ao renunciar não adquiriu o direito de se arrepender somente pelo fato de a lei, à época da renúncia, admitir tal possibilidade.

67.4. EXCLUÍDOS DA SUCESSÃO

O Código Civil ampliou as hipóteses de exclusão do herdeiro. Estas causas, no entanto, só podem ser invocadas se os atos que conduzem à indignidade e à deserção ocorreram depois da vigência da lei atual.

De outro lado, se o testamento foi redigido sob a égide da lei anterior, não há a possibilidade de serem reconhecidos como eficientes fatos que só foram

9. Zeno Veloso, Testamentos: noções gerais..., 142.

10. Testamento particular. Assinado por quatro testemunhas e confirmado em audiência por três delas. Validade do ato. Interpretação consentânea com a doutrina e com o novo Código Civil, art. 1.876, §§ 1.º e 2.º. Recurso especial conhecido e provido. 1. Testamento particular. Art. 1.645, II, do CC/1916. Interpretação: Ainda que seja imprescindível o cumprimento das formalidades legais a fim de preservar a segurança, a veracidade e a legitimidade do ato praticado, deve-se interpretar o texto legal com vistas à finalidade por ele colimada. Na hipótese vertente, o testamento particular foi digitado e assinado por quatro testemunhas, das quais três o confirmaram em audiência de instrução e julgamento. Não há, pois, motivo para tê-lo por inválido. 2. Interpretação consentânea com a doutrina e com o novo Código Civil, art. 1.876, §§ 1.º e 2.º. A leitura dos preceitos insertos nos arts. 1.133 do CPC e 1.648 CC/1916 deve conduzir a uma exegese mais flexível do art. 1.645 do CC/1916, confirmada, inclusive, pelo novo Código Civil, cujo art. 1.876, §§ 1.º e 2.º, dispõe: "O testamento, ato de disposição de última vontade, não pode ser invalidado sob alegativa de preterição de formalidade essencial, pois não pairam dúvidas que o documento foi firmado pela testadora de forma consciente e no uso pleno de sua capacidade mental". Precedentes deste STJ. 3. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp 701.917/SP, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02/02/2010).

reconhecidos como motivos em momento posterior, mesmo que a morte do testador ocorra na vigência da nova lei. Quando da abertura da sucessão, se determinada hipótese for causa de exclusão, sem que o fosse à época do fato, se o herdeiro desconhecia a ilicitude de sua conduta, não pode ser penalizado.¹¹

67.5. CONVERSÃO DE BENS DA LEGÍTIMA

No Código anterior havia a possibilidade de o testador impor a conversão de bens da legítima (CC/1916 1.723). Esta prerrogativa não mais existe (CC 1.848 § 1.º). Mesmo que o testamento tenha sido elaborado antes de 11 de janeiro de 2003, as disposições testamentárias, neste ponto, perderam a eficácia. Para usar expressão tão ao gosto do legislador, o testamento caducou. Falecido o testador depois desta data, a conversão determinada no testamento não tem mais valor. Como em sede de direito sucessório vigora a lei vigente à data da abertura da sucessão, disposições testamentárias que afrontem a lei se têm como inexistentes. Inclusive, é dispensável a interferência judicial, pois não há porquê extinguir o que não mais existe.

67.6. RESTRIÇÕES À LEGÍTIMA

O Código pretérito admitia a imposição de cláusulas restritivas à legítima dos herdeiros necessários, sem a exigência de qualquer motivação (CC/1916 1.723). A possibilidade de clausular imotivadamente a legítima de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade foi excluída pela lei atual (CC 1.848). No entanto, foi deferido o prazo de um ano para o testador justificar a restrição imposta (CC 2.042). Tal regra simplesmente suspendeu os efeitos do CC 1.848 por mais um ano.

Tendo o testador se quedado em silêncio até 11 de janeiro de 2004, data em que o Código Civil completou um ano de vigência, não subsiste a restrição. Porém, nada impede que, por meio de novo testamento, volte o testador a clausular a legítima do herdeiro, indicando o motivo.

67.7. ROMPIMENTO DO TESTAMENTO

O Código Civil elevou o cônjuge à categoria de herdeiro necessário (CC 1.845), privilégio de que não gozava na legislação pretérita. Como a lei reconhece que ocorre o rompimento do testamento quando sobrevêm her-

11. Gustavo Ferraz de Campos Mônico, *Direito intertemporal...*, 459.

deiros necessários (CC 1.974), cabe figurar a hipótese de o **testador casado** ter elaborado o testamento antes da vigência da atual lei. O questionamento que surge é se tal fato leva ao seu rompimento. A resposta é negativa. Isso porque, mesmo casado, havia optado o testador por deixar seus bens em testamento, excluindo o cônjuge.¹² O que cabe é limitar o benefício testamentário à metade disponível, preservando a legítima do cônjuge.

A mesma solução se impõe quando o testador, enquanto solteiro, testou antes da vigência da lei atual. O casamento depois da lei nova não permite que se tenha o testamento por roto. Atende melhor à vontade do testador limitar a disposição testamentária à parte disponível de seu patrimônio.

67.8. FIDEICOMISSO

O Código Civil limitou o instituto do fideicomisso. Agora só podem ser contemplados herdeiros não concebidos ao tempo da elaboração do testamento (CC 1.952). Dita restrição não havia no Código anterior, que admitia a substituição fideicomissária em favor de qualquer pessoa (CC/1916 1.733).

Com a instituição do fideicomisso, ocorre a transferência da propriedade ao fiduciário. Desse modo, a legislação aplicável é a vigente quando da morte do fiduciário e não da testadora.¹³

Elaborado o testamento antes do advento da legislação atual, instituindo fideicomisso em favor de pessoa já concebida ou já nascida, e aberta a sucessão na vigência da nova lei, cabe questionar: permanece hígida a instituição do fideicomisso?

12. José Fernando Simão, *Sucessão legítima...*, 306.

13. Inventário. Testamento. Instituição de fideicomisso. Falecimento dos fideicomissários antes do fiduciário. Caducidade. Legislação aplicável. Interpretação estrita de cláusula. A legislação aplicável à solução do fideicomisso é a vigente na época do óbito do fiduciário e não aquela da morte da testadora, eis que a propriedade do bem herdado ou legado, embora resolúvel e restrita, está no âmbito jurídico do intermediário. O falecimento do fideicomissário antes da morte do fiduciário determina a caducidade do fideicomisso, pois não resta realizada a expectativa do direito detido pelo fideicomissário. A existência de cláusula que não expresse claramente a vontade do testador não admite interpretação elástica ante a rigidez própria da forma testamentária, devendo ser lida como indicação de um terceiro grau, o que a lei veda. Agravo desprovido (TJRS, AI 554045-04.2011.8.21.7000, 7ª C. Cív., Rel. Des. Roberto Carvalho Fraga, j. 11/04/2012).

A resposta se encontra na própria lei, que prevê a possibilidade de o fideicomissário já haver nascido quando da abertura da sucessão. Neste caso, o fiduciário, em vez da propriedade resolúvel, adquire somente o usufruto, sendo a nua-propriedade atribuída ao fideicomissário. Esta é a melhor solução também para o caso de o testamento ter sido elaborado na vigência da lei anterior, contemplando herdeiro já existente.¹⁴

67.9. PRESCRIÇÃO

A redução do prazo prescricional de 20 para 10 anos (CC 205) acabou por reduzir à metade o prazo para a propositura da **ação de petição de herança**. Tendo o prazo iniciado antes da nova lei, é necessário proceder a complicada contagem (CC 2.028).

Como houve a redução do prazo, tendo transcorrido mais da metade do tempo, persiste o lapso prescricional de 20 anos. Assim, se decorridos mais de 10 anos em 11.01.2003, não cabe falar em prescrição, é exigível o direito pelos 20 anos da lei anterior. Quando não ultrapassado 50% do prazo prescricional, isto é, quando da entrada em vigor da nova lei, se não havia vencido o prazo de 10 anos, impõe-se a contagem proporcional do período faltante.¹⁵

A mesma regra de transição na **venda de ascendente a descendente**. O prazo prescricional passou de 20 para dois anos (CC 179), fazendo-se necessário igual cálculo matemático.¹⁶

14. Gustavo Ferraz de Campos Mônaco, Direito intertemporal..., 464.

15. Ação de petição de herança. Prescrição. Direito intertemporal. 1. O Código Civil de 2002, a fim de delimitar a obrigatoriedade da lei no tempo e a eficácia da nova norma, editou a chamada "regra de transição" (art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada). Contudo, para a hipótese de quando decorrido menos da metade do tempo estabelecido na lei revogada, o legislador foi omissivo. Tentando suprir tal omissão, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que o prazo aplicável é o previsto na lei nova, com o termo *a quo* fixado na data da entrada em vigor do Código Civil. 2. O reconhecimento da filiação é suficiente para qualificar o filho como herdeiro necessário do falecido pai. Patente, portanto, o direito à herança outrora partilhada sem sua devida inclusão. Confira-se o teor do art. 1.824 do Código Civil de 2002, que assim dispõe, *in verbis*: "O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua". 3. Recurso conhecido e provido (TJDF, Rec. 2007.07.1.029756-0, AC 407.961, 2ª T., Rel. Des. Waldir Leôncio Júnior, p. 09/03/2010).

16. Agravo interno no recurso especial. Anulação de ato jurídico. Venda direta entre ascendente e descendente sem anuência de herdeiro. Prazo prescricional de 20 (vinte)

O **Código de Processo Civil**, em face de seu caráter instrumental, aplica-se desde logo aos processos pendentes (CPC 1.046).

Nas disposições finais e transitórias, de forma absolutamente fora do lugar, é concedida **prioridade de tramitação** a algumas pessoas, o que pode trazer algum reflexo no âmbito do direito sucessório. De qualquer modo, no que diz com a prioridade a quem tem mais de 60 anos (CPC 1.048 I), o **Estatuto do Idoso** já assegura igual direito (EI 71).

De outro lado, confere a mesma prioridade às **pessoas portadoras de doenças graves** assim identificadas para fins de isenção do pagamento de imposto de Renda. Do mesmo modo, estende a prioridade das ações do **ECA** (CPC 1.048 II).

Concedida a prioridade, esta não cessa pela **morte do beneficiário**, estendendo-se a favor do cônjuge supérstite ou companheiro da união estável (CPC 1.048 § 3.º).

Mas traz novidades outras. Regulamenta a concessão do **benefício da assistência judiciária** (CPC 1.072 III), revogando a lei especial (L 1.060/50).

LEITURA COMPLEMENTAR

CAHALI, Francisco José. Direito intertemporal no Livro de Família (regime de bens e alimentos) e sucessões. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 199-216.

DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de direito intertemporal no Código Civil*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito intertemporal em matéria sucessória *causa mortis*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 453-465.

anos conforme art. 177 do Código Civil de 1916 e de 2 (dois) anos conforme art. 179 do atual Código Civil. Aplicável a regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil/2002. Agravo desprovido. 1. O prazo prescricional da ação que visa anular venda direta entre ascendente e descendente na vigência do Código Civil de 1916 é de 20 (vinte) anos, tendo sido reduzido no atual Código Civil para 2 (dois) anos, devendo ser aplicada a regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002. 2. Agravo interno desprovido. (STJ, AI no REsp 1481596/SP, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 12/09/2017).

DICIONÁRIO¹

Ab intestato – expressão latina que indica que uma pessoa faleceu sem deixar testamento.

Abertura da sucessão – acontece no momento da morte de alguém. Aberta a sucessão, a herança transfere-se automaticamente aos herdeiros.

Aceitação da herança – equivoca a expressão que busca identificar alguma manifestação do herdeiro sinalizando que não vai renunciar à herança. De qualquer modo, o herdeiro recebe a herança e não precisa aceitá-la. No entanto, pode renunciar à herança. Quedando-se em silêncio, persiste na condição de herdeiro.

Acervo hereditário – a integralidade dos bens, direitos e obrigações deixados por alguém quando de sua morte. Quando não há bens e somente dívidas, não há herança. Chama-se de acervo hereditário passivo.

Adiantamento de legítima – a doação feita em vida pelos ascenden-

tes aos descendentes ou a doação de um cônjuge ao outro (CC 544). Quando se trata de união estável, não, porque o companheiro sobrevivente não é herdeiro necessário. Pode existir é adiantamento de direito de concorrência. Os bens doados devem ser trazidos à colação: o herdeiro precisa acusar o que recebeu em vida, quando da morte do doador. Os bens recebidos são compensados na hora da partilha para igualar o quinhão de todos os herdeiros necessários.

Adjudicação – é a aquisição da herança por um único herdeiro. Não precisa haver inventário, basta o herdeiro requerer a adjudicação, o que pode ocorrer até extrajudicialmente, se ele for maior e capaz.

Administrador provisório – a pessoa que estava na posse dos bens antes da morte de seu titular continua na administração da herança, na condição de administrador provisório, até a nomeação do inventariante.

1. Claro que a expressão correta seria “glossário”, mas esta é uma palavra que também precisaria integrar o dicionário, que nada mais é do que uma tentativa de familiarizar o leitor que deseja enfrentar a árdua tarefa de procurar entender o direito das sucessões.

Aquestos – assim são chamados os bens adquiridos durante o casamento ou a união estável. De um modo geral, a cada um do par pertence a metade dos aquestos, o que se chama de meação. Tudo depende do regime de bens.

Arrolamento comum ou simples – quando o acervo sucessório é de pequeno valor, a forma de partilha é abreviada, mesmo havendo herdeiros incapazes ou mesmo inexistindo acordo quanto à divisão dos bens (CPC 664).

Arrolamento sumário – procedimento mais ágil de partilha de bens, em que são dispensadas muitas formalidades. É necessário que todos os herdeiros sejam capazes e haja consenso na partilha (CPC 659 a 667).

Auto de aprovação – elaborado testamento cerrado, é necessário que seja aprovado pelo tabelião, que lavra o auto de aprovação.

Autor da herança – ou *de cujus*, assim é chamada a pessoa que falece.

Benefício de inventário – limitação da responsabilidade dos herdeiros às forças da herança. Eles não respondem por encargos superiores ao valor dos quinhões hereditários que receberam (CC 1.997).

Bens confitados – recebe este nome os bens sujeitos a fideicomisso: quando o testador deixa bens em favor de um herdeiro (fiduciário) para serem transmitidos ao

filho de alguém que ainda não foi concebido quando da abertura da sucessão (fideicomissário).

Bens ereptícios – bens que os herdeiros deixam de herdar e são devolvidos aos demais herdeiros. A devolução ocorre tanto quando o herdeiro renuncia como quando é excluído por indignidade ou deserdação.

Bens fideicometidos – são assim chamados os bens deixados em fideicomisso e que passarão de um herdeiro (fiduciário) a outro (fideicomissário).

Bens fungíveis – bens identificados pela qualidade e quantidade. Assim, podem ser substituídos por outros. O exemplo é o dinheiro, bem fungível por excelência.

Bens vagos – falecendo alguém sem herdeiros conhecidos, seu patrimônio é recolhido como herança jacente, sem dono, e submetido a processo judicial. Declarados vagos, os bens passam ao município onde se situam, como herança vacante.

Caducidade – uma palavra para lá de antiga, que significa perda da capacidade de produzir efeitos por fato alheio à vontade do testador. O testamento, ainda que válido, está sujeito a condição suspensiva. Produz efeito somente quando da morte do autor da herança. Elenca a lei as hipóteses que levam à caducidade do legado (CC 1.939).

Mas há outras causas que autorizam declarar caduco tanto o testamento como alguma cláusula testamentária (CC 1.788, 1.891 e 1.895).

Capacidade putativa – quando a testemunha do testamento é incapaz, mas todos acreditavam, por um erro comum, que era capaz. Tal equívoco não invalida o testamento.

Captatória – diz a lei ser nula a instituição de herdeiro “sob a condição captatória”, ou seja, impede que seja imposto ao herdeiro o dever de ele, por testamento, beneficiar o testador ou terceira pessoa (CC 1.900 I).

Carta de adjudicação – quando existe um só herdeiro, não precisa haver inventário, pois ele adjudica os bens. Em vez de se extrair formal de partilha, expede-se carta de adjudicação, documento que serve para proceder à transferência dos bens do falecido ao único herdeiro.

Cessão – até a partilha, o herdeiro pode ceder seu quinhão hereditário – todo ou parte dele – a outrem. A cessão pode ser onerosa ou gratuita e deve ser levada a efeito por escritura pública.

Coerdeiro – quando existe mais de um herdeiro, todos são chamados de coerdeiros.

Codicilo – nada mais do que um escrito que alguém deixa indicando as providências a serem tomadas depois de sua morte. Pode conter

deliberações sobre o enterro, doações de pequeno valor, de joias ou bens móveis.

Colaço – é o mesmo que conferência. Quando os descendentes, cônjuges, companheiros e parceiros recebem doações em vida, devem comunicar tal fato no inventário por ocasião da morte do doador. É o que se chama trazer à colaço. As doações são consideradas adiantamento de legítima e por isso precisam ser compensadas por ocasião da partilha. Na união estável só existe este dever se houver direito de concorrência sucessória.

Comoriência – assim é chamado o fato de duas ou mais pessoas, herdeiros entre si, morrerem na mesma oportunidade, sem que se possa identificar quem faleceu primeiro. Não havendo a possibilidade de saber quem é herdeiro de quem, a lei presume que as mortes foram concomitantes. Com isso um não herda do outro e os bens de cada um passam aos seus respectivos herdeiros.

Concorrência sucessória – instituto que garante fração da herança ao cônjuge e ao companheiro quando existirem herdeiros que os antecedem na ordem de vocação hereditária: descendentes ou ascendentes. O direito concorrente depende do regime de bens.

Cônjuge supérstite – é o viúvo, o cônjuge sobrevivente.

Consentimento informado – manifestação firmada pelo paciente a seus médicos, enquanto capaz, para que sua vontade seja respeitada na hipótese de se tornar incapaz para decidir sobre a manutenção dos suportes da vida.

Contabilista – como passou o NCPC a chamar o contador, o serventário da justiça responsável por fazer os cálculos das custas e dos impostos.

De cujus – consagrada expressão utilizada como sinônimo de morto, aquele “de cuja” herança se trata. Também é chamado de autor da herança.

Decesso – sinônimo de morte.

Deixa – o quinhão hereditário que o herdeiro vai receber. A expressão não pode ser mais antiga, mas ainda é usada pelo legislador.

Delação hereditária – de maneira equivocada é assim chamado o período de tempo que medeia entre a abertura da sucessão e a aceitação ou renúncia da herança. Só que este hiato não existe, pois significaria ficar a herança sem dono, o que afronta a norma legal que determina a imediata transmissão da herança aos herdeiros no momento da morte.

Deserdação – é a perda da herança por ter o herdeiro necessário praticado alguma das ações previstas na lei (CC 1.962 e 1.963). A deserdação é um ato do testador,

mas é necessário que a sentença reconheça que o motivo apontado se justifica. Quando deserddado, o herdeiro é excluído da sucessão.

Devolução da herança – expressão usada pela lei para indicar o pedido de partilha (CC 1.977 parágrafo único). De um modo geral, identifica o momento em que, falecido o autor da herança, os bens ficam à disposição dos herdeiros. Apesar do termo “devolução”, nada mais é do que a atribuição do direito sucessório aos herdeiros quando da abertura da sucessão.

Direito de sequência – *droit de suite*, direito autoral do autor da herança ou de seus herdeiros de participarem da vantagem econômica obtida com as vendas subsequentes à criação da obra.

Direito expectativo – o direito subjetivo patrimonial de espera do herdeiro de se tornar titular da herança.

Direito de crescer – ocorre quando os herdeiros recebem o quinhão hereditário de quem renunciou à herança ou foi excluído da sucessão por deserdação ou indignidade.

Direito de representação – direito dos descendentes do herdeiro de receber a herança em nome do genitor. Ocorre no caso de premoriência: quando o filho morre antes do pai. Os netos recebem a herança do avô representando o pai já falecido. Também dispõe de tal direito

o descendente do herdeiro que foi deserdado ou excluído por indignidade. O direito de representação só existe na classe dos descendentes.

Direito real de habitação – direito assegurado ao cônjuge e ao companheiro sobrevivente de permanecer morando no imóvel que servia de residência ao casal. Trata-se de direito vitalício e a título gratuito.

Diretivas antecipadas – manifestações deixadas por alguém sobre tratamentos médicos que autoriza ou não serem levados a efeito, no caso de perder as condições de expressar a vontade.

Doação inoficiosa – doação não oficial. A doação feita em vida pelo *de cujus* a descendente ou a cônjuge é considerada adiantamento de legítima (CC 544). Assim, quando da abertura da sucessão, os bens doados precisam ser trazidos à colação para serem compensados de modo a se garantir a igualdade entre os herdeiros. Se a doação superou o valor da legítima, o excesso constitui doação inoficiosa e é nulo.

Doação pura – doação não está condicionada a qualquer contraprestação.

Doação remuneratória – apesar do nome, de doação não se trata. É a doação feita a alguém em contraprestação por serviços prestados (CC 2.011).

Donatário – é quem recebe um bem por doação. Mesmo que seja

imposto algum encargo ao donatário, ainda assim é doação.

Ereção – assim é chamada a exclusão dos herdeiros facultativos da herança (CC 1.850). Ocorre quando o testador destina a integralidade dos bens disponíveis aos herdeiros testamentários ou se limita a afirmar que exclui os herdeiros não necessários da sucessão (parentes colaterais).

Espólio – universalidade dos bens, direitos e obrigações deixados pelo *de cujus*. É este o objeto do inventário, até o momento em que ocorre a partilha. Não dispõe de personalidade jurídica e, em juízo, é representado pelo inventariante.

Estirpe – significa origem, linhagem, ascendência. Herdar por estirpe é receber a herança em nome de outrem. Isso só acontece quando há direito de representação. Se o filho falece antes do pai, o seu quinhão é recebido pelos seus descendentes. Mas é necessário que existam mais herdeiros da classe do herdeiro pré-morto. Os descendentes do herdeiro pré-morto recebem a parte dele. Daí herdarem por estirpe.

Evicção – a perda do bem em virtude de sentença judicial (CC 447 a 457). Quem transfere onerosamente bem a outra pessoa responde pelos riscos da evicção. Se o adquirente perder o bem, pode cobrar do vendedor. Esta garantia pode ser

dispensada, mas a previsão precisa ser expressa.

Exclusão – é a perda da qualidade de herdeiro. O herdeiro fica excluído da sucessão quando espontaneamente renuncia à herança e nas hipóteses de indignidade e deserção.

Executor testamentário – ou simplesmente testamenteiro, pessoa nomeada pelo testador para defender a validade do testamento e fiscalizar sua execução.

Família anaparental – entidade familiar formada pelos parentes colaterais em que não há diferença de geração entre seus integrantes. Por exemplo, a família de irmãos.

Família monoparental – família constituída por um dos ascendentes com os seus descendentes em linha reta. Não importa o grau de parentesco que os separa. Um dos pais e seus filhos, a avó e os netos, são famílias monoparentais.

Família parental – entidade familiar formada pelos parentes, não havendo envolvimento de ordem sexual entre eles. A depender de como é constituída, se por parentes em linha reta ou parentes em linha colateral, é chamada de monoparental ou pluriparental.

Família pluriparental – convivência familiar constituída pelos parentes colaterais. Desimporta se são parentes do mesmo grau ou de

graus diversos. Também recebem este nome as famílias constituídas com filhos de outros relacionamentos.

Fideicomissário – instituído fideicomisso – nomeação dois herdeiros para que um suceda ao outro – o primeiro é o fiduciário e o segundo é o fideicomissário. Só pode ser nomeada fideicomissária pessoa não concebida quando da elaboração do testamento. Se o fideicomissário já houver nascido quando da abertura da sucessão, ele recebe a propriedade dos bens e o fiduciário converte-se em usufrutuário (CC 1.952, parágrafo único).

Fideicomisso – é a instituição de herdeiros sucessivos. O testador nomeia dois herdeiros para um suceder ao outro. Por meio de testamento, o titular dos bens (fideicomitente) deixa a herança ou um legado ao primeiro escolhido (fiduciário). Quando de sua morte, ou do advento da condição estipulada pelo testador, a herança ou o legado transmite-se ao outro herdeiro (fideicomissário). Tal somente pode ocorrer uma única vez, ou seja, não dá para ser instituída mais de uma transferência.

Fideicomisso residual – quando o testador determina que o fiduciário transmita ao fideicomissário somente os bens remanescentes. Com isso, autoriza a venda dos bens pelo fiduciário. O que sobrar é que passa ao fideicomissário.

Fideicomisso singular – instituição de fideicomisso sobre legados.

Fideicomisso universal – quando o testador instituiu fideicomisso sobre toda a herança ou parte ideal de seus bens. Não são identificados os bens que devem passar de um herdeiro ao outro, somente é indicado o percentual do patrimônio.

Fideicomitente – é o testador, o titular dos bens que institui, por meio de testamento, herdeiros sucessivos.

Fiduciário – herdeiro que primeiro recebe a herança e posteriormente deve transmitir ao outro herdeiro (fideicomissário) eleito pelo testador.

Fiduciante – o mesmo que fideicomitente, é o testador que instituiu dupla sucessão, atribuindo o mesmo bem a herdeiros sucessivos.

Formal de partilha – é o título de aquisição da herança. Ultimado o inventário, é extraída uma cópia das principais peças do processo, que é entregue a cada um dos herdeiros. De posse deste documento é que o herdeiro procede à transferência dos bens para o seu nome (CPC 655).

Gravado – assim é também chamado o fiduciário, a pessoa que recebe um legado em caráter temporário, sob a condição de transmiti-lo ao outro herdeiro instituído, o fideicomissário.

Herança – é a totalidade de bens, direitos e obrigações deixados pelo *de cujus* e que são transmitidos aos herdeiros no momento da abertura da sucessão. Tem existência temporária: da morte do titular do patrimônio até a partilha.

Herança digital – é composta por bens virtuais, que podem ter ou não valor econômico, como perfis das redes sociais, caixa de e-mails. Apesar de não terem valor econômico, podem ter valor sentimental.

Herança jacente – herança que “jaz” sem dono, sem ter herdeiros para recebê-la. Esta é a origem da expressão herança jacente. Falecendo alguém sem herdeiros legítimos ou testamentários, seus bens são recolhidos como herança jacente, até serem declarados vagos – herança vacante – e serem entregues ao ente público onde se situam.

Herança vacante – na inexistência de herdeiros conhecidos, os bens são recolhidos como herança jacente. Por meio de ação judicial, são declarados vagos – daí o nome, herança vacante – e passam ao domínio do ente público onde se encontram localizados.

Herdar por cabeça – é a divisão da herança feita pelo número de herdeiros. Tal ocorre quando são chamados à sucessão herdeiros de uma mesma classe. Todos recebem quinhões iguais.

Herdeiro – é quem recebe os bens, em razão da morte de alguém. A escolha do herdeiro é feita pela lei, mas o falecido pode eleger herdeiros por meio de testamento. Existe mais de uma espécie de herdeiro: legítimo, testamentário ou necessário. Todos os que recebem bens em face da morte de outrem são chamados de herdeiros.

Herdeiro a título singular – assim é chamado o legatário que recebe bens ou direitos devidamente identificados no testamento.

Herdeiro aparente – é quem recebe a herança sem ter direito a ela. Parece herdeiro, mas não é. Claro que pode induzir terceiros em erro, daí a necessidade de identificá-lo. Por exemplo, o herdeiro cuja indignidade não foi ainda declarada.

Herdeiro legal – quem faz jus à herança por integrar a ordem de vocação hereditária.

Herdeiro legítimo – são todos os parentes que têm legitimidade para receber a herança. A lei estabelece uma ordem de preferência de herdeiros, segundo o vínculo de parentesco com o falecido. Os parentes mais próximos são os primeiros chamados a suceder. Não há como confundir herdeiro legítimo e herdeiro necessário. Legítimos são os herdeiros que integram a ordem de vocação hereditária (CC 1.829): descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro sobrevivente

e parentes colaterais. Já os herdeiros necessários são os que necessariamente receberão metade da herança (CC 1.845): descendentes, ascendentes e cônjuge. Os parentes colaterais e o companheiro são herdeiros legítimos, mas não são herdeiros necessários. Não fazem jus à metade da herança e podem ser excluídos da sucessão.

Herdeiro necessário – é quem a lei escolhe para receber a metade da herança. É estabelecida uma ordem de preferência: descendentes, ascendentes e cônjuge (CC 1.845). Os herdeiros necessários, como o próprio nome diz, não podem ser excluídos da sucessão, a não ser que sejam declarados indignos ou venham a ser deserdados.

Herdeiro pré-morto – por exemplo, é quando o filho morre antes do pai. Por ocasião da morte do pai, os netos, filhos do herdeiro pré-morte, recebem a herança em nome do genitor falecido. Ou seja, herdeiro pré-morto é quem falece antes do seu antecessor. A morte de um herdeiro antes do falecimento do autor da herança é chamada premoriência. O herdeiro pré-morto não herda, só os seus descendentes, por direito de representação. Caso o herdeiro falecido não tenha descendentes, a herança é devolvida à sucessão.

Herdeiro testamentário – pessoa eleita por alguém para receber seus bens. A escolha dos herdeiros testa-

mentários é feita por meio de testamento. Alguém só pode dispor da totalidade de seus bens se não tiver herdeiros necessários. Quem tem descendentes, ascendentes ou cônjuge só pode deixar em testamento a metade dos seus bens a quem desejar: os herdeiros testamentários.

Herdeiro universal – é o herdeiro legítimo ou testamentário que recebe a totalidade da herança ou uma fração ideal do patrimônio.

Hereditando – assim é também chamado o *de cujus*, a pessoa que, ao falecer, possuía bens e herdeiros.

Holding – empresa que tem como único objetivo participar do capital social de outras sociedades mediante a aquisição de ações em quantidade suficiente para controlá-las.

Honrado – é o legatário, ou seja, a pessoa beneficiada por testamento para receber bens.

Indignidade – quando um herdeiro comete algum ato que atenta contra a vida ou a dignidade do autor da herança, pode perder a condição de herdeiro. A indignidade precisa ser reconhecida por sentença judicial, o que leva à exclusão do herdeiro da sucessão (CC 1.814).

Infirmiação – ocorre quando o novo testamento traz disposições diferentes sobre os mesmos bens, sem fazer referência ao testamento anterior. Também é chamada de revogação positiva.

Insubsistência – ou infirmação, é a revogação tácita do testamento anterior ou de alguma de suas cláusulas, porque o novo testamento traz disposições incompatíveis com o anterior.

Inventariado – expressão utilizada judicialmente para identificar a pessoa que morreu, o autor da herança cujos bens estão sujeitos ao inventário.

Inventariante – é quem representa o espólio (CPC 75 VII). É nomeado pelo juiz segundo uma ordem estabelecida pela lei (CPC 617). Detém a posse e a administração da herança e tem o dever de proceder ao inventário. Suas funções persistem até a realização da partilha.

Inventariante dativo – pessoa estranha à sucessão nomeada pelo juiz para exercer a inventariança na falta ou impedimento dos indicados pela lei. O inventariante dativo não tem legitimidade para representar o espólio.

Inventário – processo por meio do qual é formalizada a transferência do patrimônio do *de cujus* para os herdeiros. É obrigatória a via judicial quando: há herdeiros menores ou incapazes, não existe acordo entre os herdeiros sobre a divisão dos bens, ou se há testamento. Existindo consenso entre herdeiros maiores e capazes, e não havendo testamento, é possível o

uso do procedimento extrajudicial (CPC 610).

Inventário negativo – mesmo não existindo bens a partilhar, mas havendo a necessidade de ser comprovado tal fato, é possível buscar a declaração judicial neste sentido, por meio de inventário negativo.

Irmãos bilaterais – são os filhos da mesma mãe e do mesmo pai.

Irmãos germanos – assim são chamados os irmãos bilaterais, filhos do mesmo pai e da mesma mãe.

Irmãos unilaterais – também chamados de meio-irmãos, pois têm em comum somente um dos genitores: ou a mãe, ou o pai.

Legado – é uma parte certa e determinada da herança deixada a favor de alguém por meio de testamento. São bens individualizados atribuídos pelo testador a um beneficiário. Quem recebe um legado é chamado de legatário.

Legado *sub causa* – quando o testador nomeia um herdeiro testamentário declarando o motivo da liberalidade (CC 1.897).

Legante – assim é chamado o testador que, por meio de testamento, dispõe de seus bens a favor do legatário.

Legatário – é a pessoa escolhida, por meio de testamento, para receber bens certos e determinados. Por isso o legatário chama-se sucessor a título singular. O testador indica

qual bem ou quais bens deixa a uma pessoa física ou jurídica.

Legítima – parte da herança que obrigatoriamente cabe aos herdeiros necessários. Quem tem descendentes, ascendentes ou cônjuge não pode dispor por testamento da integralidade do seu patrimônio, só da metade. Precisa respeitar a legítima.

Livro de notas – apesar de ser possível que o testamento seja feito por computador, ainda é usada a expressão que identificava o livro em que o tabelião lavrava as escrituras públicas de forma manuscrita.

Meação – como diz o próprio nome, significa metade. É a parte que um cônjuge recebe quando da morte do outro. A meação não integra a herança, pois não pertencia ao falecido, mas ao cônjuge sobrevivente. A existência e a extensão do direito à meação dependem do regime de bens do casamento ou da união estável. O sobrevivente faz jus à meação no regime da comunhão universal, da comunhão parcial e no de participação final nos aquestos.

Morte civil – figura banida do sistema jurídico. Ainda assim, a lei considera o herdeiro indigno como se morto fosse (CC 1.816). Mesmo em tal hipótese, não cabe falar em morte civil.

Multiparentalidade – reconhecimento do direito de a pessoa ter

mais de dois pais registrais, garantindo-se direitos sucessórios com relação a todos.

Notário – é assim chamado o tabelião, profissional do direito dotado de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro. A ele cabe lavrar escrituras de inventários extrajudiciais e testamentos públicos, bem como proceder ao registro dos testamentos cerrados.

Nua-propriedade – quando ocorre o desdobramento da propriedade entre duas pessoas, o usufrutuário fica com a posse e o nu-proprietário com o domínio.

Onerado – pessoa a quem o testador impõe o dever de cumprir o legado. A ele cabe entregar o bem deixado em testamento ao legatário. Se o testador não indicar o onerado, o encargo incumbe aos herdeiros ou aos legatários (CC 1.934).

Oposição – é a negativa do herdeiro de conferir os bens que recebeu em vida do falecido, sob o fundamento de não os ter recebido ou de estar dispensado da colação.

Ordem de vocação hereditária – identificação feita pela lei dos herdeiros para receberem a herança, segundo critério de preferenciabilidade.

Orfanológico – vem de orfanologia, ciência jurídica que trata dos órfãos. Daí chamar-se de juízo or-

fanológico o juízo dos órfãos ou varas de sucessões.

Ortotanásia – suspensão do tratamento que prolonga artificialmente a vida de um paciente terminal. Tal prática não configura crime, sendo reconhecida como causa de exclusão da antijuridicidade.

Pacta corvina – é assim chamado o pacto sucessório: dispor o herdeiro da herança antes da morte do titular do patrimônio.

Pacto sucessório – contrato que tem por objeto a herança de pessoa viva. A lei veda tal prática, uma vez que os herdeiros não podem dispor, por meio de contrato ou qualquer outro tipo de avença, dos bens da herança antes da morte do seu titular (CC 426).

Parte disponível – Quando o testador tem herdeiros necessários, a eles cabe a metade da herança. A outra parte é disponível e o titular pode destinar aos herdeiros testamentários.

Partidor – servidor da justiça encarregado de proceder ao esboço da partilha, em conformidade com o que foi deliberado pelo juiz (CPC 651).

Partilha – divisão do acervo hereditário entre os herdeiros. Quando existir testamento, ou houver herdeiros menores ou incapazes, ou, ainda, quando não existir consenso entre os herdeiros sobre a divisão dos bens, a partilha é feita em juízo,

por meio do processo de inventário. A partilha amigável pode ser levada a efeito por meio de escritura pública, se não houver testamento nem herdeiros incapazes (CPC 610).

Partilha-doação – é a chamada partilha em vida, levada a efeito por ato entre vivos. No fundo, nada mais é do que doação da parte disponível dos bens. Pode beneficiar tanto herdeiros como terceiros (CC 2.018).

Partilha em vida – trata-se da possibilidade de alguém dividir a parte disponível de seus bens, sem, no entanto, comprometer a legítima dos herdeiros necessários. Apesar do nome, pode ser feita via testamento (CC 2.018).

Partilha-testamento – denominação dada à “partilha em vida” quando feita por testamento. No fim, em nada se diferencia de um testamento, pois só pode se referir à parte disponível dos bens do testador. Podem ser favorecidos herdeiros legítimos ou outras pessoas que, ao serem beneficiadas, se tornam herdeiras testamentárias.

Planejamento sucessório – expediente utilizado para contornar as incongruências da lei e assegurar a transmissão de bens da forma desejada por seu titular. Pode ser levado a efeito através de uma série de providências, como doações e constituição de sociedades. Com isso é possível assegurar a manu-

tenção das atividades empresariais, além de evitar a incidência do imposto de transmissão *causa mortis*.

Pluriparentalidade – possibilidade de ser reconhecido o direito de pessoa ter mais de dois pais registrais, o que garante direitos sucessórios com relação a todos.

Pós-moriência – quando o herdeiro morre depois da abertura da sucessão. Ocorre nova transmissão, não se podendo falar em direito de representação. É possível realizar os inventários em conjunto.

Possuidor *pro hedere* – assim é chamado o herdeiro aparente, aquele que detém a posse da herança, ainda que não seja herdeiro.

Prelegado – é o legado deixado a favor de quem já é herdeiro legítimo. O beneficiado é herdeiro a dois títulos: a título universal recebe a herança e a título singular recebe um legado.

Prêmio – ou vintena, remuneração a que faz jus o testamentário para cumprir o testamento (CC 1.987).

Premoriência – ocorre quando o herdeiro morre antes do autor da herança. Se o herdeiro for descendente do autor da herança e tiver filhos, surge o direito de representação.

Prole eventual – ou melhor dizendo, filiação eventual: quem é contemplado no testamento sem ter sequer sido concebido. A lei

admite a possibilidade de ser indicado como herdeiro o filho de determinada pessoa que vier a ser concebido mesmo depois da abertura da sucessão.

Quinhão – parte da herança recebida pelos herdeiros, quer legítimos, quer testamentários.

Quota ou quinhão vago – a herança ou o legado do herdeiro que morreu antes da abertura da sucessão, renunciou à herança ou foi excluído por indignidade ou deserdação. Em qualquer dessas hipóteses surge ou o direito de representação de seus descendentes ou o direito de acrescer dos demais herdeiros.

Reabilitação – declaração feita pelo *de cujus* perdoadando o herdeiro indigno para que ele não seja excluído da sucessão.

Receptício – ato que depende da concordância da outra parte. Uma das características do testamento é ser não receptício, ou seja, não depende da manifestação dos herdeiros para valer. Também a renúncia à herança e a revogação do testamento são atos não receptícios: não se sujeitam à aceitação do beneficiado ninguém para terem eficácia.

Redução das disposições testamentárias – quando o testador exagera e ultrapassa a porção disponível dos bens em benefício de terceiros, é preciso reduzir proporcionalmente a quota dos herdeiros

eleitos para garantir a legítima dos herdeiros necessários (CC 1.967).

Renúncia – aberta a sucessão, a herança transmite-se ao herdeiro que, se não a quiser, pode renunciar. Com isso, o herdeiro resta excluído da sucessão, e o seu quinhão fica para os demais herdeiros. A renúncia é gratuita e pode ser feita nos autos do inventário. O herdeiro renunciante não pode escolher o beneficiário. Se quiser escolher, não cabe renunciar, é preciso fazer cessão dos direitos hereditários.

Renúncia abdicativa – também chamada de renúncia própria. Ocorre quando o herdeiro abre mão da herança, simplesmente não a aceita. Seu quinhão é acrescido ao quinhão dos demais herdeiros.

Renúncia imprópria – imprópria porque não se trata de renúncia, mas de cessão. O herdeiro cede seu quinhão ou parte dele a quem lhe aprouver.

Renúncia própria – é a renúncia pura e simples da herança. O herdeiro abdica da condição de sua condição de herdeiro, ficando fora da sucessão. Por isso é também chamada de renúncia abdicativa.

Renúncia translativa – apesar do nome, renúncia não é. Por isso é também chamada renúncia imprópria. Ocorre quando o herdeiro transfere sua herança ou parte dela a favor de uma pessoa determinada. Não se trata de renúncia, mas de

cessão. A cessão pode ser onerosa ou gratuita e precisa ser feita por escritura pública.

Representado – é o herdeiro pré-morto, declarado indigno ou deserdado. Excluído da sucessão, o seu quinhão sucessório é recolhido pelos seus descendentes por direito de representação.

Representante – trata-se do descendente do herdeiro que comparece à sucessão por direito de representação. Na hipótese de premoriência, declaração de indignidade ou deserdação, os descendentes do herdeiro o representam e recebem o quinhão em nome dele.

Res derelicta – coisa sem dono. É assim chamado o patrimônio de quem morre sem deixar herdeiros.

Revogação do testamento – ocorre quando o testador, por meio de outro testamento, revoga total ou parcialmente o testamento anterior (CC 1.969).

Revogação negativa – quando o novo testamento, de modo expresso, é revogado. Ou o testamento ou alguma de suas cláusulas.

Revogação-nua – por meio de novo testamento, o testador se limita a revogar o testamento anterior, sem trazer qualquer disposição testamentária. Com isso, restabelece-se a sucessão legítima.

Revogação positiva – o novo testamento traz novas disposições

sobre os mesmos bens, sem fazer referência ao testamento anterior. Subsistem os dois testamentos no que forem compatíveis. É o que também se chama infirmação ou insubsistência.

Rompimento do testamento – acontece quando, depois de elaborado o testamento, surgem herdeiros necessários que não existiam ou o testador não sabia da sua existência. Tais fatos levam à ineficácia do testamento (CC 1.973 a 1.975).

Rupção – ocorre a rupção do testamento quando é reconhecido o seu rompimento, ou seja, perde a eficácia pelo nascimento ou aparecimento de herdeiro necessário que o testador desconhecia.

Saisine – princípio da *saisine* ou *droit de saisine*. Consagra a transmissão “automática” dos direitos sucessórios aos herdeiros no momento da morte de seu titular. A transferência é imediata e independe de aceitação por parte do herdeiro.

Sobrepartilha – nova partilha de bens que não foram divididos no inventário. Assim, quando aparecem bens depois de ultimado o processo de inventário, impõe-se que sejam sobrepartilhados. A partilha que havia sido feita é válida, não precisa ser desconstituída.

Sonegados – O herdeiro que recebeu bens a título de adiantamento de legítima, quando da abertura da

sucessão tem o dever de noticiar tal fato no inventário. É o que se chama trazer os bens à colação. Quem assim não age é chamado de sonegador e se sujeita à ação de sonegados, podendo perder os bens recebidos.

Sonegador – é o herdeiro que simplesmente sonega os bens que recebeu a título de adiantamento de legítima. Não os descreve no inventário, ou seja, não traz os bens à colação. Quem assim não age perde o direito que tinha sobre eles. Também é chamado de sonegador quem não informa a existência de bens que sabia estarem na posse de outra pessoa.

Sublegado – o testador pode nomear um herdeiro ou legatário e impor-lhe a condição de ele entregar bem de sua propriedade particular a outro herdeiro. O bem cuja entrega o testador determinou chama-se sublegado. Se o herdeiro ou legatário não fizer a entrega ao herdeiro ou legatário indicado, considera-se que renunciou à herança ou ao legado (CC 1.913).

Sublegatário – é o herdeiro nomeado para receber um bem não do testador, mas de outro herdeiro. Tal ocorre quando o testador nomeia um herdeiro ou legatário sob a condição de ele entregar um bem seu para outra pessoa, o sublegatário. Se o herdeiro ou legatário não cumprir o encargo, ou seja, se não entregar o bem de sua proprieda-

de ao sublegatário, se presume que renunciou à herança ou ao legado (CC 1.913).

Substituição compendiosa – um misto de substituição fiduciária e vulgar. Ocorre quando o testador, prevendo a hipótese de renúncia, nomeia um substituto ao fiduciário (o herdeiro eleito em primeiro lugar) ou ao fideicomissário (o herdeiro eleito em segundo lugar).

Substituição fideicomissária – ou fideicomisso. O testador escolhe o herdeiro do herdeiro. Quando da abertura da sucessão, a herança se transmite para o primeiro herdeiro escolhido (fiduciário). Quando morre o primeiro herdeiro – ou ocorre o fato eleito pelo testador para acontecer a transferência – a herança se transmite ao fideicomissário (herdeiro nomeado em substituição).

Substituição recíproca – quando o testador escolhe mais de um herdeiro ou legatário e estipula que um pode substituir aquele que não puder ou não quiser o seu quinhão (CC 1.948).

Substituição vulgar – ocorre quando o testador nomeia um herdeiro ou um legatário e indica outro herdeiro para substituí-lo caso o nomeado em primeiro lugar não possa ou não queira o bem que lhe foi deixado. O testador escolhe um herdeiro e um “substituto” (CC 1.947).

Substituído – é quem o testador escolhe como herdeiro ou legatário. E, caso este não queira ou não possa receber a herança ou o legado, este se transmite ao substituto, o outro herdeiro que foi nomeado pelo testador.

Substituto – trata-se de um herdeiro eventual. É escolhido pelo testador para suceder o herdeiro instituído em primeiro lugar (substituído). Também é assim denominado o herdeiro que, quando da abertura da sucessão, já tenha falecido, não possa, ou não queira aceitar a herança ou o legado.

Sucessão – é o ato de uma pessoa suceder a outra. A sucessão pode ocorrer *inter vivos* ou *causa mortis*. Só desta última hipótese trata o direito das sucessões.

Sucessão aberta – no momento em que ocorre a morte, abre-se a sucessão, passando os bens aos herdeiros. Até a partilha se diz que a sucessão está em aberto.

Sucessão *causa mortis* – ou sucessão “a causa da morte”, uma vez que o direito das sucessões existe a partir da morte da pessoa.

Sucessão definitiva – assim é chamada a sucessão que não decorre da morte, mas da declaração de ausência (CC 22). Depois de 10 anos de aberta a sucessão provisória, a sucessão pode ser transformada em definitiva (CC 37 a 39).

Sucessão hereditária – é a transferência dos direitos, deveres e obrigações do falecido aos herdeiros.

Sucessão legítima – ocorre quando a herança se transmite aos herdeiros eleitos pela lei (CC 1.829). Atendendo a um critério de conveniência, pela proximidade com o falecido, o legislador indica quem vai receber os bens do *de cujus*.

Sucessão mista – se dá quando alguém, mesmo tendo herdeiros, deixa testamento. Assim, concorrem à sucessão herdeiros legítimos e testamentários.

Sucessão provisória – desaparecendo alguém sem deixar vestígios, possível a declaração de sua ausência, sendo seus bens arrecadados (CC 22). Com isso, abre-se a sucessão provisória (CC 26 a 36 e CPC 744 e 745).

Sucessão testamentária – transmissão da herança segundo a vontade do falecido, que elege seus herdeiros por meio do testamento (CC 1.857). Mesmo quem tem herdeiros necessários (CC 1.845: descendentes, ascendentes ou cônjuge) pode fazer testamento, mas só pode dispor da metade dos seus bens.

Sucessão universal – é a transferência da totalidade do acervo hereditário aos herdeiros legítimos. Também se chama de universal a sucessão quando são beneficiados herdeiros por testamento com fra-

ção ideal da herança identificada de forma percentual.

Sucessio possessionis – quando um dos herdeiros está na posse exclusiva de um bem do espólio, não pode alegar usucapião para somar sua posse com o período da posse do *de cuius*.

Sucessor – expressão genérica que serve para identificar o herdeiro, qualquer que seja ele: legítimo, necessário, testamentário ou legatário.

Sucessor singular – é o legatário, quem é contemplado, via testamento, com bem determinado.

Sucessor universal – é o herdeiro que recebe a totalidade ou quota-parte da herança.

Sufrágio – expressão para lá de antiga que identifica os rituais ou solenidades religiosas pela alma do falecido. Se tais celebrações não constarem do testamento ou do codicilo, não são encargos da herança (CC 1.998).

Tabelião de notas – é o notário, a quem compete, com exclusividade, lavrar escrituras públicas e testamentos públicos, bem como aprovar testamentos cerrados.

Testador – o titular do patrimônio que deixa testamento.

Testamenteiro – pessoa escolhida pelo testador para defender a validade e dar cumprimento ao testamento. O testamenteiro faz jus a

remuneração, que se chama prêmio ou vintena.

Testamenteiro particular – quando o testamenteiro nomeado não recebe a posse da herança.

Testamenteiro universal – assim é chamado o testamenteiro a quem o testador transfere a posse e a administração da herança, o que só pode ocorrer se não existir herdeiros necessários (CC 1.977).

Testamento – documento através do qual alguém dispõe a respeito de seus bens para depois de sua morte. É chamado de ato de última vontade. O testamento pode ser público, cerrado ou particular. Também há formas especiais de testar que dependem de condições excepcionais: marítimo, aeronáutico, militar e mais duas formas excepcionaisíssimas, aos quais nem nome a lei atribuiu (CC 1.879 e 1.896).

Testamento-anão – o nome que também se dá ao codicilo, escrito deixado pelo falecido com instruções sobre o funeral e doações de pequena expressão econômica (CC 1.881).

Testamento cerrado – testamento elaborado pelo testador e que necessita ser aprovado pelo tabelião, na presença de testemunhas. Depois de cerrado e lacrado, é entregue ao testador (CC 1.868).

Testamento conjuntivo – a lei não o admite. Duas pessoas não podem testar em um mesmo ato nem o

testamento pode estabelecer reciprocidade entre dois testadores (CC 1.863).

Testamento de mão comum – assim era chamado o testamento feito por duas pessoas – normalmente marido e mulher – dispondo do patrimônio de um para o outro ou para terceiros pessoas. Tal possibilidade não mais existe (CC 1.863).

Testamento excepcional – quando circunstâncias especiais e urgentes impedem a utilização de outra forma de testar, o próprio testador pode redigir e assinar o testamento, mesmo sem a presença de testemunhas (CC 1.879).

Testamento holografo ou ológrafo – o testamento particular quando manuscrito pelo próprio testador (CC 1.876).

Testamento nuncupativo – testamento feito oralmente, perante duas testemunhas, por militares e demais pessoas a serviço das Forças Armadas, quando o testador se encontra em risco de vida (CC 1.896).

Testamento particular – testamento escrito pelo próprio testador e que deve ser lido perante três testemunhas e assinado por todos (CC 1.876 § 1.º e 1.878).

Testamento público – elaborado por escritura pública pelo tabelião, segundo as instruções do testador, e que deve ser lido perante duas testemunhas (CC 1.864).

Testamento roto – significa que o testamento, mesmo que seja válido, não pode ser cumprido, por ter ocorrido alguma causa que ensejou o seu rompimento. Ocorre o rompimento do testamento também quando, depois de sua elaboração, nasce ou aparece herdeiro necessário que o testador desconhecia. O testamento não produz efeito. Outra expressão utilizada para significar que o testamento está roto é caducidade.

Testamento secreto – nome que também se dá ao testamento cerrado, pois é feito pelo testador e simplesmente aprovado pelo escrivão perante duas testemunhas. Chama-se de secreto porque não é lido por ocasião de sua aprovação (CC 1.868).

Testamento vital – apesar do nome, não se trata de testamento. Também é chamado de consentimento informado ou diretivas antecipadas. Nada mais do que disposições sobre a assistência médica a ser prestada ao paciente terminal, sobre a interrupção dos suportes da vida e o adiamento de sua morte.

Testemunhas extranumerárias – são as pessoas que participam da solenidade de elaboração ou confirmação do testamento, além do número legal. Ainda assim, assinam o ato de formalização do testamento. São dispensáveis, mas úteis. Como é exigido um número mínimo de testemunhas capazes, a incapacidade

dade de alguma não compromete a validade do testamento.

Testemunhas instrumentárias – são as pessoas que presenciaram a confecção do testamento. A presença das testemunhas é requisito essencial para a validade do testamento. As testemunhas que subcrevem o testamento podem ser chamadas a juízo, após a morte do testador, para confirmar os fatos e atos presenciados. O testamento público e o cerrado exigem a presença de duas testemunhas e no testamento particular são necessárias, no mínimo, três testemunhas.

Tomada de decisão apoiada – processo através do qual uma pessoa com deficiência elege duas pessoas para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre os atos da vida civil (CC 1.783-A).

Traslado – cópia fiel de tudo o que consta escrito em algum lugar. O traslado do testamento público é entregue pelo tabelião ao testador.

Trazer à colação – quando alguém recebe em vida bens de quem é sucessor (o filho ganha um bem do pai), por ocasião do falecimento do doador, havendo outros herdeiros, é necessária a devida compensação. Assim, os herdeiros que foram beneficiados precisam trazer à colação os bens que receberam, para garantir a igualdade dos quinhões dos herdeiros.

Usufruto – direito real sobre coisa alheia. Ocorre quando se dividem os atributos da propriedade entre duas pessoas: uma fica com a nua-propriedade e a outra com a posse o usufrutuário.

Usufruto vidual – “vidual” vem de viuvez, daí usufruto vidual. O direito de usufruto sobre parte da herança era assegurado ao cônjuge sobrevivente enquanto se mantivesse em estado de viuvez. Este direito não tem mais previsão legal.

Vacância – procedimento através do qual a herança é declarada vaga, sem dono. Nesta oportunidade é devolvida ao ente público municipal do local em que se situa.

Vida digital – o mundo da informática criou um acervo intangível que se transformou em um patrimônio que subsiste após a morte do seu titular. Assim é possível a eleição de um herdeiro digital para deliberar sobre o destino destes ativos.

O fantástico desenvolvimento da informática criou um novo patrimônio que é albergado no campo sucessório. Conforme Nelson Rosenvald, além da memória sentimental nas redes sociais, com seus códigos de acesso, nomes de domínio, networking, biblioteca no iTunes, também milhas aéreas, pontos de recompensa, contas de Pay Pal e Bit Coin, são preciosos **ativos intangíveis** que podem ser objeto

de legado. Afinal, uma página do Facebook é parte da herança.²

Tanto o Google como o Facebook autorizam que o usuário indique ao provedor, um herdeiro digital para gerenciar suas contas depois de sua morte. Ou seja, as pessoas deveriam deixar claras instruções sobre o que deseja que seja feito com sua mídia social após a sua morte. O chamado *legacy contact*, pode transformar a página do Facebook em uma *afterlife* digital, uma espécie de memorial, em que o gestor pode fixar um post descritivo, alterar as fotos de perfil e de capa e aceitar novos pedidos de amizade. Também há a possibilidade de parentes, amigos ou responsáveis legais solicitarem a desativação automática da conta após o óbito, mediante comunicação e apresentação de documento comprobatório da legitimidade para tal.

Daí a recomendação de Nelson Rosenthal: faça bom uso de sua liberdade e escolha um cuidador da rede para “memorializar” ou implodir com toda sua vida digital, antes que o Facebook escolha por você.

Não tomada essa providência pelo titular, junto ao provedor, o autor sustenta que o inventariante pode assumir o controle temporário da vida digital, podendo-se eventualmente pensar em uma inventariança compartilhada ou a nomeação de um representante autônomo, especialmente para transferir ou fechar contas.³

Vintena – remuneração a que faz jus o testamenteiro quando ele não é nem herdeiro nem legatário. O valor da vintena é fixado pelo juiz entre 1% e 5% da herança líquida (CC 1.987).

Vocação hereditária – é a convocação de uma pessoa com direito à herança.

2. Nelson Rosenthal, A sucessão na morte digital.

3. Idem.

69

GENOGRAMA

As figuras são conhecidas, mas cabem algumas especificações.
Eis as convenções:



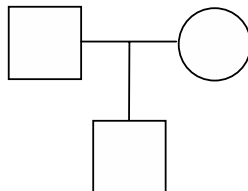
Homem



Mulher

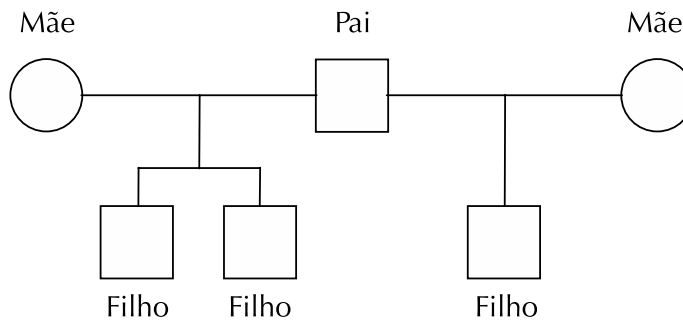


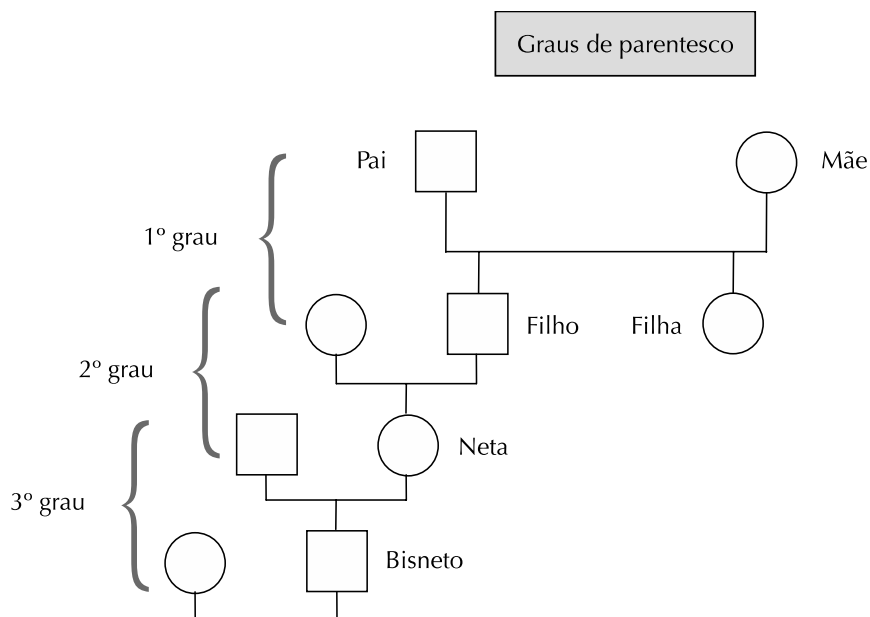
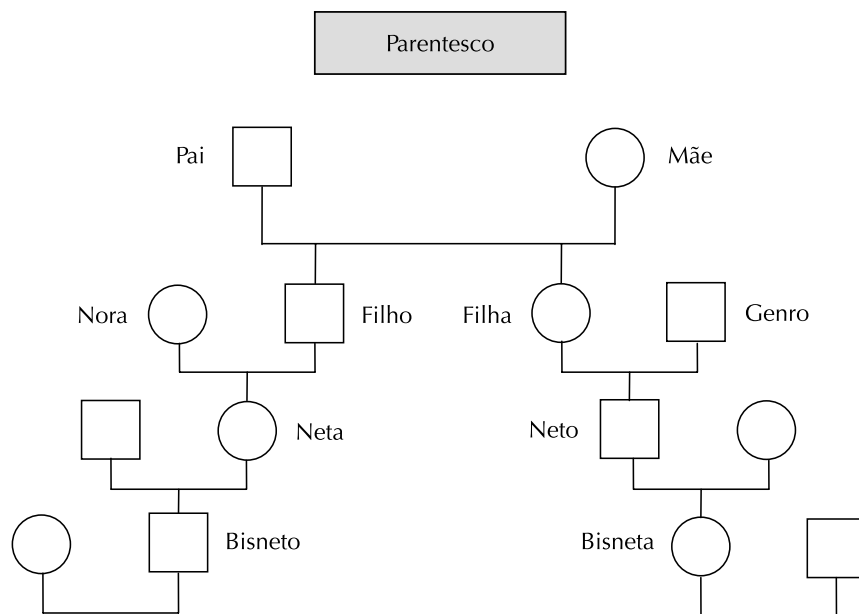
Casamento

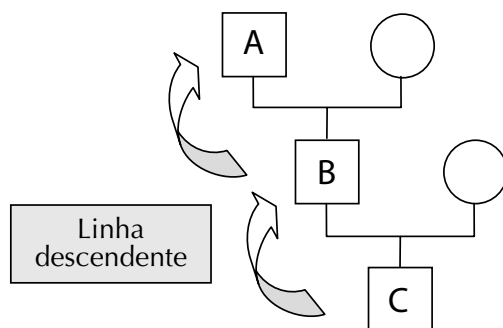
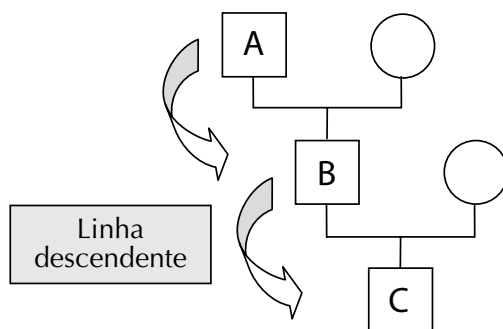


Filiação

Filiação híbrida







SÚMULAS, TESES E ENUNCIADOS

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF

TESES DE REPERCUSSÃO GERAL

Tema 498

É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002. (RE 646.721 e RE 878.694)

p. 48, 69, 89, 101, 119, 140, 163, 185, 194, 195, 203, 212, 219, 223, 231, 241, 247, 267, 308, 342, 347, 368, 402, 438, 675, 747, 834

Tema 526

Possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários. (RE 883168)

p. 126, 347

Tema 529

Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte. (RE 1.045.273)

p. 347

Tema 622

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extra-

patrimoniais. Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. (RE 898.060)

p. 60, 73, 181, 196, 298, 870

SÚMULAS

Súmula 49

A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens.

p. 388

Súmula 112

O imposto de transmissão *causa mortis* é devido pela alíquota vigente ao tempo da abertura da sucessão.

p. 881, 891

Súmula 113

O imposto de transmissão *causa mortis* é calculado sobre o valor dos bens na data da avaliação.

p. 891

Súmula 114

O imposto de transmissão *causa mortis* não é exigível antes da homologação do cálculo.

p. 889, 891

Súmula 115

Sobre os honorários do advogado contratado pelo inventariante, com a homologação do juiz, não incide o imposto de transmissão *causa mortis*.

p. 891

Súmula 116

Em desquite ou inventário, é legítima a cobrança do chamado imposto de reposição, quando houver desigualdade nos valores partilhados.

p. 413, 891

Súmula 149

É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.
p. 876

Súmula 265

Na apuração de haveres não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido, excluído ou que se retirou.
p. 767

Súmula 331

É legítima a incidência do imposto de transmissão *causa mortis* no inventário por morte presumida.
p. 891

Súmula 377

No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.
p. 79, 82, 200, 220, 234, 235, 236, 371, 834

Súmula 380

Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.
p. 47, 135

Súmula 382

A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.
p. 126

Súmula 435

O imposto de transmissão causa mortis pela transferência de ações é devido ao Estado em que tem sede a companhia.

p. 891

Súmula 447

É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina.

p. 473

Súmula 494

A ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em vinte anos, contados da data do ato, revogada a Súmula 152. (o prazo foi reduzido para 10 anos – CC 205).

p. 830

Súmula 542

Não é inconstitucional a multa instituída pelo estado-membro, como sanção pelo retardamento do início ou da ultimação do inventário.

p. 731

Súmula 590

Calcula-se o imposto de transmissão *causa mortis* sobre o saldo credor da promessa de compra e venda de imóvel, no momento da abertura da sucessão do promitente vendedor.

p. 891

Súmula 656

É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão inter vivos de bens imóveis – ITBI com base no valor venal do imóvel.

p. 891

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS – TFR1**Súmula 122**

A companheira, atendidos os requisitos legais, faz jus à pensão do segurado falecido, quer em concorrência com os filhos do casal, quer em sucessão a estes, não constituindo obstáculo a ocorrência do óbito antes da vigência do Dec.-lei 66, de 1966.

p. 338

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ**TESES DE REPERCUSSÃO GERAL****Tema 732**

O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária.

p. 346

SÚMULAS**Súmula 161**

É da competência da Justiça Estadual autorizar o levantamento dos valores relativos ao PIS/PASEP e FGTS, em decorrência do falecimento do titular da conta.

p. 736

1. O TFR foi extinto pela CF e substituído pelo STJ, mas suas súmulas não foram revogadas.

Súmula 227

A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

p. 328

Súmula 265

Na apuração de haveres, não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido, excluído ou que se retirou.

p. 767

Súmula 336

A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente.

p. 346

Súmula 340

A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.

p. 105

JORNADAS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL**JORNADAS DE DIREITO CIVIL****Enunciado 106**

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

p. 179

Enunciado 116

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.

p. 413, 891

Enunciado 117

O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88.

p. 110

Enunciado 118

O testamento anterior à vigência do novo Código Civil se submeterá à redução prevista no § 1º do art. 1.967 naquilo que atingir a porção reservada ao cônjuge sobrevivente, elevado que foi à condição de herdeiro necessário.

Enunciado 119

Para evitar o enriquecimento sem causa, a colação será efetuada com base no valor da época da doação, nos termos do caput do art. 2.004, exclusivamente na hipótese em que o bem doado não mais pertença ao patrimônio do donatário. Se, ao contrário, o bem ainda integrar seu patrimônio, a colação se fará com base no valor do bem na época da abertura da sucessão, nos termos do art. 1.014 do CPC, de modo a preservar a quantia que efetivamente integrará a legítima quando esta se constituiu, ou seja, na data do óbito (resultado da interpretação sistemática do art. 2.004 e seus parágrafos, juntamente com os arts. 1.832 e 884 do Código Civil).

Enunciado 261

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

Enunciado 266

Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns.

Enunciado 267

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

Enunciado 268

Nos termos do inc. I do art. 1.799, pode o testador beneficiar filhos de determinada origem, não devendo ser interpretada extensivamente a cláusula testamentária respectiva.

Enunciado 269

A vedação do art. 1.801, inc. III, do Código Civil não se aplica à união estável, independentemente do período de separação de fato (art. 1.723, § 1º).

Enunciado 270

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

Enunciado 271

O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança.

Enunciado 343

A transmissibilidade da obrigação alimentar é limitada às forças da herança.

Enunciado 527

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

Enunciado 528

É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado “testamento vital”, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.

Enunciado 529

O fideicomisso, previsto no art. 1.951 do Código Civil, somente pode ser instituído por testamento.

Enunciado 575

Concorrendo herdeiros de classes diversas, a renúncia de qualquer deles devolve sua parte aos que integram a mesma ordem dos chamados a suceder.

Enunciado 600

Após registrado judicialmente o testamento e sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial.

Enunciado 609

O regime de bens no casamento somente interfere na concorrência sucessória do cônjuge com descendentes do falecido.

Enunciado 610

Nos casos de comoriência entre ascendente e descendente, ou entre irmãos, reconhece-se o direito de representação aos descendentes e aos filhos dos irmãos.

Enunciado 611

O testamento holografo simplificado, previsto no art. 1.879 do Código Civil, perderá sua eficácia se, nos 90 dias subsequentes ao fim das circunstâncias excepcionais que autorizaram a sua confecção, o disponente, podendo fazê-lo, não testar por uma das formas testamentárias ordinárias.

Enunciado 641

É constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável.

JORNADAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**Enunciado 51**

Havendo registro judicial ou autorização expressa do juízo sucessório competente, nos autos do procedimento de abertura, registro e cumprimento de testamento, sendo todos os interessados capazes e concordes, poderão ser feitos o inventário e a partilha por escritura pública.

Enunciado 52

Na organização do esboço da partilha tratada pelo art. 651 do CPC, deve-se incluir a meação do companheiro.

**IBDFAM – INSTITUTO BRASILEIRO
DE DIREITO DE FAMÍLIA****Enunciado 02**

A separação de fato põe fim ao regime de bens e importa extinção dos deveres entre cônjuges e entre companheiros.

p. 341

Enunciado 03

Em face do princípio da igualdade das entidades familiares, é inconstitucional o tratamento discriminatório conferido ao cônjuge e ao companheiro.

p. 202

Enunciado 09

A multiparentalidade gera efeitos jurídicos.

p. 73, 196, 870

Enunciado 15

Ainda que casado sob o regime da separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário e concorre com os descendentes.

p. 236

Enunciado 16

Mesmo quando houver testamento, sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial.

p. 783

BIBLIOGRAFIA

- AGAPITO, Priscila. *Inventário extrajudicial e o seu papel facilitador nas relações jurídicas*. Disponível em: <http://www.oabsantos.org.br/arquivos/download/2014_8_19_15_51_39_54264.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.
- AGUIRRE, Caio Eduardo de. Visão Sistêmica da Família. *Revista Nacional de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, v. 1, n. 04, p. 45-57, jul.-ago. 2014.
- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. Famílias simultâneas e concubinato adulterino. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 143-161.
- _____. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. São Paulo: IOB/Thomson, 2006. p. 169-191.
- _____. BARRETO, Leonardo; GOMINHO, Leonardo. *Direito das sucessões e conciliação*: teoria e prática da sucessão hereditária a partir do princípio da pluralidade das famílias. Maceió: Edufal, 2010.
- ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo CPC e a família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/957/Novo+CPC+e+Fam%C3%ADlia>>. Acesso em: 24 mar. 2019.
- AMORIM, Sebastião Luiz. Direito das Sucessões. Sucessão testamentária. Arts. 1.857 a 1.990. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2004. v. 19.
- ANTONINI, Mauro. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Coordenador Cezar Peluso. 7 Ed. Barueri-SP: Manole, 2013.
- ASSAD, Flávia Vampré. Testamento vital. *Revista de Direito Notarial*, a. 2, n. 2, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 179-188.
- ASSIS, Arnaldo Caminho de. Ação de petição de herança. In: TEIXEIRA, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Pereira (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 629-644.
- AVELAR, Letícia Marquez de. A emancipação dos filhos menores autoriza a utilização do procedimento extrajudicial previsto na Lei 11.441/2007? In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coords.). *Separação*,

divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais: questionamentos sobre a Lei 11.441/2007. São Paulo: Método, 2007. p. 213-228.

BARBOSA, Águida Arruda; GROENINGA, Giselle Câmara. A concorrência sucessória e a ampliação dos conflitos familiares. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 29, abr.-maio 2005, p. 152-172.

BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. Abandono afetivo e alienação parental podem ser causas de deserdação? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e sucessões: questões polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 633-668.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade das relações humanas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BERGAMINI, Adolpho. A constituição da empresa, denominada holding patrimonial, como forma de redução de carga tributária da pessoa física, planejamento sucessório e retorno de capital sob a forma de lucros e dividendos, sem tributação. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/50894572/Constituicao-de-Holding-Adolpho-Bergamini>>. Acesso em: 06 mar. 2019.

BEVILÁQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1916. v. 1; 1917, v. 2; 1921, v. 6.

_____. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BLIKSTEIN, Daniel. *O direito real de habitação na sucessão hereditária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória, de senectude e outros escritos autobiográficos*. Trad. Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BOECKEL, Fabrício Dani de. *Testamento particular*. Porto Alegre: Fabris, 2004.

BONATES, Juliana da Fonseca. Há hipóteses em que pode ser feita partilha extrajudicial mesmo havendo testamento? Pode haver partilha extrajudicial amigável de apenas alguns bens, dividindo-se litigiosamente o restante? Pode haver partilha extrajudicial quando existir dúvida quanto à qualidade de herdeiro? Subsiste a partilha amigável judicial? Ainda será possível a partilha extrajudicial se algum dos herdeiros falecer antes de ultimada? Qual o prazo para lavratura da partilha extrajudicial? Qual o prazo para anular a partilha extrajudicial? In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coords.). *Separação, divórcio, partilha e inventários extrajudiciais: questionamentos sobre a Lei 11.441/2007*. São Paulo: Método, 2007. p. 317-322.

- BORGES, Lisieux Nidimar Dias. Testamento particular em braile, por que não? Inclusão já. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v.1. jan.-fev. p. 71-94.
- BRITO, Rodrigo Toscano de. Cessão de direitos hereditários e a discussão sobre os novos requisitos presentes no Código Civil de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005. v. 3, p. 379-396.
- _____. Planejamento sucessório por meio de *holdings*: limites e suas principais funções. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e sucessões: questões polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 669-682.
- CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Bechat; ALVES, Mariane Ferraz. Direitos sucessórios na fecundação artificial homologa *post mortem*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 29, p. 92-122, ago.-set. 2012.
- CABRAL, Vivian Bochat. O testamento vital e a efetividade da vontade do titular do bem jurídico vida. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 28, p. 22-47, jun.-jul. 2012.
- CAHALI, Francisco José. Direito intertemporal no Livro de Família (regime de bens e alimentos) e Sucessões. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 199-216.
- _____. Sujeitos da sucessão: capacidade e legitimidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 15-26.
- _____. CARDOSO, Fabiana Domingues. Sucessão colateral. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.). CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria (coords.). *Direito das Sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 117-121 (coleção Direito Civil, v. 8).
- _____. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- _____. ROSA, Karin Regina Rick et al. *Escrituras públicas: separação, divórcio, inventário e partilhas consensuais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- CARDOSO, Fabiana Domingues. *Futuro da família. Planejamento sucessório implica divisão justa de bens*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-ago-04/planejamento_sucessorio_implica_divisao_justa_bens>. Acesso em: 16 mar. 2019.
- _____. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2011.

- CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de. *Das cláusulas restritivas da legítima*. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, Emerom: Porto Velho, 2009. p. 285-320.
- CARVALHO NETO, Inácio de. A venda de ascendente a descendente no novo Código Civil. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (coord.). *Arte jurídica*: biblioteca científica de Direito ívil e Processo Civil. Curitiba: Juruá, 2006. p. 119-128.
- _____. Aceitação e renúncia. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.). CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria (coords.). *Direito das Sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 56-64 (coleção Direito Civil, v. 8).
- CARVALHO, Dimas Messias de; CARVALHO, Dimas Daniel. *Direito das Sucessões*. Inventário e partilha. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CASSETTARI, Christiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública*: teoria e prática. 7. ed. São Paulo: Método, 2015.
- _____. Sucessão legítima. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.). —; MENIN, Márcia Maria (coords.). *Direito das Sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 94-115 (coleção Direito Civil, v. 8).
- CASTRO, Demades Mario. Do inventário extrajudicial na existência de testamento – breve análise dos planos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos – exame da hipótese do testamento revogado. *Revista de Direito Notarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 3, ano 3. p. 351-359.
- CASTRO, Lílian. Sucessão de ausentes. *DireitoNet*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/11/08/1108/>>. Acesso em: 22 mar. 2019.
- CATEB, Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CHAVES, Marianna. Famílias paralelas. In: DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (coords.). *Escritos de Direito das Famílias*: uma perspectiva luso-brasileira. Porto Alegre: Magister, 2008. p. 39-54.
- CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2007. v. 6, p. 43-81.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito ívil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 5.
- COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Herança jacente e vacante. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 83-96.
- _____. Transmissão do acervo hereditário. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 27-40.

- COMMEL, Denise Damo. *Imposto de transmissão causa mortis no arrolamento*. Inaplicabilidade do art. 192 do CTN. Erro material no texto do art. 664, § 4º, do CPC/15. Disponível em: < <https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/11188715/IMPOSTO+TRANSMISS%C3%83O+CAUSA+MORTIS+ARROLAMENTO+-+Dra.+Denise+Damo+Comel/3a5d305a-ad3e-a13f-1728-0a9ba8458844>>. Acesso em: 24 mar. 2019.
- COSER, José Reinaldo. *Direito das Sucessões*: Do inventário e da partilha. Anotado. 5. ed. São Paulo: CL Edijur, 2016.
- COSTA, Carlos José de Castro. Sucessão do cônjuge à luz da Constituição Federal. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ano XI, n. 14, fev.-mar. 2010, p. 5-30.
- COSTALUNGA, Karine. A separação extrajudicial e o cônjuge como herdeiro necessário. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coords.). *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*: questionamentos sobre a Lei 11.441/2007. São Paulo: Método, 2007. p. 157-170.
- _____. *Direito de herança e separação de bens*: uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- CUNHA, Aline Húngaro. Previdência privada e direito das sucessões. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI35319,71043-Previdencia+privada+e+direito+das+sucessoes>>. Acesso em: 07 mar. 2019.
- CRUZ, Daniel Santana. Sucessões entre irmãos unilaterais e bilaterais: uma isonomia constitucional ferida? Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/851/Sucess%C3%B5es+entre+irm%C3%A3os+unilaterais+e+bilaterias%3A+uma+isonomia+constitucional+ferida%3F>>. Acesso em: 09 mar. 2019.
- DADALTO, Luciana. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v.1. jan.-fev. p. 141-150.
- _____. Testamento vital na prática jurídica brasileira. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e sucessões*: questões polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 141-154.
- DANOSO, Denis. Negócios em família. Sociedade empresarial entre cônjuges: análise do Código Civil. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mar-01/sociedade_entre_conjuges_analise_codigo_civil>. Acesso em: 07 mar. 2019.
- DELGADO, Mário Luiz. A união estável e os direitos sucessórios do convivente sobrevivente. *Revista Jurídica*, n. 441, jul. Porto Alegre: Notadez – Síntese, 2014. p. 11-26.

- _____. *A sucessão na união estável após o julgamento dos embargos de declaração pelo STF*: o companheiro não se tornou herdeiro necessário. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI291015,21048-A+sucesao+na+uniao+estavel+apos+o+julgamento+dos+embargos+de>>. Acesso em 24 mar. 2019.
- _____. *Da renúncia prévia ao direito concorrencial por cônjuges e companheiros*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-07/processo-familiar-renuncia-previa-direito-concorrencial-conjuge-companheiro?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter>. Acesso em 11 abr. 2019.
- _____. Da intransmissibilidade, *causa mortis*, das obrigações de prestação de fato. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Questões controvertidas no Direito das Obrigações e dos Contratos*. São Paulo: Método, 2005. v. 4, p. 95-125.
- _____. O cônjuge e o companheiro deveriam figurar como herdeiros necessários? *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2017, v.15. set/out. p. 33-58.
- _____. *Problemas de direito intertemporal no Código Civil*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- _____. Casar ou não casar? Dúvidas sobre questões sucessórias. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 17, ago.-set. 2010, p. 27-40.
- _____. *Divórcio*: Emenda Constitucional 66 e o CPC. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- _____. Filhos, bens e amor não combinam! Considerações sobre o novo instituto da concorrência sucessória. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 467-482.
- _____. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- _____. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Direito de *saisine*. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, a. XVI, n. 45, mar. 1989, p. 245-252.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*: Direito das Sucessões. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 6.
- _____. *Curso de Direito Civil brasileiro*: teoria geral do Direito Civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

- _____. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DOMINGOS, Reinaldo. Planejamento sucessório: redução de riscos. Disponível em: <<http://www.revistapetcenter.com.br/materias/ler-materia/128/planejamento-sucessorio-reducao-de-riscos>>. Acesso em: 07 mar. 2019.
- DONOSO, Denis. Da (des)necessidade da outorga uxória na renúncia da herança face aos regimes de bens adotado entre os cônjuges. *Revista IOB de Direito de Família*, n. 58, fev.-mar. 2010, p. 49-57.
- FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorin (coords.). *Direito de Família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 63-92.
- _____. Direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coords.). *Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006. p. 625-643.
- _____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 48, out.-dez. 2011.
- _____. PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Uma contribuição crítica que se traz à colação. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005. v. 3, p. 447-460.
- FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. Os fundamentos do direito sucessório como parâmetro a conferir ao companheiro os mesmos direitos sucessório do cônjuge supérstite. In: NICOLAU JÚNIOR, Mauro. *Novos direitos*. Curitiba: Juruá. 2007. p. 355-379.
- FARIA, Mário Roberto Carvalho de. *Direito das Sucessões*. Teoria e prática. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. Disposições testamentárias e clausulação da legítima. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 241-264.
- _____. Incidentes à transmissão da herança: aceitação, renúncia, cessão de direitos hereditários e petição de herança. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 41-82.

- _____. ROSENVALD, Nelson. Curso de *Direito Civil: Teoria geral*. 17. ed. Salvador: Juspodvm, 2019.
- _____; _____. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. v. 7. 4 ed. Salvador: Juspodvm, 2017.
- FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- FISCHER, José Flávio Bueno, Inventário extrajudicial com testamento: Por que não? Disponível em: <<https://www.portaldori.com.br/2016/03/30/artigo-inventario-extrajudicial-com-testamento-por-que-nao-por-jose-flavio-bueno-fischer/>>. Acesso em: 03 jun. 2019.
- FIGUEIREDO, Antonio Borges de. Alimentos: a obrigação de prestá-los do espólio. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Magister, ano VIII, v. 46, p. 75-83, jan.-fev. 2012.
- GABURRI, Fernando. A separação extrajudicial exclui o direito sucessório do cônjuge, a teor do disposto no art. 1.830 do novo CC. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coords.). *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais: questionamentos sobre a Lei 11.441/2007*. São Paulo: Método, 2007. p. 141-156.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 191-239.
- _____. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 101-132.
- _____. BARTHOLO, Bruno Paiva. Personalidade e capacidade jurídica no Código Civil de 2002. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 8, n. 37, ago.-set. 2006, p. 27-41.
- _____. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. Parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.
- _____. ——. *Novo curso de Direito Civil: Contratos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6, t. II.
- _____. ——. *Novo curso de Direito Civil: Sucessões*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 7.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 7.
- _____. *Herança legítima ad tempus*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

- _____. Substituições e fideicomisso. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 343-366.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. Notas sobre testamento particular excepcional. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 9, n. 43, ago.-set. 2007, p. 5-12.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- _____. *Sucessões*. 16. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GOMES, Renata Raupp. Deserdação, indignidade e revogação de doação por ingratidão: a necessária compreensão do tríptico jurídico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e Sucessões: questões polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 277-296.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito das Sucessões. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. V. 7.
- GONZALES, Miguel Angel Sánchez, O novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. Trad. Diaulas Costa Ribeiro. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de (coords.). *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 91-137.
- GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A inconstitucional discriminação entre irmãos germanos e unilaterais na sucessão dos colaterais. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4757/a-inconstitucional-discriminacao-entre-irmaos-germanos-e-unilaterais-na-sucessao-dos-colaterais>>. Acesso em: 09 mar. 2019.
- GUERRA, Bruna Pessoa. A deserdação ante a ausência de afetividade na relação parental. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2.961, 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19722>>. Acesso em: 07 mar. 2019.
- GUERREIRO, Fátima Maria Martins. Família homoafetiva e o Direito Previdenciário – O reconhecimento do direito à pensão pós-morte para companheiro de servidor público. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 9, n. 43, ago.-set. 2007, p. 5-12.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Antecipação da legítima e colação no sistema brasileiro: estado da arte, depois de 2015. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e Sucessões: questões polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 297-312.
- _____. Concorrência sucessória do companheiro. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, v. 7. jan.-fev. p. 175-180.
- _____. Direito sucessório e Constituição: controvérsias e tendências. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (coords.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 215-226.

- . Do direito das Sucessões. Arts. 1.784 a 1.856. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20.
- . *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: 2. ed. Ed. RT, 2014.
- . Planejar é preciso: planejamento sucessório para as novas famílias. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, n. 10, abr. 2014.
- . CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 367-380.
- HOSN, Magda Abou El. *O direito de sepultar e as consequências no mundo jurídico*. Belém: GTR, 2014.
- ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de Direito das Sucessões*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1-3.
- KOLLET, Ricardo Guimarães. Testamentos: função notarial, jurisprudência e aspectos formais. In: IBIAS, Delma Silveira (coord.). *Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais*. Porto Alegre: IBDFAM, 2012. p. 269-280.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do Direito das Sucessões*. Art. 1.784 a 2.027. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 21.
- LIMA FILHO, Jayme de Souza Vieira de. O momento da dissolução do casamento do ausente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 9, n. 42, jun.-jul. 2007, p. 5-21.
- LIPPMANN, Rafael Knorr. Do inventário e da partilha. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (coords.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1515-1520.
- LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 89-107.
- . *Direito Civil: Famílias*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- . *Direito Civil: Sucessões*. volume 6. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. A condição do parceiro como herdeiro. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2 ed., São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 469-480.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. Seção VII – Do pagamento das dívidas. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (coords.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1542-1572.

- MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: IBDFAM; Magister: Belo Horizonte, ano XIII, n. 25, p. 5-32, dez.-jan. 2012.
- _____. A desconsideração da personalidade jurídica na sucessão legítima do Código Civil de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2007. v. 6, p. 271-285.
- _____. Inventário de bens situados no exterior e a sua compensação para efeito de equilíbrio dos quinhões. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 29, abr.-maio 2005, p. 223-234.
- _____. Legados e direito de acrescer entre os herdeiros e legatários. In: HIRO-NAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 319-342.
- _____. O confronto da filiação socioafetiva e o pretensão direito sucessório sobre a filiação biológica. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, v.15. mai.-jun. p. 11-34.
- _____. Planejamento sucessório. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v.1. jan.-fev. p. 11-34.
- _____. Renúncia de herança no pacto antenupcial. *Revista IBDFAM*, vol. 27, maio/junho de 2018, p. 09-58.
- _____. Testamentos inválidos e ineficazes: revogação, rompimento, caducidade, anulabilidade e nulidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 265-318.
- MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A família e a questão patrimonial: planejamento patrimonial, pacto antenupcial, contrato matrimonial na união estável*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MAMEDE, Gladson; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARENSI, Voltaire. *A união estável e o seguro de pessoa*. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_27199692_A_UNIAO_ESTAVEL_E_O_SEGURO_DE_PESSOA.aspx>. Acesso em: 13 mar. 2019.
- MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, Campinas: Milennium, 2000.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 1-3.

- _____. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MAZZEI, Rodrigo; VARGAS, Sarah Merçon. A partilha sucessória e a regra da maior igualdade possível: análise da questão de acordo com o Código Civil e o Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. v. 1. jul./ago. Porto Alegre: Lex Magister, 2014. p. 16-28.
- MEDEIROS, Gustavo André Guimarães. A concorrência sucessória do cônjuge nos casos de filiação híbrida. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 25, p. 77-98, dez.-jan. 2012.
- MEINERO, Fernando Pedro. *Sucessões Internacionais no Brasil*, Curitiba: Juruá, 2017.
- MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MELO, Beatrice de Moura Erbolato; AMARAL, Sergio Tibiriçá do. Testamento de vida como instrumento apto para alcançar o direito a uma morte digna. *Revista de Direito Notarial*, a. 2, n. 2, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 143-178.
- MENIN, Márcia Maria. Da deserdação. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.). CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria (coords.). *Direito das sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 216-223 (coleção Direito Civil, v. 8).
- MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. Direito de acrescer. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.). CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria (coords.). *Direito das Sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 194-199 (coleção Direito Civil, v. 8).
- MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito intertemporal em matéria sucessória *causa mortis*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 453-465.
- MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 6.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MOTA, Sílvia. Definição de testamento vital. Disponível em: <<http://silviamota.com.br/visualizar.php?id=4652422>>. Acesso em: 08 mar. 2019.
- NANNI, Giovanni Ettore. Direito das Sucessões: noções e princípios fundamentais. In: VENOSA, Silvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães. (coords.) *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 778-851.

- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire; PONTES, Maíla Mello Campolina. Da (in)transmissibilidade dos direitos da personalidade: O direito sucessório e o direito moral do autor. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (coords.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey/Mandamentos, 2010. p. 535-555.
- NEVARES. Ana Luiza Maia. A igualdade de direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro: julgamento do Recurso Extraordinário n. 878-694-MG Revista Brasileira de Direito de Família, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 21, p. 125-152. mai/jun 2017.
- _____. A salvaguarda dos direitos dos cônjuges e dos companheiros na perspectiva civil-constitucional. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 655-678.
- _____. Uma releitura do direito real de habitação previsto no art. 1.831 do Código Civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e Sucessões: questões polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 155-172.
- NICOLAU, Gustavo Rene. Desconsideração da personalidade jurídica. In: CANEZIN, Claudete Carvalho. (coord.). *Arte jurídica: biblioteca científica de direito civil e processo civil*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 223-239.
- NÓBREGA, Dario Alexandre Guimarães. A reprodução humana assistida *post mortem* e o direito sucessório do concebido – Uma interpretação constitucional da legitimidade sucessória a partir do princípio da isonomia. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ano XII, n. 20, fev-mar. 2011, p. 39-59.
- NOGUEIRA, Claudia de Almeida. *Direito das Sucessões*. Comentários à parte geral e à sucessão legítima. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. v. 1-3.
- OKANOBO, Cristiane. Transmissão *causa mortis* da obrigação alimentar. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 583, fev. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6292/transmissao-causa-mortis-da-obrigacao-alimentar>>. Acesso em: 08 mar. 2019.
- OLIVEIRA, Alexandre Miranda. Da colação e sonogados. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 749-768.
- OLIVEIRA, Euclides de. Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Alimentos no*

- Código Civil*: aspectos civil, constitucional, processual e penal. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 277-293.
- _____. Colação e sonegados. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 381-398.
- _____. Concorrência sucessória do cônjuge com descendentes, em casamento no regime da comunhão parcial de bens. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v.1. jan.-fev. p. 129-136.
- _____. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 29, abr.-maio 2005, p. 26-44.
- _____. *Direito de herança*: a nova ordem da sucessão. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. Formas de testamento. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coords.). *Direito Civil*: direito patrimonial e direito existencial. São Paulo: Método, 2006. p. 911-934.
- _____. AMORIM, Sebastião. *Inventário e partilha*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Heitor de. Revogação e rompimento do testamento. In: TEIXEIRA, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Pereira (coords.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 739-748.
- ORTEGA, Flávia Teixeira. *Nova Lei 13.532/2017*: legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação de indignidade. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/529984538/nova-lei-13532-2017-legitimidade-do-ministerio-publico-para-ajuizar-acao-de-indignidade>>. Acesso em: 16 mar. 2019.
- OTERO, Marcelo Truzzi. *Justa causa testamentária*: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PARISE, Alexandre Pasquali. Inventário. Superveniência de filhos. Colação de bens. A admissibilidade do sequestro dos frutos e dos rendimentos. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, a. XXXII, n. 99, set. 2005, p. 7-20.
- PARIZATTO, João Roberto. *Teoria e prática do inventário judicial e extrajudicial*. 9 ed. São Paulo: Parizatto, 2018.
- PAULIN, Milson. *Nascituro*: Aspectos registrares e notariais. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Manual de Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 20.
- _____. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões*, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2018.
- PEREIRA, Tarlei Lemos. *Direito sucessório dos conviventes na união estável: uma abordagem crítica ao artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.
- PETEFFI, Joana; SANTOS, Onélio Luis S. Ortotanásia: a preservação do direito constitucional fundamental à vida. In: WUNDERLICH, Alberto [et al.] *Temas críticos em Direito*. Guaíba: Sob medida, 2012, vol. 2. p. 209-230.
- PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado das ações*. São Paulo: Ed. RT, 1970. t. I; 1971, t. II; 1972, t. III; 1973, t. IV, 1978, t. VII.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. v. 56; 1969, v. 59 e 60; 3. ed., 1972, v. 55; 1973, v. 57 e 58.
- PRADO, Wagner Junqueira. A sucessão legítima do cônjuge no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ano XI, n. 14, fev.-mar. 2010. p. 31-46.
- PRETTO, Cristiano. Apontamentos sobre a deserdação. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 28, p. 19-32, jun.-jul. 2012.
- QUEIROGA, Antônio Elias de. *Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- REALE, Miguel. O cônjuge no novo Código Civil. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo-SP, 12 abr. 2003, p. 2.
- REIS, Dirce Viscaino dos. SHKICIMA, Nelson Sussumu. Direitos Sucessórios: bens que independem do processo de inventário judicial ou extrajudicial ou de arrolamento. *Revista Nacional de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, v. 19, jul.-ago. 2017. p. 103-119.
- RIBEIRO, Diaulas Costa. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do V Congresso*

- Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. São Paulo: IOB/Thomson, 2006. p. 273-283.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Os alimentos e a transmissibilidade da obrigação de prestá-los. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 8, n. 37, ago.-set. 2006. p. 42-72.
- RODRIGUES, Lia Pallazzo. Direito sucessório do cônjuge sobrevivente. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (org.). *Direito de Família, diversidade e multidisciplinaridade*. Porto Alegre: IBDFAM, 2007. p. 121-135.
- RODRIGUES, Silvío. *Direito civil*. Direito das Sucessões. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 7.
- RODRIGUES, Tatiana Antunes Valente. Da ação de petição de herança. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.). CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria (coords.). *Direito das Sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 268-271 (coleção Direito Civil, v. 8).
- ROSA, Karin Rick. Herança digital. *Jornal do Notário*. Colégio Notarial do Brasil: Seção São Paulo. Ano XX. nº 187. set./out. 2018. p. 24-25.
- ROSENVALD, Nelson. *O Direito Civil em movimento – Desafios contemporâneos*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- SANT'ANNA, Guilherme Chaves. Formas de testamento. Testemunhas testamentárias. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.). CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria (coords.). *Direito das sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 159-164 (coleção Direito Civil, v. 8).
- SANTORO, Claudia. A necessidade de regulamentação das uniões estáveis homossexuais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 875, nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7625/a-necessidade-de-regulamentacao-das-unioes-estaveis-homossexuais>>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 5. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1953. v. 1.
- SÃO JOSÉ, Fernanda Moraes de. Uma releitura da emancipação no Direito Civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 28, p. 48-69, jun.-jul. 2012.
- SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. A cessão de direitos hereditários no novo Código Civil. *Revista de Direito do TJRJ*, Rio de Janeiro, n. 66, p. 83-91.
- SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Biodireito & direito concursal: aspectos científicos do direito em geral e da natureza jurídica do embrião congelado*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

- SILVA, Júlio César Ballerini. Algumas questões acerca do inventário negativo de bens no direito brasileiro. *Revista Juris Plenum*, ano IX, n. 54, nov. 2013, p. 104-114.
- SILVEIRA, Marco Antonio Karam. A sucessão *causa mortis* na sociedade limitada: tutela da empresa e de terceiros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 86.
- SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade*. Parte I. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 24 mar. 2019.
- _____. É possível converter os bens da legítima em dinheiro? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e Sucessões*: questões polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 483-502.
- _____. Separação de fato e a perda da qualidade de herdeiro (parte 2). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-10/processo-familiar-separacao-fato-perda-qualidade-herdeiro-parte>>. Acesso em: 08 mar. 2019.
- _____. Separação obrigatória com pacto antenupcial? Sim, é possível. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-11/processo-familiar-separacao-obrigatoria-pacto-antenupcial-sim-possivel>>. Acesso em: 11 mar. 2019.
- _____. Sucessão legítima: o cônjuge como herdeiro necessário e a questão da concorrência. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). *A outra face do Poder Judiciário*: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. v. 2, p. 297-312.
- SOUSA, Caren Becker. Do testamento. In: TEIXEIRA, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Pereira (coords.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 703-720.
- SOUZA, Ivaldo C. de. Quatro casamentos e dois funerais: alguns aspectos das sociedades empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 11, n. 41, 2008, p. 43-168.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- TARTUCE, Flávio. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa*. Revista Pensamento Jurídico, São Paulo, v. 10, n. 2, jul.-dez. 2016. p. 50-73.
- _____. *Direito Civil*: Direito das Sucessões. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 6.
- _____. *O novo CPC e o Direito Civil*. Impactos, diálogo e interações. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

- _____; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito de Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- TEIXEIRA, Daniele Chaves, In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 795-837.
- TEIXEIRA, João Alberto Borges. *Holding* familiar. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=661>. Acesso em: 08 mar. 2019.
- TEIXEIRA, Silvia Maria Benedetti. A tributação no inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual com a vigência da Lei 11.441/2007. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, a. XXXIV, n. 108, dez. 2007, p. 299-308.
- _____. Planejamento sucessório: uma questão de reflexão. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 31, p. 5-18, ago.-set. 2005.
- TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da colação no Código Civil: proposta para um diálogo com o Código de Processo Civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e sucessões: questões polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 327-346.
- TERNES, Cristina. Eutanásia: entre o interesse pessoal de uma morte digna e o respeito à inviolabilidade da vida humana. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 24, p. 16-32, out.-nov. 2011.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos processuais da ação de petição de herança. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, a. XI, n. 30, mar. 1984, p. 113-140.
- _____. Inventário e partilha por via administrativa – Reforma da Lei 11.441, de 04.01.2007. *Revista do Advogado*, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, a. XXVII, n. 91, maio 2007, p. 72-78.
- TRINDADE, Alexsandro de Araújo. Sucessão: concorrência entre o companheiro e o colateral. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v.3. mai.-jun. p. 23-40.
- TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Cálculo da metade disponível para colação de bens e redução por inoficiosidade. *Revista do Advogado*, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, a. XXVII, n. 91, maio 2007, p. 34-41.
- TUSA, Gabriele. Sucessão do companheiro e as divergências na interpretação dos dispositivos referentes ao tema. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes

- Novaes (coord.). *A outra face do Poder Judiciário*. Decisões inovadoras e mudanças de paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. v. 2, p. 313-341.
- VANNUCCI, Flávia Hunzicker e MELLO, Roberta Salvático Vaz. *Os dados pessoais em rede social e a morte do sujeito*: considerações sobre a extensão da personalidade civil. Disponível em: <http://www.esamg.org.br/artigo/DADOS_PESSOAIS_EM_REDE_SOCIAL_E_A_MORTE_DO_SUJEITO_43.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2019.
- VARGAS, Fábio de Oliveira. *Direito Sucessório na união homossexual*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10742/direito-sucessorio-na-uniao-homossexual>>. Acesso em: 23 mar. 2019.
- VARGAS, Hilda Ledoux. Efeitos Sucessórios da multiparentalidade nas famílias neo-configuradas: uma breve análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 898.060. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 24, nov.-dez. 2017. p. 93-110.
- VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade*. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 3 ed. Bauru-SP; Spessotto, 2019.
- VELOSO, Zeno. *A história de Nagibão e o art. 1.790 do Código Civil*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1253/A+história+de+Nagibão+e+o+art.+1.790+do+Código+Civil>>. Acesso em: 01 mar. 2019.
- _____. Cessão de direitos hereditários de bens singulares: possibilidade. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/cessao-de-direitos-hereditarios-de-bens-singulares-possibilidade/5649>>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- _____. *Direito Civil*: Temas. Belém: Anoreg, 2018.
- _____. Do Direito das Sucessões. Arts. 1.857 a 2.027. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21.
- _____. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.m
- _____. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 235-251.
- _____. Herança do meio irmão. Disponível em: <<http://www.soleis.adv.br/artigo/herancademeioirmao.htm>>. Acesso em: 22 mar.. 2019.
- _____. *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

- _____. *Lei 11.441, de 04.01.2007 – Aspectos práticos da separação, divórcio, inventário e partilha consensuais*. Belém: Associação dos Notários e Registradores do Estado do Pará, 2008.
- _____. Novo casamento do cônjuge ausente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 6, n. 23, abr.-maio 2004, p. 37-54.
- _____. *Novo Código Civil comentado*. Coord. Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *Testamento*. 2. ed. Belém: CEJUP, 1993.
- _____. Testamentos: noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 125-190.
- VENOSA, Sílvio. A morte presumida no Código Civil. Disponível em: <<http://www.mail-archive.com/civil@grupos.com.br/msg00240.html>>. Acesso em: 16 mar. 2019.
- _____. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 7.
- _____. Testamento. Estrutura e princípios. Modalidades. In: VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães. (coords.) *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 852-886.
- VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira; ALMEIDA, Beatriz Ferreira de; MACHADO, Elton. As novas perspectivas jurídicas para as uniões simultâneas: uma análise das principais consequências de seu possível reconhecimento como entidades familiares. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 2. mar.-abr. p. 64-79.
- VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; PAULA, Natália de Souza. A perda da meação, em face de homicídio doloso praticado pelo consorte: uma proposta de extensão dos efeitos da indignidade. *Revista Nacional de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, v. 20, set.-out. 2017. p. 110-136.
- VIÉGAS, Marcela B. Soukef. *A sucessão na comunhão parcial de bens estimula o homicídio entre cônjuges*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1270/A+sucess%C3%A3o+na+comunh%C3%A3o+parcial+de+bens+estimula+o+homic%C3%ADdio+entre+c%C3%B4njuges>>. Acesso em: 11 abr. 2019.
- WALD, Arnold. Considerações sobre o testamento cerrado. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, a. XIII, n. 37, jul. 1986, p. 245-252.
- _____. *O novo Direito das Sucessões*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. *Teoria tridimensional do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Teoria tridimensional do Direito de Família e o direito de herança. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 17, set.-out. 2016. p. 49-58.

ZAMARIOLA, Aldrin Teubl Sanches; CAMARGO, Daniela Romano Tavares; OLIVEIRA, Glauber, Vinícius Vieira de. Análise da obrigatoriedade da guarda compartilhada e as repercussões nas famílias brasileiras: a Lei nº 13.058/2014. *Revista Nacional de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, v. 1, n. 04, p. 22-44, jul.-ago. 2014.

ZARIF, Claudio Cintra. Das ações de família. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (coords). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1599-1605.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

A

- » Abandono afetivo – p. 419, 444, 669
- » Abertura da sucessão – p. 105, 145, 315, 373, 405, 431, 448, 458, 554, 602, 839
- » Abertura do testamento – p. 404, 515, 665, 699, 725
- » Aceitação da herança – p. 147, 251, 277, 901
- » Acervo digital – p. 348, 563
- » Acesso
 - invertida – p. 92, 561
- » Ação
 - anulatória do testamento – p. 461, 632, 639
 - anulatória de casamento – p. 95
 - anulatória de partilha – p. 776, 815
 - de adoção – p. 70
 - de alimentos – p. 336
 - de cancelamento de cláusulas restritivas – p. 397
 - declaratória de ascendência genética – p. 869
 - declaratória de ausência – p. 694
 - declaratória de fraude contra credores – p. 271, 275
 - de deserção – p. 413, 436, 447
 - destituição de inventariante – p. 770, 862, 866
 - de indignidade – p. 324, 404, 414, 431
 - de inventário – p. 108, 148, 281, 688, 771, 871
 - de petição de herança – p. 432, 449, 713, 769, 792, 816, 852, 867, 899
 - de prestação de contas – p. 684, 688, 751
 - de redução de doação inoficiosa – p. 648
 - de remoção do inventariante – p. 688, 753, 866
 - de remoção do testamenteiro – p. 517
 - de sonogados – p. 791, 857, 869
 - investigatória de paternidade – p. 147, 336, 678, 739, 785, 869
 - investigatória avoenga – p. 75
 - possessória – p. 574, 608
 - reivindicatória – p. 875
 - rescisória – p. 429, 815
- » Adiantamento de direito concorrente – p. 221, 375, 531
- » Adiantamento de legítima – p. 88, 220, 265, 296, 373, 382, 427, 445, 531, 775, 811, 825, 832, 838, 843, 858, 885, 901
- » Adjudicação – p. 284, 768, 774, 785, 801, 890, 901

- » Administração provisória – p. 118, 684, 717
- » Adoção
 - à brasileira – p. 71
 - póstuma – p. 73, 672, 870
- » Alimentos
- » v. Legado de alimentos
- » Alvará judicial – p. 735
- » Anuência
 - do companheiro – p. 269
 - do cônjuge – p. 269, 830
- » Arrolamento – p. 773
 - comum ou simples – p. 744, 776, 812, 902
 - sumário – p. 744, 757, 774, 902
- » Ausência – p. 684, 691
- » Auto de aprovação – p. 486, 498, 902
- » Autorização judicial – p. 264, 280, 287, 331, 694, 700, 735, 750, 783
- » Auxílio por morte – p. 117
- imóveis – p. 156, 264, 379, 391, 560, 700, 759, 787, 789, 851, 890
- incommunicáveis – p. 77, 80, 201, 234, 394, 780, 885
- infungíveis – p. 151, 391, 554, 571
- móveis – p. 157, 378, 602, 787, 857, 884, 887, 890
- reserva de – p. 112, 118, 737, 748, 761, 775, 789, 800
- » v. Reserva de bens
 - reservados – p. 394, 809
 - sonogados – p. 859, 862
- » v. Ação de sonogados
 - vagos – p. 207, 302, 589, 706, 902
- » Boa-fé – p. 53, 95, 103, 126, 156, 317, 423, 440, 623, 873, 874, 875, 877
 - familiar – p. 440
 - terceiro de – p. 65, 391, 422,

B

- » Benefício de inventário – p. 318, 331, 337, 483, 540, 554, 733, 738, 796, 902
- » Benfeitorias – p. 372, 392, 560, 601, 602, 652, 838
- » Bens
 - confitados – p. 595, 902
 - ereptícios – p. 412, 423, 902
 - fungíveis – p. 161, 333, 556, 558, 565, 571, 885, 902

C

- » Caducidade – p. 165, 167, 299, 484, 504, 509, 570, 586, 602, 627, 634, 643, 660, 667, 902
 - do legado – p. 570
 - do testamento – p. 484
- » Carta de adjudicação
- » v. Adjudicação
- » Casamento
 - anulável – p. 94
 - nulo – p. 94
 - putativo – p. 95
- » Capacidade

- absoluta – p. 443, 460
 - relativa – p. 635
 - sucessória – p. 147, 154, 171, 174, 176, 181, 264, 291, 316, 403, 412, 414, 674, 760, 895
 - testamentária – p. 172, 457
 - » Cessão – p. 277, 279, 284, 285, 286, 287
 - da meação – p. 286
 - gratuita – p. 156, 255, 279
 - onerosa – p. 219, 260, 278, 284, 562, 791
 - » Cláusulas restritivas
 - » v. Impenhorabilidade
 - » v. Inalienabilidade
 - » v. Incomunicabilidade
 - » Codicilo – p. 168, 422, 428, 486, 500, 513, 522, 551, 582, 640, 664, 679, 727, 784, 799, 903
 - » Colação – p. 88, 215, 220, 791, 823, 831, 838, 848, 885, 903, 919
 - » Comoriência – p. 174, 586, 407, 734, 903
 - » Concorrência sucessória – p. 88, 109, 119, 164, 184, 194, 200, 211, 215, 267, 342, 368, 375, 380, 403, 415, 439, 747, 824, 834, 864, 884, 903
 - adiantamento do direito concorrente – p. 88, 215, 834, 835,
 - com ascendentes – p. 227
 - com descendentes – p. 225
 - com filhos comuns – p. 226
 - com filhos exclusivos – p. 242
 - com filiação híbrida – p. 243
 - com parentes colaterais – p. 228
 - do companheiro – p. 223
 - do cônjuge – p. 223
 - meação – p. 268
 - quota mínima – p. 241
 - » Concubinato – p. 47, 86, 124, 162, 472
 - » Consórcio – p. 344
 - » Conta conjunta – p. 338
 - » Credor
 - do espólio – p. 285, 322, 797, 805
 - do herdeiro – p. 266, 285, 398, 656, 809, 860
 - » Culpa – p. 86, 129, 334, 473, 542
 - » Curador
 - ausência – p. 695, 698, 700, 702
 - ao ventre – p. 176
- D**
- » Dano ricochete – p. 329
 - » Deficiente auditivo – p. 506
 - » Deficiente auditivo-visual – p. 507
 - » Deficiente visual – p. 506
 - » Delação hereditária – p. 251, 904
 - » Desconsideração da personalidade jurídica – p. 322, 840
 - » Deserdação – p. 48, 53, 88, 102, 186, 292, 303, 304, 322, 324, 401, 402, 405, 412, 435,
 - » Direito
 - de concorrência – p. 268, 296
 - » v. Concorrência sucessória
 - de preferência – p. 154, 284

- de representação – p. 197, 244, 289, 836, 884
- de sequência – p. 350, 904
- previdenciário – p. 345
- real de habitação – p. 84, 89, 100, 106, 109, 119, 128, 136, 201, 269, 335, 905
- » Direito de acrescer – p. 198, 244, 245, 271, 273, 283, 295, 301, 407, 424, 426, 431, 446, 540, 543, 566, 572, 576, 582, 588, 594, 598, 601, 904
 - na sucessão legítima – p. 303
 - na sucessão testamentária – p. 304
- » Direitos autorais – p. 349, 713
- » Diretivas antecipadas de vontade – p. 513, 519, 523, 905
- » **Disregard**
- » v. Desconsideração da personalidade jurídica
- » Doação
 - de ascendente a descendente – p. 355, 829
 - entre cônjuges – p. 834
 - inoficiosa – p. 376, 380, 383, 648, 649, 652, 811, 824, 827
- homoafetivas – p. 61, 134, 180,
- monoparental – p. 134, 464, 906
- simultâneas – p. 121
- parental – p. 133, 906
- pluriparental – p. 134, 226, 906
- » Fideicomisso – p. 427, 466, 531, 583, 591, 887, 898
- » Filhos de criação – p. 71
- » Filiação
 - eventual – p. 173, 175, 316, 463, 467, 541, 553, 573, 602, 604, 607
 - híbrida – p. 64, 226, 243
 - posse de estado de filho – p. 71, 73, 871
 - socioafetiva *post mortem* – p. 71, 73, 672, 870
- » Formal de partilha – p. 555, 566, 574, 608, 768, 781, 810, 907
- » Fraude contra credores
 - v. ação declaratória de fraude contra credores

H

- » Embriões
 - congelados – p. 467
 - excedentários – p. 177, 476
- » **Famílias**
 - anaparental – p. 134, 906
- » Habilitação
 - de crédito – p. 770, 803
 - no inventário – p. 871
- » Herança
 - jacente – p. 151, 167, 414, 543, 655, 692, 696, 705, 872, 907
 - vacante – p. 186, 207, 229, 582, 707, 907
- » Herdeiro
 - aparente – p. 255, 422, 423, 575, 874
 - desconhecido – p. 674

- necessário – p. 48, 68, 82, 87, 99, 105, 107, 160, 165, 200, 201, 220, 224, 231, 265, 370, 381, 403, 440, 462, 473, 648, 668, 675, 678, 825, 835, 847, 849, 860, 884, 908
- sucessivo – p. 274, 427, 531, 612
- testamentário – p. 83, 102, 161, 175, 273, 282
- » Honorários
 - procurador do inventariante – p. 83, 770, 771, 881

I

- » Impenhorabilidade – p. 215, 370, 393, 549, 549, 796
- » Imposto sobre Transmissão **Causa Mortis** e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD – p. 261, 278, 377, 381, 777, 880, 885
- » Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – ITBI – p. 880, 887
- » Inalienabilidade – p. 391
- » Incomunicabilidade – p. 394
- » Indignidade – p. 322, 324, 401, 411, 414, 440, 886, 909
- » Inventariante – p. 743
 - dativo – p. 744, 749, 750, 909
 - nomeação – p. 744
 - remoção – p. 752
- » Inventário
 - conjunto – p. 733, 788
 - dispensa – p. 734
 - extrajudicial – p. 779
 - judicial – p. 757
- negativo – p. 732, 792

L

- » Legados – p. 167, 551, 875, 910
 - de alimentos – p. 335, 482, 567, 615, 688
 - de acervo digital – p. 563
 - de bens fungíveis – p. 558
 - de bens localizáveis – p. 559
 - de coisa alheia – p. 556
 - de coisa singularizada – p. 558
 - de crédito – p. 563
 - de dinheiro – p. 565
 - de direitos reais – p. 561
 - de dívida – p. 564
 - de imóvel – p. 560
 - de material genético – p. 562
 - de prestações periódicas – p. 567
 - de quitação de dívida – p. 564
 - de renda vitalícia ou pensão periódica – p. 566
 - de usufruto – p. 313, 549, 561, 615
 - remuneratório – p. 553
 - **sub causa** – p. 910
- » Legítima
 - restrições à – p. 897
- » v. adiantamento da
- » v. Impenhorabilidade
- » v. Inalienabilidade
- » v. Incomunicabilidade
- » Linha de parentesco
- » v. Parentesco

M

- » Mancomunhão – p. 81, 83, 268, 882
- » Meação – p. 78, 104, 268, 286, 371, 882
- » Morte
 - cerebral – p. 141
 - civil – p. 141, 145, 292, 910
 - presumida – p. 142, 693
- » Mudo – p. 507

N

- » Nascituro – p. 174, 327, 463, 467, 785, 813

O

- » Ortotanásia – p. 524

P

- » Pacto sucessório – p. 139, 168, 266, 280, 378, 536, 616, 698, 911
- » Partilha – p. 729, 807
 - amigável – p. 811
 - anulação – p. 815
 - em vida – p. 810
 - judicial – p. 812
- » Penhora no rosto dos autos – p. 805
- » Planejamento sucessório – p. 527
- » Poliamor
- » v. União poliafetiva
- » Prelegado – p. 552, 912

- » Premoriência – p. 142, 302, 304, 322, 323, 405, 424, 448, 572, 583, 585, 912
- » Prescrição – p. 852, 876, 899
 - renúncia à – p. 565,
 - petição de herança – p. 867
- » Previdência privada – p. 343, 532
- » Princípios
 - da aparência – p. 95, 423, 429, 488, 874
 - da autonomia da vontade – p. 49, 235, 262, 452, 475, 527
 - da bioética – p. 519
 - da boa-fé – p. 53, 95
 - da coexistência – p. 172
 - da conjunção mista – p. 307
 - da conjunção real – p. 307
 - da conjunção verbal – p. 307
 - da exclusão – p. 186, 189
 - da gravitação jurídica – p. 317, 544, 554
 - da igualdade dos quinhões – p. 166, 194, 378, 380, 382, 531, 762, 811, 819, 843
 - da personalidade do testamento – p. 479, 541
 - da preferenciabilidade – p. 195
 - da reserva – p. 383
 - da sobra – p. 167
 - da unidade da sucessão – p. 91
 - de *saisine* – p. 46, 153, 159, 178, 186, 207, 251, 252, 262, 277, 315, 401, 758, 867, 880
 - *nemo potest venire contra factum próprio* – p. 156, 253, 265
- » Prole eventual
- » v. Filiação eventual

Q

- » Quota mínima – p. 109, 241

R

- » Reabilitação
- » indignidade – p. 428
- » deserdação – p. 445
- » Regimes de bens – p. 80, 232
 - alteração do – p. 212, 233, 235, 394
- » Remoção
 - do inventariante – p. 753, 866
 - do testamenteiro – p. 687, 688
- » Remuneração
- » do administrador provisório – p. 719
 - do curador – p. 697
 - do inventariante dativo – p. 750
 - do testamenteiro – p. 684
- » Renúncia – p. 261, 270, 277, 913
 - abdicativa – p. 261, 277, 913
- » – do direito de concorrência – p. 269
 - do fideicomisso – p. 604
 - notificação do herdeiro – p. 266
 - parcial – p. 263
 - translativa – p. 261
- » Reprodução assistida
 - heteróloga – p. 61, 177, 179, 466, 598, 672
 - homóloga – p. 59, 177, 178, 179, 672

- » – *post mortem* – p. 724
- » Reserva de bens – p. 75, 112, 118, 641, 737, 748, 761, 769, 775, 789, 797, 800, 871
- » Restrições à legítima
- » v. Impenhorabilidade
- » v. Inalienabilidade
- » v. Incomunicabilidade
- » Revogação do testamento – p. 483
- » Rompimento do testamento – p. 484

S

- » Seguro de vida – p. 340
- » Separação de fato – p. 83
- » Sobrepartilha – p. 791, 817
- » Sublegado – 557, 915
- » Substituição – p. 583, 606, 887
 - coletiva – p. 583
 - compendiosa – p. 589, 594, 915
 - recíproca – p. 577, 588, 915
 - vulgar – p. 587, 606, 915
- » *Sucessio possessionis* – p. 562, 808, 917
- » Surdo
- » v. Deficiente auditivo
- » Surdo mudo – p. 507

T

- » Teoria

- conceptualista – p. 175
- da estimação – p. 841
- da exclusão – p. 413
- da substância – p. 842
- da imprevisão – p. 668
- da incapacidade – p. 412
- natalista – p. 175
- » Testamenteiro – p. 679
 - dativo – p. 682
 - particular – p. 681, 917
 - universal – p. 681, 917
- » Testamento – p. 475
- » anão – p. 513, 917
 - aeronáutico – p. 510
 - cerrado – p. 455, 462, 471, 486, 497, 498, 724
 - confirmação – p. 721
 - conjuntivo – p. 616, 917
- » de mão comum – p. 481, 918
 - excepcional – p. 503, 918
 - interpretação – p. 609
 - marítimo – p. 509
 - militar – p. 510
 - nulidade – p. 484
 - nuncupativo – p. 511
 - particular – p. 501
 - público – p. 494
 - revogação – p. 483
 - rompimento – p. 667
 - vital – p. 521
- » Testemunha
 - extranumerária – p. 486, 496, 918

- instrumentária – p. 486, 496, 682, 895, 919
- testamentária – p. 488

U

- » União estável – p. 47, 99, 895
 - putativa – p. 103, 126,
- » União homoafetiva
- » v. Família homoafetiva
- » União poliafetiva – p. 129
- » Usucapião – p. 208, 266, 392, 562, 713, 733, 808, 821, 877
- » Usufruto – p. 216, 312, 391, 425, 529, 531, 549, 561, 605, 615, 735, 812, 882
 - doação com reserva de – p. 531
 - viual – p. 919

V

- » Vacância – p. 151, 157, 167, 208, 269, 470, 702, 707, 708, 709, 710, 712, 919
- » Valor da causa – p. 97, 762
- » Venda
 - de ascendente a descendente – p. 373, 829, 899
- » Vida digital – p. 348
- » Vintena – p. 487, 499, 682, 685, 686, 687, 861, 888, 912, 917, 920

OBRAS DA AUTORA

- *A Lei Maria da Penha na justiça*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- *Manual de direito das famílias*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- *Homoafetividade e os Direitos LGBTI*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- *Alimentos: direito, ação, eficácia e execução*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- *Divórcio e o Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- *Filhos do afeto*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- *Conversando sobre... alimentos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- *Conversando sobre... a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- *Conversando sobre... família e o novo Código Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- *Conversando sobre... homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- *Conversando sobre... justiça e os crimes contra a mulher*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- *Conversando sobre... o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- *Homoafetividade: o que diz a justiça!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- *O terceiro no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

COORDENAÇÃO DE OBRAS COLETIVAS

- *Intersexo*. aspectos jurídicos, internacionais, trabalhistas, registrares, médicos, psicológicos, sociais e culturais. São Paulo: Ed. RT, 2018
- *Incesto e alienação parental*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

- *Multiplicidade e direito: as novas cores do ordenamento jurídico brasileiro*: artigos selecionados. Coordenado conjuntamente com Rosângela da Silveira Toledo Novaes e Camila Paese Fedrigo. Bento Gonçalves: Associação Refletindo o Direito, 2015.
- *Afeto e estruturas familiares*. Coordenado conjuntamente com Eliene Ferreira Bastos e Naime Márcio Martins Moraes. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2009.
- *Direito das Famílias*: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo/Porto Alegre: Ed. RT/IBDFAM, 2009.
- *Escritos de Direitos das Famílias*: uma perspectiva luso-brasileira. Coordenado conjuntamente com Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Magister, 2008.
- *A família além dos mitos*. Coordenado conjuntamente com Eliene Ferreira Bastos. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2008.
- *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003.

